

PANORAMA DE JURISPRUDENCE DEPUIS LA LOI DU 25 JUIN 2009 RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS : II - LES ACTIONS AU FOND¹

I.	La recevabilité du recours.....	3
A.	Le moyen tiré de l'incompétence des juridictions administratives	3
B.	Le moyen tiré de l'absence d'intérêt à agir de l'opérateur économique	4
1.	L'intérêt à agir, détaché de la pertinence des moyens tirés du fond du droit.....	4
2.	L'intérêt à agir, déduit de l'éviction d'une procédure de passation	5
3.	La participation à une procédure de passation par les associations momentanées	10
C.	La recevabilité au regard de la décision déferée.....	12
1.	La détermination de la décision déferée.....	12
2.	La détermination du caractère décisionnel de la décision déferée	14
II.	Le fond	20
A.	Les moyens d'illégalité externe	21
1.	Les vices de procédure et de forme	21
2.	L'incompétence de l'autorité ayant rejeté l'offre	26
B.	Les moyens d'illégalité interne	28
1.	La décision d'engager une procédure de passation ou d'y renoncer	29
a.	Le choix de la procédure de passation	29
b.	La renonciation à une procédure de passation	31
2.	Le respect des délais de remise des offres.....	36
3.	La détermination des critères de sélection et d'attribution	37
a.	La nécessité de publier les critères de sélection et d'attribution	37
b.	La nécessité de contester les critères de sélection et d'attribution	40
4.	La vérification des critères de sélection dans chef de l'opérateur économique	47
a.	L'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'examiner d'abord les critères de sélection	47
b.	Les vérifications portant sur la personne même de l'opérateur économique	50
i.	Le dépôt d'une offre par un prétendu faux opérateur économique	50
ii.	Le dépôt de l'offre par quelqu'un ne pouvant pas engager l'opérateur économique	51
c.	Les vérifications portant sur les compétences de l'opérateur économique.....	53
5.	La vérification des critères de sélection dans chef de l'opérateur économique	62

¹

Publié dans *Marchés publics et concessions – Droit luxembourgeois et européen* (sous le dir. Guy PERROT), Legitech, Collégiales, 2018, pp. 189-275, cet article est relatif aux actions au fond en matière de marchés publics et s'inscrit dans le prolongement d'un précédent article concernant les actions en référé. A ce sujet, v. G. Perrot, *Panorama de jurisprudence depuis la loi du 25 juin 2009 relative aux marchés publics et la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics : I - Les référés*, Legitech, Les cahiers du droit luxembourgeois, 2012.

a.	La vérification de la conformité des offres	62
b.	La vérification de l'exactitude du prix des offres	67
6.	Le dépassement des délais d'adjudication.....	70
7.	L'octroi du sursis à exécution de la mesure	71
8.	L'octroi d'une indemnité de procédure	71

Introduction

Après avoir fait l'objet d'une condamnation par la Cour de Justice des Communautés européennes pour manquement à son obligation de transposition des directives de l'Union européenne en matière de marchés publics ⁽²⁾, le Grand-duché de Luxembourg avait finalement introduit dans sa législation nationale la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et surtout la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la « **Directive 2004/18/CE** »). Ainsi fut adoptée la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics ⁽³⁾ qui, entretemps, a fait l'objet de plusieurs modifications (ci-après la « **Loi de 2009** »). Toutefois, et comme l'avait ouvertement regretté la Chambre de Commerce à l'époque, cette « *précipitation de dernière minute avec laquelle cette réforme des marchés publics [avait vu] le jour [n'avait pas permis] de faire œuvre législative complète et sans ambiguïté* » ⁽⁴⁾.

Dresser un panorama des jugements et arrêts rendus par les juridictions administratives en matière de marchés publics au cours de la période allant de 2009 à 2016 conduit nécessairement à faire abstraction de certains points mineurs abordés dans les décisions recensées, dès lors qu'ils ne visent pas spécifiquement la thématique étudiée ou qu'ils apparaissent relativement anecdotiques. C'est le cas, par exemple, de l'abréviation éventuelle des délais impartis aux mandataires des parties pour produire leurs mémoires respectifs ⁽⁵⁾, des moyens tirés du libellé obscur de la requête introductive d'instance ⁽⁶⁾, du défaut de signification du recours au tiers intéressé, à savoir l'adjudicataire ⁽⁷⁾ ou au pouvoir adjudicateur ⁽⁸⁾, ou encore tirés du défaut de comparution du pouvoir adjudicateur ou du tiers intéressé auxquels le recours avait été dûment signifié ⁽⁹⁾.

² CJCE, 28 juin 2008, Comm. des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, aff. C-272/07, JOUE C 211 du 8 sept. 2007. Sur cette question, v. G. Perrot, *L'introduction du dialogue compétitif dans la nouvelle loi sur les marchés publics*, ACE 2010, n° 1, p. 3.

³ Mém. A, n° 172, du 29 juill. 2009, p. 2492.

⁴ Chambre de commerce, Avis complémentaire du 29 avr. 2009 sur le projet de loi n° 5655 (11) sur les marchés publics, p. 1.

⁵ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204. Ce jugement mentionne erronément, comme base légale de l'ordonnance en abréviation des délais, l'article 8 de la Loi de 1999 au lieu de l'article 5 (8) de la Loi de 1999. Toutefois, contrairement à la jurisprudence habituelle, le rejet du mémoire en réplique pour cause de notification tardive n'entraîne pas celui des mémoires en duplique de l'Etat et de la partie tierce intéressée, qui ne sont toutefois censés constituer que des réponses au mémoire écarté.

⁶ T. adm., 26 nov. 2014, n° 31992 renvoyant à l'article 29 de la Loi de 1999, en l'absence de tout texte relatif à la procédure à suivre devant les juridictions de l'ordre administratif et imposant de soulever ce moyen *in limine litis*, Dans le même sens, T. adm., 14 juin 2004, n° 17045 et 17076 ; T. adm., 18 avr. 2012 n°27969.

⁷ T. adm., 26 nov. 2014, n° 31992. Dans le même sens, C. adm., 13 déc. 2011, n°28066C.

⁸ Sur l'absence de caducité du recours introductif à l'administration communale en la personne de son bourgmestre au lieu de mentionner le collège échevinal, et de façon générale, sur la portée de l'article 29 de la Loi de 1999, v. T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594 renvoyant aux documents parlementaires n° 4326 (exposé des motifs et premier avis du Conseil d'Etat) et, en appel, C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C. V. aussi C. adm., 14 juill. 2009, n° 25414C.

⁹ Conformément aux articles 6 et 47 de la Loi de 1999, le tribunal et la cour statuent contradictoirement à leur égard. En ce sens, v. T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933 ; T. adm., 11 oct. 1999, n°s 11243 et 11244, confirmé par C. adm., 17 févr. 2000, n° 11608C ; T. adm., 8 mai 2013, n° 30187, T. adm., 16 déc. 2013, n° 31520, T. adm., 12 févr. 2014, n° 31141, T. adm., 28 avr. 2014, n° 32197 ; T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm., 9 mars 2015, n° 31844 ; C. adm., 4 déc. 2012, n° 31316C.

I. LA RECEVABILITE DU RECOURS

A l'instar de ce qui était jugé sous l'empire de la Loi modifiée de 2003, le Tribunal administratif a rappelé que la Loi de 2009 « ne prévoit pas la possibilité d'exercer un recours en réformation contre une décision de rejet d'une offre ou contre une décision d'adjudication, de sorte que seul un recours en annulation est possible »⁽¹⁰⁾. Partant, le tribunal doit se déclarer incompétent pour connaître du recours principal en réformation, mais il est compétent pour connaître d'un recours subsidiaire en annulation. Cette solution étant constante, les mandataires des requérants pourraient se dispenser de solliciter systématiquement la réformation, à titre principal ou subsidiaire⁽¹¹⁾, des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en matière de marchés publics⁽¹²⁾, une telle demande étant tout aussi systématiquement déclarée irrecevable. De manière incidente, le Tribunal administratif a aussi eu l'occasion de rappeler, à juste titre, qu'il ne saurait être saisi, lorsqu'il statue en formation collégiale, d'une demande en sursis à exécution de la décision d'adjudication ou en institution d'une mesure de sauvegarde, comme le laissait entendre le soumissionnaire dont l'offre avait été rejetée et dont la requête était improprement articulée autour de développements relatifs au « caractère sérieux des moyens » et au « risque de préjudice grave et définitif »⁽¹³⁾.

A. LE MOYEN TIRE DE L'INCOMPETENCE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Dans le cadre d'un marché négocié lancé par l'association sans but lucratif *International School of Luxembourg* pour la prestation de services de gestion de projets de construction, une des sociétés qui avaient été invitées à participer à la négociation introduisit un recours en annulation devant le Tribunal administratif contre la décision de l'*International School of Luxembourg* ayant rejeté son offre et contre la décision d'attribution du marché à une société concurrente. Toutefois, le Tribunal administratif jugea que les décisions déferées, émanant d'une association sans but lucratif constituée uniquement de personnes privées, n'avaient pas été prises par un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la Loi modifiée de 2003, au vu du mode de financement et du mode de fonctionnement de l'*International School of Luxembourg*, quand bien même cette association assurerait la satisfaction d'un besoin d'intérêt général à travers les activités d'enseignement qu'elle dispense. Cette conclusion n'est, au demeurant, pas éternuée par la référence contenue dans divers documents contractuels à la Loi modifiée de 2003, qui ne s'impose pas aux parties, même si ces dernières s'engageaient en respecter les dispositions. Pour le surplus, les décisions critiquées ne constituaient pas des actes administratifs à l'égard desquels aucun autre recours n'est admissible d'après les lois et règlements, au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er} de la Loi de 1996. L'*International School of Luxembourg* n'est, en effet, pas « investie (...) de pouvoirs exorbitants du droit commun applicable entre particuliers, en d'autres termes, du droit de prendre des décisions unilatérales opposables aux destinataires et exécutoires, au besoin, par voie de contrainte »⁽¹⁴⁾. En conséquence de ce qui précède, le Tribunal administratif considéra qu'il était incompétent pour connaître du recours contre les décisions d'adjudication du marché de services litigieux.

A l'inverse, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché lancée par une société anonyme de construction et de promotion immobilière portant sur la réalisation de travaux de terrassement et de gros œuvre dans l'intérêt d'un chantier (ci-après l'affaire de la « **Soumission privée** »), la soumissionnaire

¹⁰ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633. V. aussi T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749 et T. adm., 11 mai 2011, n° 27036. Et avec la même motivation sous l'empire de la Loi modifiée de 2003, v. T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204. Avec une autre formulation, T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567 jugeant que la Loi de 2009 « ne conférant pas compétence au tribunal pour statuer en tant que juge de fond en la présente matière, seul un recours en annulation est possible contre la décision querellée ».

¹¹ Pour un recours subsidiaire en réformation, v. T. adm., 18 août 2011, n° 28970.

¹² Cette solution est aussi appliquée en matière de concession, v. T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295 et, implicitement, T. adm., 1^{er} déc. 2014, n° 33459.

¹³ T. adm., 7 mai 2012, n° 28625. Si l'argumentation relative au caractère sérieux des moyens « à l'appui du recours au fond » pouvait être analysée dans le cadre d'un recours en annulation, malgré sa présentation peu orthodoxe, en revanche le Tribunal administratif ne pouvait que rejeter, pour ne pas être pertinents devant lui, les moyens ayant trait au risque de préjudice grave et définitif, une telle problématique relevant exclusivement de la juridiction du président du Tribunal administratif, saisi sur base des articles 11 et 12 de la Loi de 1999.

¹⁴ T. adm., 25 oct. 2010, n° 26433.

évincée qui avait introduit un recours en annulation de la décision de ne pas lui attribuer le marché et, « *pour autant que de besoin* » contre la décision non communiquée d'attribuer ledit marché à l'un de ses concurrents, obtint gain de cause, puisque les juridictions administratives se reconnurent compétentes pour connaître du recours et annulèrent les décisions déférées⁽¹⁵⁾. A cet égard, la Cour administrative s'assura d'abord que la société de construction pouvait être considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la Loi de 2009 et, plus précisément, si elle constituait un organisme de droit public. Or, il était constant en cause que cette société de construction avait la personnalité juridique et que son organe d'administration était composé de membres dont plus de la moitié étaient désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. La Cour devait donc uniquement vérifier si la société en question pouvait ou non s'analyser comme un « *organisme créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* », au sens de l'article 2, paragraphe 3, premier tiret de la Loi de 2009. Après avoir rappelé les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne en la matière, le Tribunal administratif puis la Cour administrative jugea que « *la finalité de l'activité poursuivie, à savoir répondre au besoin d'une certaine partie de la population en proposant des habitations à bon marché à des personnes ayant des revenus plus modestes, est à considérer comme répondant à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial* »⁽¹⁶⁾. Il s'ensuivit que la société anonyme ayant lancé la Soumission privée devait être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens de la Loi de 2009 et, partant, que ses décisions relevaient de la compétence des juridictions administratives. En l'espèce, et sans examiner plus avant les autres moyens du recours, le Tribunal administratif, confirmé par la Cour administrative, annula les décisions déférées, sans qu'il soit fait application de la Loi de 2009.

B. LE MOYEN TIRE DE L'ABSENCE D'INTERET A AGIR DE L'OPERATEUR ECONOMIQUE

1. L'intérêt à agir, détaché de la pertinence des moyens tirés du fond du droit

Au cours de la période étudiée, les juridictions administratives eurent l'occasion, à plusieurs reprises, de se prononcer sur l'intérêt à agir de l'opérateur économique dont l'offre avait été rejetée. Dans l'affaire du concours relatif au projet de construction d'un complexe administratif pour la Commission européenne à Luxembourg dénommé « Bâtiment Jean Monnet 2 » (ci-après affaire du « **Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet** »), le Tribunal administratif retint ainsi que la société demanderesse, « *ayant demandé à être admise à participer à un concours et qui s'en est vue écarter, [a] un intérêt à agir devant le juge administratif en vue de faire contrôler le respect des dispositions légales et réglementaires régissant la matière et, partant, la décision relativement à sa mise à l'écart, fût-ce pour remise tardive de son projet* ». En effet, « *les décisions du jury n'étant pas exemptes de tout contrôle juridictionnel, en ce qui concerne la légalité de la mise en œuvre du pouvoir lui conféré : il ne saurait dès lors être question en l'espèce d'un intérêt illégitime* »⁽¹⁷⁾. Le tribunal fait ainsi abstraction du moyen tiré du fond du droit et relatif au dépôt tardif de l'offre, pour reconnaître que la candidate dispose, quoi qu'il en soit, d'un intérêt à agir contre la décision d'écarter son offre.

De façon plus générale, le Tribunal administratif jugea, à l'occasion du recours à la suite de l'appel d'offres pour des travaux de menuiserie intérieure dans le cadre de la transformation et de l'extension d'une mairie (ci-après l'affaire des « **Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie** »), que « *l'intérêt à agir n'est pas à confondre avec le fond du droit en ce qu'il se mesure non au bien-fondé des moyens invoqués à l'appui d'une prétention, mais à la satisfaction*

¹⁵ T. adm., 10 nov. 2012, n° 29395, non disponible à l'adresse www.ja.etat.lu/29395, confirmé par C. adm., 26 avr. 2013, n° 31896C.

¹⁶ C. adm., 26 avr. 2013, n° 31896C.

¹⁷ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910. En ce sens, v. T. adm., 20 juin 2005, n° 19022, confirmé par C. adm., 11 juill. 2006, n° 20192C.

que la prétention est censée procurer à une partie, à supposer que les moyens invoqués soient justifiés, [et] dont l'analyse ne sera faite que dans le cadre de l'examen au fond »⁽¹⁸⁾.

La Cour administrative confirma cette approche dans le cadre de l'appel d'offres lancé par un syndicat intercommunal pour un marché public relatif à des travaux de chape, d'isolation et de carrelage dans le cadre de la construction d'une piscine pour le Syndicat intercommunal C.N.I. (ci-après l'affaire des « **Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale** ») où elle jugea que l'opérateur économique évincé avait « *un intérêt suffisant à agir, quels que soient les mérites de son argumentaire, mérites dont l'appréciation relève du fond de l'affaire* »⁽¹⁹⁾.

Il résulte de ces décisions que le pouvoir adjudicateur ou l'adjudicataire ne saurait valablement s'emparer de moyens tirés du fond du droit pour contester l'intérêt à agir de l'opérateur économique évincé à l'issue de la procédure de passation du marché.

2. L'intérêt à agir, déduit de l'éviction d'une procédure de passation

Face aux dénégations de l'adjudicataire ou du pouvoir adjudicateur quant à l'intérêt à agir de l'opérateur économique évincé, les juridictions administratives se contentent de vérifier que ce dernier a reçu une décision défavorable dans le cadre ou à l'issue de la procédure de passation. Ainsi, dans la procédure restreinte lancée par la Ville de Luxembourg relative à la réalisation des travaux de gros œuvre dans le cadre de la Construction du bâtiment de la nouvelle centrale thermique et du nouveau poste de transformation électrique de la Cloche d'Or (ci-après l'affaire des travaux de « **Construction de la nouvelle centrale énergétique à Gasperich** »), les parties tierces intéressées contestaient l'intérêt à agir de la soumissionnaire évincée au motif que, son offre ayant été déclarée non conforme au stade de la sélection des offres, elle ne justifierait d'aucun intérêt personnel, direct et suffisant pour remettre en cause la décision, prise à un stade ultérieur, d'attribution du marché. Cependant, le Tribunal administratif jugea, sans détour et à juste titre, qu'« *un soumissionnaire, négativement affecté par la décision d'octroyer le marché à un concurrent, a nécessairement intérêt à faire contrôler la justification de cette décision, surtout lorsqu'il prétend qu'il devrait lui-même se voir octroyer le marché en question par application des critères légalement prévus. Il s'ensuit que dans cette logique, la société demanderesse doit être considérée comme justifiant d'un intérêt personnel et direct pour solliciter l'annulation des deux décisions déferées* »⁽²⁰⁾, à savoir la décision d'adjudication du marché à l'association momentanée concurrente et la décision de rejet de sa propre offre. De même, le Tribunal administratif jugea, dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, qu'« *en tant que destinataire directe de la décision de rejet de sa candidature, la demanderesse fait valoir un lien personnel avec l'acte attaqué, de même qu'une lésion individuelle par le fait de l'acte* »⁽²¹⁾. De façon générale, les juridictions administratives ne s'attardent pas sur le moyen tiré de l'absence d'intérêt à agir du requérant, en considérant qu'une « *société affirmant avoir participé à la soumission litigieuse [par le biais d'une association momentanée] et en avoir été écartée à tort, (...) dispose d'un intérêt à agir à l'encontre des décisions déferées* »⁽²²⁾. Elles jugent de manière quasi constante que le recours contentieux est ouvert au demandeur qui a un intérêt quelconque, dès que cet intérêt implique un « *lien personnel avec l'acte attaqué [ou] une lésion individuelle par le*

¹⁸ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633. Avec la même motivation, T. adm., 12 mai 2014, n° 32343. Dans le même sens, v. ord. prés. T. adm., 27 sept. 2002, n° 15373 ; C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C ; C. adm., 1^{er} juin 2006, n° 20813C.

¹⁹ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C. Dans le même sens, C. adm., 1^{er} juin 2006, n° 20813C.

²⁰ T. adm., 16 déc. 2013, n° 31520.

²¹ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910. En ce sens, v. T. adm., 20 juin 2005, n° 19022, confirmé par C. adm., 11 juill. 2006, n° 20192C.

²² T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

fait de l'acte. »⁽²³⁾. Cette solution a d'ailleurs également été retenue dans l'affaire de la concession du réseau de télédistribution, où la commune concédante déniait l'intérêt de l'ancien concessionnaire à demander l'annulation de la délibération du conseil communal ayant attribué la concession à un de ses concurrents⁽²⁴⁾. Ainsi, l'ancien concessionnaire qui estime avoir été évincé illégalement du contrat initial au profit d'un concurrent et qui pourrait soit se prévaloir du contrat dénoncé, soit présenter une offre en vue du renouvellement de ce contrat, s'est vu reconnaître un intérêt à agir contre la décision du conseil communal⁽²⁵⁾.

L'intérêt à agir d'un soumissionnaire ou d'un candidat évincé semble ainsi se mesurer à la survenance d'une décision administrative défavorable qui l'empêche de participer à une procédure de passation ou qui l'en évince au cours ou à l'issue du processus d'adjudication. Dans l'affaire des Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale, la Cour administrative considéra, dans des termes dépourvus de toute ambiguïté, que l'opérateur économique « *revêt, par essence même, un intérêt suffisant à agir* »⁽²⁶⁾. De la même façon, dans la seconde affaire portant sur le dialogue compétitif initié par la Ville de Dudelange pour la construction d'un nouveau centre sportif (ci-après l'affaire de la « **Construction du centre sportif à Dudelange** »), le Tribunal administratif jugea, tout aussi clairement, que la société temporaire qui avait déposé une offre dans la procédure de dialogue compétitif initiée par la commune et qui se voyait contester sa qualité à agir, ayant été « *soumissionnaire de l'offre, (...) a (...) nécessairement un intérêt à agir* »⁽²⁷⁾.

Dans ce contexte, l'affaire de la soumission publique par la commune de Kehlen pour la fourniture d'un fourgon d'incendie de type « TLF 2000 STA » (ci-après l'affaire de la « **Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen** ») retient toutefois l'attention. En effet, le Tribunal administratif releva que les seuls griefs avancés ne visaient pas la décision de remise en adjudication proprement dite et déferée sous le numéro 25932 du rôle, mais la décision antérieure d'annulation, à savoir celle portant retrait de la précédente soumission à laquelle la demanderesse avait été candidate et déferée au tribunal dans le cadre du rôle 25933, la décision de remise en adjudication n'étant en fait entreprise qu'en tant que conséquence de la décision de retrait prise antérieurement par la commune de Kehlen. Le Tribunal administratif rappela d'abord que « *l'intérêt à agir conditionnant la recevabilité d'un recours administratif ne doit pas seulement être né et actuel, effectif et légitime, mais encore personnel et direct ; en effet, un intérêt indirect à agir ne suffit pas pour former un recours contentieux* »⁽²⁸⁾. En l'espèce, il estima que la société requérante n'avait pas mis en exergue dans quelle mesure la décision de remise en adjudication était de nature à lui faire directement grief et dans quelle mesure une éventuelle annulation de cette décision serait susceptible de lui causer une quelconque satisfaction. Partant, le Tribunal administratif considéra que la société requérante n'avait pas d'intérêt à former un recours en

²³ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550 ; T. adm., 12 mai 2014, n° 32343 ; T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887. V. aussi T. adm., 15 juill. 2013, n° 30934 jugeant, en outre, que « *s'il est vrai que la demanderesse ne s'est classée en l'espèce que cinquième, et qu'elle n'a pas obtenu du juge statuant au provisoire la suspension recherchée de la décision d'adjudication, de sorte que le contrat afférent a été signé avec la société FFF AG et que le marché litigieux doit être considéré comme ayant été exécuté, et que partant le recours en annulation sous analyse doit être considéré comme très largement platonique, en ce sens qu'une éventuelle annulation de la décision d'adjudication déferée sera dépourvue de tout effet au niveau administratif (...), il n'en reste pas moins que l'intérêt à agir n'est cependant pas à confondre ni avec l'utilité réelle que présente un recours pour un demandeur, ni avec le fond du droit en ce qu'il se mesure non au bien-fondé des moyens invoqués à l'appui d'une prétention, mais à la satisfaction que la prétention est censée procurer à une partie, à supposer que les moyens invoqués soient justifiés* ».

²⁴ T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295, solution confirmée par C. adm., 6 déc. 2011, n° 28707C.

²⁵ T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295. Solution confirmée par C. adm., 6 déc. 2011, n° 28707C. Même solution à propos de l'ancien titulaire des contrats de services, réattribué à un concurrent, v. T. adm., 8 mai 2014, n° 30187.

²⁶ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C. Dans le même sens, C. adm., 1^{er} juin 2006, n° 20813C.

²⁷ T. adm., 24 févr. 2014, n° 31871.

²⁸ T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933. Dans le même sens, v. T. adm., 11 oct. 1999, n°s 11243 et 11244, confirmé par C. adm., 17 févr. 2000, n° 11608C.

annulation contre la décision de remise en adjudication. Toutefois, l'irrecevabilité du recours en ce qu'il était dirigé contre la décision de remise en adjudication semble avoir été très largement préjugée⁽²⁹⁾, le Tribunal administratif donnant l'impression qu'il était d'ores et déjà tranché au fond le recours en annulation dirigé contre la décision de retrait de la première soumission. Le lecteur averti ne s'y est d'ailleurs pas trompé, en allant immédiatement prendre connaissance du dispositif du jugement qui, sans surprise, confirma le caractère recevable mais non fondé du recours en annulation dirigé contre de la décision par laquelle la commune de Kehlen avait renoncé à sa première procédure de passation⁽³⁰⁾.

Face à l'approche évoquée précédemment et dénuée de toute nuance selon laquelle l'opérateur économique évincé a nécessairement un intérêt à agir, il peut sembler étonnant que les juridictions administratives prennent encore systématiquement le soin de relever qu'« *un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer à une entreprise voulant participer à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques* »⁽³¹⁾. Dans l'affaire de la soumission publique lancée en avril 2008 par la commune de Colmar-Berg pour la fourniture d'un fourgon incendie de type « TLF 3000 STA » (ci-après l'affaire de la « **Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg** »), la commune avait soulevé le défaut d'intérêt à agir dans le chef du soumissionnaire qui avait formé un recours à l'encontre de la décision du collège échevinal ayant annulé la soumission publique initiée. La commune considérait, en effet, qu'à partir du moment où le marché avait été annulé, il ne lui « *aurait jamais été attribué, ni [n']aurait attribué à une entreprise concurrente* » et, enfin, que « *la demanderesse pourrait participer à la nouvelle soumission à organiser suite à l'annulation de la soumission initiale* »⁽³²⁾. Cependant, et selon sa motivation habituelle en matière de marchés publics⁽³³⁾, le Tribunal administratif excipia l'intérêt de concurrence pour considérer que la demanderesse était « *susceptible en cas d'annulation des décisions déferées d'obtenir une satisfaction certaine et personnelle par rapport à un droit légalement établi. En effet, dans cette hypothèse, [et ayant été, parmi les quatre offres soumises, classée première à ladite soumission publique], elle pourrait se prévaloir de son offre et son classement et soutenir que le marché litigieux aurait dû lui être attribué, de sorte qu'elle doit être considérée comme disposant d'un intérêt suffisant en vue d'attaquer les décisions d'annulation de la soumission litigieuse* »⁽³⁴⁾.

Confronté aux mêmes objections du pouvoir adjudicateur, le Tribunal administratif tint le même raisonnement dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen, en jugeant qu'« *un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer à une entreprise voulant participer à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques* »⁽³⁵⁾. A fortiori, la société requérante qui, selon le procès-verbal de l'ouverture de la soumission s'était classée première parmi les trois offres

²⁹ Dans la mesure où la décision de remise en adjudication n'était entreprise qu'en tant que conséquence de la décision antérieure de la commune de Kehlen de renoncer à la soumission initiale, il aurait incombé au Tribunal administratif d'examiner d'abord le bien-fondé du recours en annulation dirigé contre la décision de la commune de renoncer à la soumission litigieuse et, le cas échéant, d'en tirer ensuite des conséquences quant à l'intérêt de la requérante à agir en annulation de la décision de remise en adjudication. En effet, l'éventuelle annulation de la décision de renoncer à la soumission conférerait *ipso facto* à la requérante un intérêt à agir contre la décision de remise en adjudication, notamment en ce qu'elle aurait été légitime à s'opposer à une nouvelle adjudication.

³⁰ T. adm., 12 mai 2010, n° 25932 et 25933.

³¹ T. adm., 16 févr. 2009, n° 24370. Dans le même sens, v. aussi T. adm., 20 juin 2005, n° 19022, confirmé par C. adm., 11 juill. 2006, n° 20192C ; T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910 ; T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550 ; T. adm., 15 juill. 2013, n° 30934 ; T. adm., 12 mai 2014, n° 32343 ; T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887. Cette motivation utilisée dans des affaires de marchés publics a d'ailleurs également été reprise dans l'affaire de la concession du réseau de télédistribution, v. T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295. Solution confirmée par C. adm., 6 déc. 2011, n° 28707C.

³² T. adm., 12 mai 2010, n° 25925.

³³ T. adm. 27 janv. 1997, n° 10858 ; T. adm. 18 oct. 1999, n° 10995. V. aussi T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295.

³⁴ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Dans le même sens, v. T. adm. 10 mai 1996, n° 20337.

³⁵ T. adm., 12 mai 2010, n° 25932 et 25933. Dans le même sens, C. adm., 18 janv. 2018, n° 39548C.

remises, pourrait se prévaloir de son offre et de son classement et soutenir que le marché litigieux aurait dû lui être attribué, en cas d'annulation de la délibération du collège échevinal ayant décidé d'annuler la procédure de soumission initiée. En effet, dans cette hypothèse, cette société pourrait se prévaloir de son offre et de son classement et soutenir que le marché litigieux aurait dû lui être attribué ⁽³⁶⁾.

Il est cependant loisible de relever que, dans ces deux affaires, le Tribunal administratif a reconnu l'intérêt à agir des requérantes, en prenant le soin de relever qu'elles étaient les mieux classées au moment de l'ouverture des offres, en ne prenant en compte que le critère du prix. Un intérêt à agir ne saurait toutefois être dénié à un opérateur économique qui ne serait pas le mieux classé au moment de l'ouverture des offres, notamment si l'adjudication devait s'effectuer au profit de l'offre économiquement la plus avantageuse, et non pas la moins chère ou encore si le pouvoir adjudicateur a renoncé à la procédure de soumission avant même d'avoir examiné la conformité des différentes offres en lice ou d'avoir évalué les offres au regard des différents critères fixés dans les documents de marché. Il convient donc de considérer qu'un opérateur économique qui a participé à une procédure de passation d'un marché public doit, de façon générale, être considéré « *comme disposant d'un intérêt suffisant en vue d'attaquer la décision d'annulation de la soumission litigieuse* » ⁽³⁷⁾.

Si la jurisprudence admet largement que les opérateurs économiques ont nécessairement un intérêt à agir pour voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques, encore faut-il qu'ils puissent se prévaloir de leur qualité soit de soumissionnaire, soit de candidat au sens de l'article 3 point 8 de la Loi de 2009. Ainsi, dans une affaire relative au marché public relatif au lot 7A, « installations manuelles d'extinction incendie », aux Tunnels Grouft et Stafelter (ci-après l'affaire des « **Travaux pour les installations incendie des Tunnels Grouft et Stafelter** »), le fournisseur de la société qui avait été informée que son offre n'avait pas été prise en considération pour ne pas être économiquement la plus avantageuse, introduisit un recours en annulation contre cette décision du ministre du Développement durable et des Infrastructures. Le Tribunal administratif examina alors la question de la recevabilité de ce recours, en rappelant d'abord, selon une formulation récurrente ⁽³⁸⁾, que l'intérêt à agir « *ne consiste pas dans un droit allégué, mais dans le fait vérifié qu'une décision administrative affecte négativement la situation en fait ou en droit d'un administré qui peut partant tirer un avantage corrélatif de la sanction de cette décision par le juge administratif. Un demandeur, pour justifier d'un intérêt à agir, doit justifier d'un intérêt personnel et certain, en ce sens que la réformation ou l'annulation de l'acte litigieux doit lui procurer une satisfaction certaine et personnelle. L'intérêt invoqué doit encore être distinct de l'intérêt général, le demandeur devant justifier de l'existence d'un lien suffisamment direct entre la décision querellée et sa situation personnelle* » ⁽³⁹⁾. Puis le tribunal de poursuivre que, « *plus particulièrement, en matière de marchés publics, l'article 1^{er}, dernier alinéa de la loi du 10 novembre 2010, donne des précisions quant à l'intérêt à agir en la*

³⁶ Sur le lien entre le classement de la soumissionnaire évincée et l'intérêt à agir. v. T. adm., 12 mai 2010, n°25925, jugeant que l'opérateur économique a intérêt à agir dès lors qu'il est le mieux classé. V. aussi T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632. V. aussi T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837 où l'intérêt à agir de la soumissionnaire évincée est déduit de la faculté d'obtenir un dédommagement devant les juridictions judiciaires dès que le contrat a entretemps été conclu avec l'adjudicataire.

³⁷ V., en ce sens, T. adm. 10 mai 1996, n° 20337. V. aussi T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933, jugeant que l'opérateur économique qui a participé à la procédure de soumission a un intérêt à agir contre la décision d'annulation de cette procédure.

³⁸ Même si cette motivation n'est pas, en soi, sujette à critique, il conviendrait quand même que les jugements du Tribunal administratif qui la recopient inlassablement, prennent au moins le soin de citer des références exactes aux décisions qu'ils mentionnent. Ainsi, dans le jugement sous examen, le Tribunal renvoie à un jugement du 11 octobre 2007, qui porterait le numéro 22489 du rôle en même temps qu'il cite un jugement du 27 juin 2001, portant le même numéro de rôle. Or, le jugement qui porte effectivement ce numéro de rôle date du 22 octobre 2007.

³⁹ T. adm., 22 févr. 2016, n° 34252. V. aussi, avec la même motivation et les mêmes références erronées, T. adm., 1^{er} févr. 2016, n° 35446.

matière en ce qu'il dispose que « Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée du droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marché public. » Le Tribunal administratif en arrive ainsi à la conclusion que n'a pas d'intérêt à agir le fournisseur d'un soumissionnaire, dans la mesure où il n'a pas été lui-même candidat ou soumissionnaire et où il n'a pas de lien personnel avec la décision d'adjudication, ni de lésion individuelle du fait de cette décision ⁽⁴⁰⁾. Le tribunal rappela également sa position traditionnelle selon laquelle un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer, à l'opérateur économique, un intérêt à agir contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passations des marchés publics, tout en précisant qu'« encore faut-il que le demandeur ait effectivement participé ou entendu participer à une soumission en déposant une offre » ⁽⁴¹⁾. Et le tribunal de conclure que « s'il est certes vrai que la société [requérante] était le fournisseur de la société [dont l'offre avait été rejetée], cette qualité ne lui confère pas celle de soumissionnaire. En tant que fournisseur d'un soumissionnaire, elle pourrait tout au plus justifier d'un intérêt suffisant afin d'appuyer un recours introduit par la société [soumissionnaire] en tant que soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, puisqu'elle pourrait faire valoir être lésée par le fait que l'offre de cette dernière n'a pas été retenue et pouvoir tirer de l'annulation de la décision d'adjudication et de celle n'ayant pas retenu l'offre de la société [soumissionnaire] la satisfaction d'un intérêt personnel » ⁽⁴²⁾.

Dans une autre affaire, un avocat fit introduire un recours en annulation d'une décision du ministre du Développement durable et des Infrastructures, sinon du gouvernement, sinon d'une personne inconnue, prise à une date inconnue, de recourir à une procédure négociée sans publication d'un avis en vue de l'attribution d'un marché de prestations de services aux fins de la rédaction d'un avis juridique concernant plusieurs questions juridiques et techniques relatives aux quatre projets de règlements grand-ducaux dits « plans directeurs sectoriels » (ci-après l'affaire de la « **Procédure négociée pour l'obtention d'un avis juridique sur les plans directeurs sectoriels** »). Dans ce contexte, le Tribunal administratif rappela d'abord le contenu de la notion d'intérêt à agir ⁽⁴³⁾, pour considérer ensuite, qu'en l'espèce, « la décision faisant l'objet du présent recours est celle, émanant, tel que cela se dégage des explications de la partie étatique ainsi que nécessairement du courrier précité du secrétaire d'Etat au Développement durable et aux Infrastructures du 30 octobre 2014, du ministre du Développement durable et des Infrastructures, d'attribuer un marché de services, en l'occurrence la rédaction d'un avis juridique relatif aux projets de plans directeurs sectoriels, par la voie d'un marché négocié ».

Et de poursuivre : « dans l'hypothèse précise d'une décision de recourir à la procédure négociée en la matière des marchés publics, le demandeur, pour justifier son intérêt à agir, doit établir non seulement qu'il avait l'intention de participer au marché, mais aussi qu'il se trouve dans une situation telle qu'il aurait raisonnablement eu des chances pour entrer en ligne de compte pour se voir attribuer le marché. A cet égard, il ne suffit pas de justifier qu'il est susceptible d'être candidat pour l'attribution du marché en raison de son domaine d'activité, respectivement en raison de sa spécialisation, mais son intérêt à agir peut être remis en question s'il existe des éléments qui se heurtent à une prise en compte de sa candidature. (...) Dès lors, la seule qualité d'avocat spécialisé en matière d'urbanisme, dont fait état Maître ..., est insuffisante pour justifier son intérêt à agir,

⁴⁰ T. adm., 22 févr. 2016, n° 34252. V., dans le même sens T. adm., 18 nov. 2002, n° 14521.

⁴¹ T. adm., 22 févr. 2016, n° 34252. V., dans le même sens, T. adm., 25 juill. 2001, n° 12225.

⁴² T. adm., 22 févr. 2016, n° 34252.

⁴³ T. adm., 1^{er} févr. 2016, n° 35446. V. aussi C. adm., 14 juill. 2009, n°s 23857C et 23871C. Sur les références erronées, v. *supra* note infrapaginale 39.

mais il convient d'examiner si concrètement, Maître ... a non seulement manifesté un intérêt pour l'attribution du marché, mais surtout s'il avait des chances réelles de se voir attribuer ledit marché ».

Le tribunal releva que *« la volonté de Maître ... de se présenter comme candidat pour l'attribution du marché ne se dégage pas de ses écrits adressés au ministre du Développement durable et des Infrastructures, respectivement au ministre de l'Intérieur, après qu'il a pris connaissance du projet de solliciter un avis juridique, (...) il n'a [pas] fait état d'un intérêt personnel à la participation au marché, mais il s'est limité à invoquer de manière générale des irrégularités par rapport à la législation en matière de marchés publics, se présentant davantage comme défenseur de l'intérêt général, que comme celui d'un intérêt personnel en tant qu'adjudicataire potentiel qui risque d'être évincé d'un marché auquel il aurait, premièrement, eu l'intention de participer et, deuxièmement, eu des chances réelles de pouvoir participer »*. De plus, les *« prises de position publiques »* de Maître ... permettent de *« douter »* qu'il ait été *« susceptible d'aborder la rédaction d'un avis juridique de manière neutre et impartiale afin de guider le ministre compétent objectivement dans le choix des mesures à prendre pour résoudre les difficultés auxquelles il était confronté en relation avec les projets de plans directeurs sectoriels »*. Enfin, Maître ... ayant déjà représenté les *« intérêts d'un propriétaire en appuyant son argumentation sur une interprétation bien précise des effets des projets de plans directeurs sectoriels (...) »*, il n'était plus en mesure de donner un avis juridique neutre et impartial par rapport aux projets de plans directeurs sectoriels litigieux, de sorte qu'il ne pouvait entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché litigieux ». Le tribunal en conclut que *« Maître ... n'a pas établi l'existence d'un intérêt personnel et direct, en ce sens que l'annulation de la décision de procéder à l'attribution du marché de service litigieux par la voie du marché négocié puisse lui procurer une satisfaction certaine et personnelle, puisqu'il se dégage des éléments soumis à l'appréciation du tribunal qu'il se trouvait dans une situation où il ne pouvait pas entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché, et cela peu importe la procédure d'attribution choisie »* ⁽⁴⁴⁾.

Finalement, et pour en finir avec la question de la recevabilité des recours, la Cour administrative a eu l'occasion de rappeler que la partie qui a obtenu gain de cause en première instance, n'est évidemment pas recevable à interjeter appel du jugement rendu par le Tribunal administratif, fût-ce à titre incident ⁽⁴⁵⁾.

3. La participation à une procédure de passation par les associations momentanées

L'approche compréhensive de l'intérêt à agir au profit de l'opérateur économique évincé bénéficiait traditionnellement à une société ayant participé à la soumission litigieuse en tant qu'associée d'une association momentanée, constituée avec une autre société pour les besoins spécifiques d'une procédure de passation d'un marché public. Bien que l'offre n'avait pas été déposée au nom de la société requérante mais au nom de l'association momentanée, le Tribunal administratif considérait qu'*« en tant que société affirmant avoir participé à la soumission litigieuse et en avoir été écartée à tort, la société (...) dispose d'un intérêt à agir à l'encontre des décisions déférées »* ⁽⁴⁶⁾. Cette solution se retrouvait, par exemple, dans l'affaire des Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie où le Tribunal administratif jugea qu'*« en tant que société affirmant avoir participé à la soumission litigieuse et en avoir été écartée à tort, la société AAA - la*

⁴⁴ T. adm., 1^{er} févr. 2016, n° 35446.

⁴⁵ C. adm., 12 mai 2011, n° 27702 C. Dans le même sens, C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C, jugeant qu'*« un appel n'est possible que contre une décision qui fait grief. (...) Ayant obtenu gain de cause en première instance, [la commune] ne saurait entreprendre le jugement en question, alors même qu'un de ses moyens invoqués n'aurait pas abouti »*. La cour précisa que la commune pouvait néanmoins réitérer ses moyens de première instance pour le rejet de l'appel et obtenir, le cas échéant, une confirmation du jugement pour d'autres motifs.

⁴⁶ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

question du bien-fondé de ces affirmations relevant de l'examen au fond du recours - dispose d'un intérêt à agir à l'encontre des décisions déferées » ⁽⁴⁷⁾.

Dans l'affaire des Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale s'était même posée la question de savoir si l'association momentanée avait ou non retiré son offre avant la décision d'adjudication. Or, le Tribunal administratif considéra, au vu des correspondances échangées, que l'une des sociétés composant l'association momentanée n'avait pas renoncé à son offre et qu'elle conservait « *un intérêt à poursuivre l'annulation de la décision* » ⁽⁴⁸⁾ du bureau du syndicat de communes ayant annulé la décision de mise en adjudication des travaux en question. La Cour administrative confirma cette solution ⁽⁴⁹⁾.

L'intérêt à agir d'une société, membre d'une association momentanée, à l'encontre de l'une ou l'autre décision qu'un pouvoir adjudicataire peut être amené à prendre dans le cadre de la procédure de mise en adjudication, ne faisait donc pas l'objet de véritables discussions. C'est ainsi encore que, dans le cadre du projet de modernisation des infrastructures du centre de recyclage sis à Kehlen initié par le Syndicat Intercommunal pour l'hygiène publique du canton de Capellen, un groupe de sociétés organisées en association momentanée conformément à l'article 138 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « **Loi de 1915** ») introduisit un recours en annulation contre la décision du SICA de ne pas retenir cette association pour le projet envisagé. Or, « *pour des raisons qui lui étaient propres* », l'une des trois sociétés de cette association momentanée s'était désistée en cours d'instance de sa demande, conduisant alors le pouvoir adjudicateur à conclure à l'irrecevabilité du recours, faute d'intérêt à agir du groupement dont les décisions devaient être prises à l'unanimité des membres. Le Tribunal administratif jugea toutefois que « *le fait qu'une de ces trois sociétés demanderesse a, au cours de la procédure contentieuse, entendu se désister du recours (...) ne saurait avoir une quelconque influence sur la qualité d'agir en justice des deux autres sociétés demanderesse, étant donné qu'il s'agit de trois sociétés distinctes ayant chacune leur propre personnalité juridique et pouvant de ce fait décider librement si elles entendent introduire une action en justice contre un acte administratif par lequel elles s'estiment lésées* » ⁽⁵⁰⁾.

Ainsi, les membres d'une association momentanée semblaient clairement avoir un intérêt à agir pour demander l'annulation des décisions prises à l'occasion d'une procédure de passation et susceptibles de leur faire grief. Telle était encore la position qu'avait adoptée le Tribunal administratif dans le cadre du recours dirigé contre la décision de rejet de l'offre déposée par une association momentanée ayant participé à la procédure négociée avec publication d'avis pour l'attribution du marché public « *Supply, Deployment and Operation of a digital radio communications network* », en vue de la mise en place d'un réseau de radiocommunication numérique dédié aux services de secours et de sécurité. L'une des deux sociétés, membre de l'association momentanée, avait introduit un recours contre la décision ayant écarté « son » offre, pour ne pas avoir été économiquement la plus favorable. En première instance, le Tribunal administratif retint, sans surprise, que cette société avait intérêt à agir, même si l'autre société avait décidé de ne pas exercer son droit d'agir en justice.

⁴⁷ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

⁴⁸ T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556. La Cour administrative précisa qu'une rétraction « *sans réserves* » d'une offre pourrait entraîner une « *renonciation aux voies de recours* » contre la décision que serait amené à prendre un pouvoir adjudicateur. Mais en l'espèce, pareille rétractation n'était pas établie, v. C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C.

⁴⁹ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C.

⁵⁰ T. adm., 15 juill. 2015, n° 34244. V. aussi C. adm. 23 nov. 2000, n° 11662C.

Ayant cependant été déboutée sur le fond du litige, la société requérante interjeta appel du jugement. Or, la Cour administrative prit à rebours les positions jurisprudentielles qui étaient jusque-là admises, en considérant que « *l'absence de personnalité juridique de l'association momentanée a pour effet que son action en justice n'est recevable que si elle a été introduite par tous les associés conjointement* »⁽⁵¹⁾. Puis la cour de juger que « *si l'inertie, volontaire ou non, d'un membre de l'association momentanée prive les autres de la possibilité d'agir en justice, rien n'interdit aux membres d'une association de se prémunir contre ce risque dès le moment de la conclusion du contrat d'association en y prévoyant précisément l'insertion d'une clause de représentation plus ou moins large* »⁽⁵²⁾. Cette solution, qui va à l'opposé de la tendance jurisprudentielle d'une plus grande recevabilité des recours sur la seule considération de l'éviction d'un opérateur économique qui lui confère un intérêt à agir, risque de placer le juge administratif dans un rôle qui n'est pas le sien, à savoir d'apprécier la validité d'une clause de représentation insérée dans un contrat entre personnes privées.

C. LA RECEVABILITE AU REGARD DE LA DECISION DEFEREE

Les juridictions administratives sont souvent amenées à se prononcer sur la recevabilité du recours en fonction de la nature des décisions qui leur sont déférées, ce qui les conduit parfois à devoir identifier précisément l'acte faisant l'objet du recours en annulation.

1. La détermination de la décision déférée

La recevabilité du recours peut exceptionnellement soulever la question de savoir si une décision a bel et bien été prise, dès lors qu'elle ne s'extériorise par aucun écrit. Ainsi, dans l'affaire de la procédure négociée pour les travaux de nettoyage d'un certain nombre de bâtiments de la commune de Bertrange (ci-après la « **Procédure négociée pour le nettoyage des bâtiments à Bertrange** »), l'Administration communale entendait tirer parti du fait qu'elle n'avait pris aucune décision matérialisée par un écrit, pour en conclure que le recours serait irrecevable. Sans surprise, ce moyen ne fut pas accueilli puisqu'« *il n'existe aucune condition de forme à remplir par un acte, afin de déterminer s'il constitue une décision. Ainsi, une décision administrative peut être purement orale, pourvu que son existence puisse être établie, voire même se déduire d'un comportement explicite d'une autorité* »⁽⁵³⁾. En l'occurrence, le Tribunal administratif déduisit l'existence d'une décision de la Commune de Bertrange, intervenue nécessairement avant la conclusion des contrats de services, « *le fait que ladite décision ait été matérialisée par un écrit ou non étant du point de vue de l'existence de cette décision, indifférent* »⁽⁵⁴⁾. Partant, le tribunal rejeta le moyen tiré de l'irrecevabilité du recours tiré de l'absence de décision expresse de l'Administration communale.

En dehors de cette hypothèse exceptionnelle d'une absence d'écrit formalisant la décision entreprise, les juridictions administratives s'en tiennent généralement au libellé du recours pour déterminer précisément quel acte est déféré. A cet égard, la Cour administrative rappela « *qu'en l'absence d'intention manifeste contraire, les termes juridiques employés par un professionnel de la postulation sont à appliquer à la lettre* », pour en déduire que « *la seule décision utilement attaquée est celle qui figure dans le dispositif de la requête introductive d'instance (...) précisé, le cas échéant, à travers le dispositif du mémoire en réplique* »⁽⁵⁵⁾. Ainsi, dans l'affaire de la

⁵¹ C. adm., 6 oct. 2015, n° 35994C. V. en ce sens, M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération nationale de la Construction, Bruxelles, 1996, 6^{ème} éd., page 897. V. aussi CE belge, 31 janv. 2006, n° 154363 et CE belge, 6 fév. 2006, n° 154549 ; CJCE 8 sept. 2005, C-129/04, Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA c/ Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi.

⁵² C. adm., 6 oct. 2015, n° 35994C.

⁵³ T. adm., 8 mai 2013, n° 30187. Dans le même sens, T. adm., 27 nov. 1997, n° 10123.

⁵⁴ T. adm., 8 mai 2013, n° 30187. Dans le même sens, T. adm., 27 nov. 1997, n° 10123.

⁵⁵ C. adm., 12 nov. 2009, n°26116C. En ce sens, v. aussi C. adm. 4 mars 2008, n°23157C.

soumission publique pour le marché relatif à des travaux d'installation d'appareils de cuisine à exécuter dans le cadre de la construction d'une maison relais avec extension de l'école fondamentale à Erpeldange (ci-après l'affaire des « **Travaux pour l'installation de matériel de cuisine pour l'école d'Erpeldange** »), seule était déférée la décision de rejet de l'offre de la soumissionnaire évincée, à l'exclusion de la délibération portant adjudication du marché, décision indépendante de la première ⁽⁵⁶⁾. Mais dans la mesure où il s'agissait de deux décisions distinctes, le Tribunal administratif jugea recevable le recours, bien qu'il fût uniquement dirigé contre la décision de rejet de l'offre du soumissionnaire.

Dans l'affaire des travaux d'installation d'une centrale de production d'eau glacée et d'alimentation pour un centre informatique (ci-après l'affaire des « **Travaux pour la centrale d'eau glacée** »), la société dont l'offre avait été rejetée demandait au Tribunal administratif d'analyser la conformité des autres offres et considérait que la décision d'attribution du marché devait également être annulée. Le tribunal rappela qu'il était, en l'espèce, « *saisi d'un recours visant la seule décision (...) ayant rejeté l'offre de la société (...), et non de la décision corrélative mais distincte (...) ayant attribué ledit marché à l'association momentanée (...), ledit objet restreint ayant encore été confirmé par la société demanderesse au dispositif de son mémoire en réplique, de sorte que le tribunal ne saurait en tout état de cause étendre son contrôle, et, le cas échéant, sa sanction éventuelle à une décision qui ne lui a pas été valablement déférée. Par ailleurs même à supposer pour les besoins de la discussion que le tribunal constaterait une illégalité au niveau de la décision d'adjudication, il n'en demeure pas moins que la décision d'adjudication (...) ne pourrait pas être annulée pour ne pas avoir été valablement déférée au tribunal ; en effet, les actes à caractère individuel, passé le délai de recours de trois mois devant le tribunal administratif, ne peuvent être remis en cause par voie d'exception d'illégalité, ni par le juge administratif, ni par le juge judiciaire dans le cadre d'une instance ultérieure* ⁽⁵⁷⁾. Le tribunal ne saurait par conséquent faire droit à la demande [de] la société demanderesse visant l'institution d'une mesure d'expertise afin de vérifier la conformité technique et économique de l'offre de l'association momentanée (...), voire même d'autres soumissionnaires non désignés par la société (...), par rapport au cahier des charges » ⁽⁵⁸⁾.

Dans la seconde affaire relative à la Construction du centre sportif à Dudelange, les demanderesses qui étaient confrontées à plusieurs moyens d'irrecevabilité de leur recours, soutinrent qu'il était également dirigé contre la décision d'adjudication prise par le collège des bourgmestre et échevins en date du 30 décembre 2012 et versée dans leur farde de pièces. Mais le tribunal considéra que « *la seule décision utilement attaquée est celle qui figure dans le dispositif de la requête introductive d'instance* » ⁽⁵⁹⁾, à savoir le courrier du bourgmestre de la Ville de Dudelange. Aussi, les deux demanderesses ne pouvaient sérieusement pas prétendre que leur recours visait également la décision d'adjudication dont l'annulation n'était pas sollicitée au dispositif de leur recours.

Enfin, dans l'affaire de la soumission publique en vue de l'attribution du marché relatif à des travaux de carrelage à exécuter dans l'intérêt du Lycée Technique des Arts et Métiers à Luxembourg (ci-après l'affaire des « **Travaux de carrelages pour le Lycée Technique des Arts et Métiers** »), la société requérante soutenait que son recours dirigé contre le courrier d'information qui faisait expressément référence à l'arrêté d'adjudication, portait *ipso facto* également contre cet arrêté. Cependant, le Tribunal administratif ne se laissa pas convaincre par cette argumentation

⁵⁶ T. adm., 26 nov. 2014, n° 31992. Dans le même sens, T. adm., 6 oct. 2014, n° 32221.

⁵⁷ R. ERGEC, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, Pas. adm. 2012, page 28, n°46 ; voir également T. adm., 11 févr. 2015, n° 33694.

⁵⁸ T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059.

⁵⁹ T. adm., 24 févr. 2014, n° 31871. Dans le même sens, C. adm., 4 mars 2008, n° 23157C.

dans la mesure où aucun moyen n'était formulé à l'encontre de l'arrêté d'adjudication et que l'objet du recours, tel que cerné par le dispositif de la requête introductive d'instance, ne s'étendait pas à l'arrêté en question ⁽⁶⁰⁾.

Au total, l'opérateur économique qui sollicite l'annulation de la décision rejetant son offre, serait bien inspiré d'étendre explicitement l'objet de son recours à la décision attribuant le marché à l'adjudicataire. Certes, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'omission d'une telle demande complémentaire n'a aucune incidence sur la recevabilité du recours exclusivement dirigé contre la décision de rejet d'une offre, mais elle peut lui retirer toute sa dimension pratique si l'acte litigieux venait effectivement à être annulé sans que la décision corrélative d'adjudication au concurrent subisse le même sort.

2. La détermination du caractère décisionnel de la décision déferée

A plusieurs occasions, le Tribunal administratif a rappelé, sur base de l'article 1^{er} de la Loi de 1999, que l'ouverture d'un recours devant les juridictions administratives suppose remplies deux conditions cumulatives, à savoir, d'une part, que l'acte litigieux constitue bel et bien une décision administrative, c'est-à-dire qu'il « *émane d'une autorité administrative légalement habilitée à prendre des décisions unilatérales obligatoires pour les administrés* » ⁽⁶¹⁾ et, d'autre part, qu'il s'agisse d'« *une véritable décision, affectant les droits et intérêts de la personne qui la conteste* » ⁽⁶²⁾. Mais c'est uniquement cette seconde condition qui fit l'objet de développements jurisprudentiels au cours de la période sous examen.

Il convient tout d'abord de préciser que l'appréciation du caractère décisionnel d'une décision administrative s'effectue exclusivement par rapport à son dispositif. Ainsi, dans l'affaire des travaux d'équipements électromécaniques concernant la construction d'un réservoir d'eau dans la commune de Garnich et plus précisément la construction de deux cuves cylindriques de 250 m³ en acier inoxydable, l'installation de la tuyauterie et de la robinetterie, l'installation d'un groupe hydrophore, l'installation d'équipements électriques et de mesure, ainsi que des modifications à apporter aux réservoirs existants (ci-après l'affaire des « **Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich** », le Tribunal administratif considéra que la motivation de la délibération déferée n'était pas susceptible de faire l'objet d'un recours distinct même si ses "attendus" précisait le classement des différents soumissionnaires et indiquait que la requérante était la deuxième classée. « *En effet, seul le dispositif est (...) celui qui puisse faire grief, de sorte qu'un recours ne peut être exercé contre un élément de l'acte autre que le dispositif* » ⁽⁶³⁾, solution confirmée en appel par la Cour administrative ⁽⁶⁴⁾, de sorte que le recours fut jugé irrecevable en ce qu'il tendait à l'annulation de la décision du collège des bourgmestre et échevins de retenir régulière l'offre remise par la société concurrente, faute de contenir à son dispositif une disposition en ce sens.

Par ailleurs, la condition selon laquelle l'acte déferé doit affecter les droits et les intérêts du requérant implique nécessairement que cet acte soit distinctement spécifié. Tel n'était pas le cas dans la seconde affaire relative à la Construction du centre sportif à Dudelange où, ne doutant de rien, les deux sociétés demanderesse demandaient au Tribunal administratif d'« *ordonner l'annulation de l'intégralité de la procédure de dialogue compétitif et par voie de conséquence*

⁶⁰ T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221.

⁶¹ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749. V. aussi T. adm. 27 déc. 2007, n°22838.

⁶² T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749 et F. SCHOCKWEILER, *Le contentieux administratif et la procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois*, n° 46, p. 28.

⁶³ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p.79, n° 78 et 179.

⁶⁴ C. adm., 25 févr. 2014, n° 33170C.

annuler la décision du 6 décembre 2012 ». Mais le tribunal rappela opportunément « *que le juge de l'annulation ne saurait annuler "une procédure" mais doit être saisi d'un acte individuel ou réglementaire faisant grief* », et ceci en application de l'article 2, paragraphe 1^{er} de la Loi de 1996. Le recours était donc irrecevable en ce qu'il visait l'annulation de la procédure de passation sans que soit spécifiquement poursuivie l'annulation d'un acte administratif clairement identifié. Au demeurant, si les sociétés requérantes estimaient « *que le recours à la procédure du dialogue compétitif n'aurait pas été justifié en l'espèce, il leur aurait appartenu d'introduire un recours contre la décision du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Dudelange par laquelle celui-ci a retenu de procéder par voie de dialogue compétitif, ce qu'elles ont cependant omis de faire* » (65).

Enfin, dans l'affaire précitée de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen, s'était aussi posée la question de la recevabilité du mémoire du Délégué du Gouvernement, en sa qualité de représentant de l'Etat devant les juridictions administratives. Or, l'approbation donnée par le ministre de l'Intérieur de la décision du collège échevinal de renoncer à la procédure de soumission, « *constitue un acte décisionnel revêtant en l'espèce la forme d'un « nihil obstat », par lequel l'autorité de tutelle signifie à l'autorité communale n'avoir rien à opposer à la décision soumise à son contrôle dans le cadre de l'article 159 du [Règlement de 2003]* » (66). Partant, le délégué du gouvernement fut jugé recevable à défendre devant le Tribunal administratif la légalité de la décision d'approbation par le ministère de tutelle, quand bien même la commune n'aurait pas comparu.

En dehors de ces problématiques marginales, la question du caractère décisionnel de l'acte déferé, et consécutivement de la recevabilité du recours dirigé à son encontre, se pose essentiellement lorsque le requérant été informé que son offre avait été rejetée par une décision précédente du pouvoir adjudicateur. Ainsi, dans l'affaire portant sur les travaux de parachèvement et de mobilier à exécuter dans le cadre de la mise à niveau des annexes A, B, et C de la Cour de Justice de l'Union européenne à Luxembourg-Kirchberg (ci-après l'affaire des « **Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice** »), l'une des sociétés requérantes avait dirigé son recours contre la décision du ministre du Développement durable et des Infrastructures portant attribution du marché à sa concurrente et contre la décision de ce même ministre informant la société que son offre n'avait pas été prise en considération, faute d'avoir été la plus avantageuse. Le Tribunal administratif jugea recevable le recours autant en ce qu'il tendait à l'annulation de la décision ayant attribué le marché à l'autre société, qu'en ce qu'il visait à l'annulation de la décision d'information qui a implicitement mais nécessairement écarté la société de ce même marché (67).

Dans une affaire pour des travaux de surveillance et de sécurité pour un lycée technique (ci-après l'affaire des « **Travaux de sécurité au lycée technique** »), le directeur du lycée avait adressé un courrier au soumissionnaire par lequel il l'informait que son offre n'avait pas été retenue comme économiquement la plus avantageuse. Or, un tel courrier qui *de facto* rejetait l'offre d'un soumissionnaire, revêt un caractère décisionnel et, comme tel, constitue une décision susceptible de recours (68).

Dans l'affaire au fond des travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées à Luxembourg (ci-après les « **Travaux de fonçage à Luxembourg** »), le Tribunal administratif a considéré que le

65 T. adm., 24 févr. 2014, n° 31871.

66 T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933.

67 T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579. Dans le même sens, v. T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632.

68 T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

recours formé à l'encontre de la lettre, informant le soumissionnaire de son éviction et de l'attribution du marché à un concurrent, constituait la décision administrative faisant grief. Il faut préciser que le soumissionnaire évincé n'avait pas reçu notification de la délibération du collège échevinal rejetant son offre, de sorte que c'est bien le courrier d'information qui modifiait ses droits. Partant, le recours dirigé contre cette lettre a été jugé recevable⁽⁶⁹⁾. Cette solution fut également retenue dans l'affaire des travaux de gros œuvres et de terrassement pour la construction de la Maison des Générations à Schiffflange (ci-après l'affaire des « **Travaux de construction de la Maison des Générations à Schiffflange** ») où le Tribunal administratif considéra que « *la lettre émanant de l'administration informant un soumissionnaire que son offre a été écartée, ne contient pas d'élément décisionnel propre, mais ne constitue qu'une lettre d'information relativement la décision prise. Ce constat reste cependant sans incidence préjudiciable quant à la recevabilité du recours, du moment que lors de l'introduction du recours, la décision d'écartier l'offre du soumissionnaire n'a pas reçu d'autre matérialisation que le courrier d'information et que le recours doit être considéré comme étant dirigé, d'une part, contre la décision portant rejet de l'offre du soumissionnaire, telle qu'elle s'est matérialisée par le courrier d'information, et, d'autre part, contre la décision portant adjudication du marché à un concurrent* »⁽⁷⁰⁾. Dans l'affaire des travaux d'étanchéité dans le cadre de la construction d'une école primaire et périscolaire et d'un hall sportif à Nonnewisen, le Tribunal administratif admit également la recevabilité du recours formellement dirigé contre la lettre d'information du soumissionnaire évincé que lui avait adressée le bourgmestre, en jugeant que celle-ci était « *révélatrice de l'existence de la décision d'adjudication valant rejet implicite de son offre* »⁽⁷¹⁾ et en considérant que le recours ainsi formé incluait « *nécessairement* » la décision du collège échevinal de la Ville d'Esch-sur-Alzette⁽⁷²⁾.

Inversement, dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg, le Tribunal administratif a jugé qu'« *en présence [de la] décision explicite (du 5 mai 2009) émanant de l'autorité compétente en la matière (i.e. le ministre de l'Intérieur), le courrier déferé (du 25 juin 2009 de la commune de Colmar-Berg informant le soumissionnaire de la délibération du collège échevinal du 27 mars 2009, portant annulation de la soumission publique et de l'approbation afférente du ministre de l'Intérieur du 5 mai 2009) ne comporte pas d'élément décisionnel propre, mais ne fait que porter à la connaissance [du soumissionnaire] le fait que la soumission (...) a été annulée ainsi que les raisons sous-jacentes à cette décision* »⁽⁷³⁾. Le Tribunal administratif releva que dans son « *courrier du 25 juin 2009, le bourgmestre, en sa qualité de président du collège échevinal, [avait] pris soin d'identifier explicitement la décision prise en date du 27 mars 2009 par le collège échevinal, de sorte à avoir clairement attiré l'attention [du soumissionnaire] sur l'identité de la décision d'annulation éventuellement susceptible de lui faire grief* ». Ainsi, le courrier d'information envoyé par le bourgmestre au soumissionnaire ne saurait être confondu avec la décision du collège échevinal portant annulation de la soumission. Et le Tribunal administratif d'en conclure à l'irrecevabilité du recours en annulation « *pour autant qu'il [était] dirigé contre ledit courrier qui constitue un acte ne revêtant pas de caractère décisionnel propre* »⁽⁷⁴⁾.

⁶⁹ T. adm., 11 mai 2011, n° 27036.

⁷⁰ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567. Dans le même sens, T. adm., 26 févr. 2004, n° 16952.

⁷¹ T. adm., 7 mars 2011, n° 26588.

⁷² T. adm., 25 févr. 2013, n° 28970 jugeant qu'« *en attaquant la lettre du 29 juillet 2011, révélatrice de l'existence de la décision d'adjudication valant rejet implicite de son offre, l'association momentanée ... a nécessairement visé la décision ministérielle du 15 juillet 2011* ». Dans le même sens, T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594, confirmé sur ce point par C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C. V. aussi T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887, confirmé sur ce point par C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C.

⁷³ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925.

⁷⁴ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Dans le même sens, v. encore T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221.

Dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen, le Tribunal administratif s'est prononcé dans le même sens, en déclarant irrecevable le recours en ce qu'il était dirigé, d'une part, contre un courrier du 15 avril 2009 informant la société requérante de l'annulation de la soumission par décision du collège échevinal du 11 mars 2009 et, d'autre part, contre un courrier du 10 juin 2009 portant au surplus à sa connaissance la décision de l'autorité de tutelle en date du 6 mai 2009 et approuvant la décision du 11 mars 2009. Or, le tribunal jugea qu'« *en présence d'une décision explicite émanant de l'autorité compétente en la matière, les courriers déférés ne comportent pas d'élément décisionnel propre, mais ne font que porter à la connaissance de la [requérante] le fait que la soumission publique du 19 septembre 2008 a été annulée et les raisons sous-jacentes à cette décision, ainsi que le fait que l'autorité de tutelle a approuvé ladite annulation* »⁽⁷⁵⁾. En outre, et comme dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la Commune de Colmar-Berg, le bourgmestre « *avait pris soin d'identifier explicitement la décision prise en date du 11 mars 2009 par le collège échevinal, de sorte à avoir clairement attiré l'attention de la société (...) sur l'identité de la décision d'annulation éventuellement susceptible de lui faire grief* »⁽⁷⁶⁾. Sans surprise, le Tribunal administratif a donc jugé irrecevable le recours pour autant qu'il était dirigé contre les courriers d'information « *qui constituent des actes dépourvus de caractère décisionnel propre* »⁽⁷⁷⁾, même si cette communication différée de la décision d'annulation, de ses motifs et de la décision de l'autorité de tutelle n'est pas dépourvu de tout effet, en termes de déclenchement des délais de recours contentieux contre la décision du collège échevinal et contre celle du ministre de l'Intérieur qui étaient également déférées au tribunal.

Dans la seconde affaire relative au Construction du centre sportif à Dudelange, la commune soutenait que le recours était « *irrecevable pour ne viser qu'un simple courrier d'information lequel ne pourrait être qualifié de décision administrative* »⁽⁷⁸⁾. Dans ce contexte, le Tribunal administratif rappela que, pour être sujet à un recours contentieux, « *l'acte émanant d'une autorité administrative (...) doit constituer, dans l'intention de l'autorité qui l'émet, une véritable décision, à qualifier d'acte de nature à faire grief, c'est-à-dire un acte susceptible de produire par lui-même des effets juridiques affectant la situation personnelle ou patrimoniale de celui qui réclame* »⁽⁷⁹⁾. Or, le courrier déféré se bornait simplement à rappeler aux sociétés demandresses que, par une décision du collège des bourgmestre et échevins antérieure, en date du 19 juillet 2012, le marché avait été attribué à un concurrent qui avait déposé l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce courrier ne contenait « *aucun élément décisionnel, étant par ailleurs précisé que le bourgmestre n'a en tout état de cause pas compétence pour adjudger le marché public en question à un soumissionnaire déterminé, cette compétence étant attribuée d'après l'article 57 de la loi communale du 13 décembre 1988 au seul collège des bourgmestre et échevins* »⁽⁸⁰⁾. Au surplus, le courrier déféré précisait qu'un recours contentieux pouvait être introduit contre la décision d'adjudication du 30 novembre 2012. Dès lors, ce courrier ne revêtait pas de caractère décisoire susceptible de faire grief à leurs destinataires, de sorte que le tribunal jugea irrecevable le recours dont il était saisi.

Enfin, dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, un candidat écarté avait, « *pour autant que de besoin* », également dirigé son recours contre un courrier du ministre du Développement Durable et des Infrastructures qui se limitait à lui communiquer le résultat du

⁷⁵ T. adm., 12 mai 2010, n^{os} 25932 et 25933.

⁷⁶ T. adm., 12 mai 2010, n^{os} 25932 et 25933.

⁷⁷ T. adm., 12 mai 2010, n^{os} 25932 et 25933.

⁷⁸ T. adm., 24 févr. 2014, n^o 31871.

⁷⁹ T. adm. 27 déc. 2007, n^o22838.

⁸⁰ T. adm., 24 févr. 2014, n^o 31871.

concours, et notamment copie des délibérations du jury, alors même que le jury l'avait déjà informé électroniquement que son offre n'avait pas été examinée pour cause de tardiveté. Le recours, pour autant qu'il était introduit contre ce courrier ministériel, dépourvu de tout caractère décisionnel, fut déclaré irrecevable par le Tribunal administratif ⁽⁸¹⁾.

Il se dégage des jugements étudiés qu'un recours en annulation dirigé contre un courrier d'information adressé à un candidat ou à un soumissionnaire est recevable seulement si, selon les circonstances de l'espèce, il constitue le seul élément tangible lui permettant de savoir que ses droits et obligations ont été modifiés. En revanche, si le courrier mentionne clairement la décision faisant grief, alors le recours en annulation formé contre ce courrier est irrecevable et le candidat ou le soumissionnaire doit formellement intenter son recours contre la décision en question. Partant, il est vivement recommandé aux opérateurs économiques de s'assurer qu'ils ne disposent pas d'éléments explicites leur permettant d'identifier la décision leur faisant grief, s'ils entendent uniquement diriger leur recours en annulation contre un courrier d'information. Il convient toutefois de préciser que si, comme dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg, la communication de la décision était dissociée dans le temps de la décision elle-même, cette « *communication séparée a (...) une incidence sur la détermination du point de départ du délai de recours contentieux* » ⁽⁸²⁾.

La question du caractère décisionnel de l'acte déféré se pose aussi lorsqu'un recours gracieux exercé par un soumissionnaire évincé ⁽⁸³⁾ a été introduit à l'encontre de l'acte faisant grief, avant la saisine des juridictions administratives. Dans l'affaire des Travaux de construction de la Maison des Générations à Schifflange, le Tribunal administratif confirma la recevabilité du « *recours introduit en temps utile contre la seule décision confirmative [rendue sur recours gracieux] de la décision initiale, [qui] tire son existence de cette dernière et, dès lors, les deux doivent être considérées comme formant un seul tout* » ⁽⁸⁴⁾. Dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, il a été jugé que le courrier en réponse au recours gracieux qui, bien que ne contenant *a priori* aucun élément décisionnel propre, revêtait également un caractère décisionnel en ce qu'il ne répondait pas favorablement audit recours, en maintenant et en précisant la décision d'évincer le soumissionnaire en question. Partant, ce courrier en réponse au recours gracieux a été considéré comme constituant un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ⁽⁸⁵⁾. Cette analyse semble toutefois contestable car le courrier du directeur du Lycée technique intervenu sur recours gracieux ne changeait ni les droits ni les obligations de son destinataire ⁽⁸⁶⁾, de sorte qu'il ne saurait assurément pas être considéré comme revêtant un caractère décisionnel. Ce courrier prorogea simplement les délais de recours contre la décision initiale par laquelle le soumissionnaire avait été informé que son offre n'avait pas été retenue ⁽⁸⁷⁾.

⁸¹ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910.

⁸² T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Dans ce contexte des délais de recours, v. aussi C. adm., 25 avr. 2017, n° 38943C où deux décisions étaient déferées. Or, l'une d'elles ne mentionnait pas les délais de recours contentieux, de sorte que le recours en annulation formé par le soumissionnaire a été jugé recevable.

⁸³ Sur la notion de recours gracieux, v. T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567, jugeant « qu'un recours adressé par un administré à l'autorité-même qui a pris l'acte et dont l'impétrant espère que, mieux informée, elle acceptera de reconsidérer le problème, est à qualifier de recours gracieux, ou de recours à l'autorité mieux informée ». Et d'appliquer cette qualification à un courrier de l'opérateur économique, suivi d'une demande de rendez-vous pour obtenir des explications sur la position de la commune.

⁸⁴ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567. Dans le même sens, T. adm., 24 janv. 2007, n° 21688.

⁸⁵ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

⁸⁶ T. adm., 18 juin 1998, n° 10617 et 10618.

⁸⁷ Dans le même sens, T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567, jugeant que « *la réclamation [contre une décision d'adjudication d'un marché] faite dans les trois mois contre une décision administrative a pour effet de reporter le point de départ du délai du recours contentieux à la date de la notification de la nouvelle décision statuant sur cette réclamation* ». V. aussi T. adm., 24 mars 2005, n°18640 et T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988.

Enfin, la question de savoir si les droits et intérêts du requérant sont affectés par l'acte déféré et, partant, si le recours introduit à son encontre est recevable, s'est posée dans des hypothèses où cet acte avait fait l'objet d'un retrait, postérieurement à l'introduction du recours en annulation. Par exemple, dans l'affaire de l'appel d'offres pour la fourniture, l'installation et la mise en service d'un système de « ATS Message Handling System (AMHS) » et pour l'entretien pour cinq ans du système de communications aéroportuaires (ci-après l'affaire du « **Système de communications aéroportuaires** »), le ministre du Développement durable et des Infrastructures avait rejeté l'offre d'un des soumissionnaire, lequel avait ensuite formé un recours en annulation contre cette décision et contre la décision corrélatrice d'attribution du marché à son concurrent autrichien. Au cours de l'instance engagée devant le Tribunal administratif, le ministre retira cette seconde décision et fit consécutivement plaider que le recours était devenu sans objet. Le tribunal accéda à son moyen en considérant que le retrait d'une décision administrative est « *l'acte par lequel l'administration annule en tout ou partie une de ses décisions, le retrait ayant pour effet que la décision disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique. Plus précisément, en prononçant le « retrait » d'une décision, l'autorité administrative procède à l'annulation de la décision qui en fait l'objet, de sorte que la décision sera réputée ne jamais avoir existé. Aussi, au niveau de ses effets, le retrait par l'autorité administrative d'une décision a les mêmes effets qu'une décision d'annulation prononcée par la juridiction administrative, en ce sens que, dans les deux cas les décisions disparaissent rétroactivement de l'ordonnement juridique* »⁽⁸⁸⁾. Il s'ensuivit que le Tribunal administratif jugea irrecevable le recours en ce qu'il portait sur l'attribution du marché à la société autrichienne, une telle décision ayant disparu rétroactivement de l'ordonnement juridique à la suite de retrait décidé par le ministre.

Cependant, comme l'a relevé le tribunal, la décision de retrait reproduite aux motifs du jugement ne faisait pas état d'un quelconque retrait concomitant de la décision de rejet de l'offre de la société requérante. Il jugea en conséquence que, sous cet angle, le recours en annulation, était recevable⁽⁸⁹⁾, tout en le déclarant aussitôt non fondé, puisque le seul moyen avancé par la société requérante tirée de prétendues irrégularités du cahier des charges ne « *s'appuie sur aucune argumentation juridique circonstanciée, (...) omet de préciser quelles dispositions déterminées du cahier des charges auraient, de l'avis de la société demanderesse, dû être modifiées et (...) finalement ne consiste qu'en une affirmation, ni soutenue effectivement, ni développée* ». N'ayant pas à pallier la carence de la requérante, ni à rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de ses conclusions, le tribunal jugea qu'il n'avait pas à prendre en considération un tel moyen.

Dans l'affaire de la soumission ouverte initiée par les collègues échevinaux des Villes d'Ettelbruck et de Diekirch et des communes de Bettendorf, Colmar-Berg et Schieren pour l'acquisition d'un ensemble de pédelecs et de stations de chargement électrique pour pédelecs sur sept emplacements sur le territoire de la Nordstad (ci-après l'affaire pour la « **Fourniture de pédelecs pour la Nordstad** »), une des sociétés soumissionnaires dont l'offre avait été écartée introduisit, le 15 mars 2013, un recours contre la décision de rejet de son offre et contre la décision d'attribution du marché à son concurrent. Or, ces délibérations, ainsi que la décision initiale de mise en adjudication, avaient fait l'objet, au mois de juin 2013, d'un retrait par les collègues échevinaux concernés. Dans ce contexte, le Tribunal administratif rappela que « *la recevabilité d'un recours est conditionnée en principe par l'existence et la subsistance d'un objet, qui s'apprécie*

⁸⁸ T. adm., 7 janv. 2013, n° 29468. V. aussi H. CAMPILL, « *Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne* », Rapport luxembourgeois, Colloque de Varsovie du 15 au 17 juin 2008, Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Suprêmes de l'Union européenne, pp. 2 et 4.

⁸⁹ T. adm., 7 janv. 2013, n° 29468.

du moment de l'introduction du recours jusqu'au prononcé du jugement. (...) En revanche, si l'acte est retiré avec effet rétroactif, comme c'est le cas en l'espèce, le recours perd son objet » puisque les décisions déferées « sont réputées ne jamais avoir existé »⁹⁰). Partant, le tribunal jugea le recours non fondé (et non pas irrecevable). En revanche, dans le cadre de l'appel d'offres lancé par le Fonds pour le développement du logement et de l'habitat des travaux de gros-œuvre dans l'intérêt du développement des Nonnewisen à Esch-sur-Alzette, (ci-après l'affaire des « **Travaux de construction pour les Nonnewisen** »), le Tribunal administratif reprit exactement cette motivation pour juger cette fois le recours irrecevable, solution qui paraît plus contestable⁹¹).

II. LE FOND

L'étendue du contrôle opéré par les juridictions administratives sur les actes administratifs qui leur sont déferés est résumée dans une formulation récurrente selon laquelle « le tribunal, saisi d'un recours en annulation, vérifie si les motifs sont de nature à motiver légalement la décision attaquée et contrôle si cette décision n'est pas entachée de nullité pour incompétence, excès ou détournement de pouvoir, ou pour violation de la loi ou des formes destinées à protéger des intérêts privés. Dans ce cadre, il appartient d'abord au tribunal de vérifier la légalité extrinsèque de l'acte lui déferé, avant de se livrer, par le biais de l'examen de la légalité des motifs, au contrôle de la légalité intrinsèque »⁹²).

Mais avant d'aborder le contrôle de la légalité interne et externe des décisions prises en matière de marchés publics, il n'est pas inutile de faire état du principe de confiance légitime, dont certains opérateurs économiques invoquent la violation à l'appui de leur recours et que les juridictions administratives prennent le soin d'examiner, montrant ainsi qu'il constitue, en dépit de tout écrit ayant une valeur juridique, une règle à laquelle les juges reconnaissent une valeur législative, voire constitutionnelle.

Ainsi, dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, la société requérante dont les projets et la maquette avaient été rejetés par le jury du concours fit plaider que « le comportement de l'organisateur du concours à son égard aurait été incompatible avec le principe général de confiance légitime, la décision prise finalement par le jury étant en effet incompatible avec l'attitude précédemment adoptée à la fois par l'huissier qui était en charge du secrétariat du concours et par le pré-jury »⁹³). Or, et sans qu'il soit besoin ici de reprendre de manière exhaustive les différents griefs que cette société avait à formuler à l'encontre tant de l'huissier que du pré-jury et du ministre du Développement Durable et des Infrastructures, le Tribunal administratif les rejeta les uns à la suite des autres, en précisant de manière liminaire qu'« un administré ne peut prétendre au respect d'un droit acquis que si, au-delà de ses attentes, justifiées ou non, l'autorité administrative a créé à son profit une situation administrative acquise et réellement reconnue ou créé un droit subjectif dans son chef, et ce au travers d'une décision administrative régulière, conforme au droit existant. Ce n'est qu'à cette condition que peut naître dans le chef d'un administré la confiance légitime que l'administration respectera la situation par elle créée, les deux notions de droits acquis et de légitime confiance étant voisines »⁹⁴). Or, après avoir balayé les divers reproches formulés par la candidate évincée, le tribunal jugea que son moyen fondé « sur une prétendue violation de sa légitime confiance manque en fait et en droit et est par conséquent à rejeter ». Cependant, le soin mis par le tribunal à répondre aux différentes branches de ce moyen atteste qu'il reconnaît bel et bien au principe de confiance légitime une valeur au moins législative, susceptible

⁹⁰ T. adm., 28 avr. 2014, n° 32197. Le retrait est la possibilité offerte à l'autorité administrative de réparer spontanément ses erreurs en réalisant elle-même ce que ferait un juge saisi d'un recours contentieux, v. T. adm., 16 juin 2010, n° 26323. Dans le même sens, v. aussi T. adm., 13 févr. 2017, n° 37050.

⁹¹ T. adm., 6 mai 2015, n° 34621.

⁹² T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. V. aussi T. adm., 12 mai 2010, nos 25932 et 25933 ou encore T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749. V. aussi, avec une formulation à peine différente, T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633 ; T. adm., 11 mai 2011, n° 27036 ; T. adm., 7 mai 2012, n° 28625.

⁹³ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910. Dans le même sens, T. adm. 17 mars 2003, n° 15356, confirmé par C. adm., 8 juill. 2003, n° 16355C.

⁹⁴ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910. Dans le même sens, T. adm. 25 janv. 2010, n° 25548, confirmé sur ce point par C. adm., 18 mai 2010, 26683C.

d'entraîner l'annulation des décisions administratives qui lui sont déférées. Cette conclusion s'impose d'autant plus que, dans cette affaire, aucun des griefs tirés d'un manquement au principe n'était dirigé contre le jury lui-même, « *étant rappelé qu'en l'espèce, la seule autorité compétente pour décider si une offre est conforme ou non aux prescriptions du règlement du concours était le jury* ». Dès lors, le Tribunal administratif, de même que la Cour administrative qui a confirmé en tous points le jugement entrepris⁽⁹⁵⁾, aurait parfaitement pu botter en touche, sans prendre le soin de répondre scrupuleusement à l'argumentaire de la requérante.

Ainsi, le contrôle de légalité peut inclure la confrontation de l'acte administratif par rapport aux principes généraux du droit, catégorie dont fait partie le principe de la confiance légitime qu'est en droit d'attendre tout administré de la part de l'administration. Mais, plus généralement, ce contrôle s'effectue par rapport aux lois et règlements qui encadrent l'édition des décisions administratives et, en particulier, par rapport à la Loi de 2009 et à son règlement d'exécution.

Il conviendra d'aborder successivement les moyens relevant du contrôle de la légalité externe de l'acte administratif, autrement dit ceux qui portent sur la façon dont l'autorité administrative a pris sa décision, avant d'évoquer les critiques juridiques relevant de la légalité interne, c'est-à-dire celles qui tendent à remettre en cause ce qu'elle a décidé.

A. LES MOYENS D'ILLEGALITE EXTERNE

Quand on conteste la légalité externe d'une décision, la contestation porte non pas sur ce qui a été décidé mais sur la façon dont cela a été décidé. A cet égard, il est de tradition d'opposer les vices relatifs aux formes et aux procédures (1) et ceux concernant la compétence de l'auteur de la décision (2).

1. Les vices de procédure et de forme

Dans l'affaire des Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale, la société requérante avait, au nom de l'association momentanée soumissionnaire, constaté l'absence d'avis de la Commission des Soumissions préalablement à l'annulation, par le Syndicat intercommunal de la décision d'annuler la procédure d'adjudication. Or le Tribunal administratif⁽⁹⁶⁾, puis la Cour administrative⁽⁹⁷⁾ a jugé qu'« *en obligeant le pouvoir adjudicateur à prendre préalablement l'avis de la Commission des Soumissions, le législateur a entendu garantir qu'avant la prise d'une décision d'annulation, l'autorité de décision ait été éclairée à cet égard par la commission des soumissions. La conclusion s'impose que faute d'avoir entendu la commission des soumissions en question préalablement à la prise de décision litigieuse, le syndicat intercommunal a agi au mépris de la garantie procédurale afférente instituée par les articles 83(3) et 91(1) du [Règlement de 2009]. Or, un avis légalement requis constitue une formalité substantielle, dont le non-respect vicie fondamentalement la procédure d'élaboration de la décision finale, sans que cette conclusion ne soit ébranlée par le caractère consultatif de l'avis, de sorte que ce vice de procédure s'analysant en un manquement substantiel qui n'est pas susceptible d'être guéri par d'autres moyens sous peine de présumer qu'en tout état de cause les observations éventuelles de la commission n'auraient pas été de nature à influencer la décision litigieuse* »⁽⁹⁸⁾. Destiné à éclairer le pouvoir adjudicateur dans sa prise de décision, l'avis de la Commission des Soumissions constitue « *une formalité substantielle, dont le non-respect vicie fondamentalement la procédure d'élaboration de la décision finale. Ainsi, la décision prise sans consultation préalable est nulle et il ne saurait être question d'admettre qu'un avis émis postérieurement à la décision d'annulation, fût-il dans le sens de la décision prise, puisse réparer pareil vice* »⁽⁹⁹⁾.

⁹⁵ C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C.

⁹⁶ T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556.

⁹⁷ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C.

⁹⁸ T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556. V. aussi T. adm., 19 mai 2004, n° 17200 et C. adm., 4 mai 2010, n° 28555C.

⁹⁹ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C.

Suffisamment rare, cette solution jurisprudentielle où les juridictions administratives ont annulé une décision administrative mérite évidemment d'être soulignée. Elle suppose cependant qu'ait été violée une formalité substantielle, prévue par les lois et règlements encadrant la passation des marchés publics. En outre et au-delà de sa rareté, une telle solution reste contingente à l'analyse que les juges pourront faire des dispositions imposant telle ou telle formalité. Celle-ci ne sera substantielle qu'après avoir été jugée comme telle par les juridictions administratives. Ainsi, le praticien ne peut pas présumer *a priori* que la formalité dont la méconnaissance est alléguée, sera considérée comme substantielle ou ne le sera pas. Il pourrait donc être utile que le législateur ou le pouvoir réglementaire précise que telle ou telle formalité est prévue à peine de nullité.

Il reste que, la plupart du temps, la formalité n'est pas considérée comme substantielle, avec pour conséquence que sa violation n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation de la décision déférée. Plus encore, le juge administratif semble échafauder toute sorte de raisonnements, pour amoindrir la portée des formalités qui encadrent l'adoption des décisions rendues en matière de marchés publics. Ainsi, par exemple, il peut rechercher quel est le bénéficiaire de la formalité concernée. Dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, la société candidate avait invoqué un défaut d'information préalable à la prise de décision du pouvoir adjudicateur, en considérant « *qu'en ne publiant pas les délibérations du jury endéans les délais qu'il s'était lui-même fixé, le ministre aurait violé les obligations de transparence qu'il s'était lui-même imposées* », de sorte que le jury aurait violé les dispositions de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes (ci-après le « **Règlement de 1979** »). Cependant, le Tribunal administratif rejeta sans difficulté ce moyen de la partie requérante dans la mesure où la disposition invoquée « *ne vise que l'information des « tierces personnes », qualité que la demanderesse ne revêt pas, puisque, initiatrice et destinatrice des délibérations la concernant, elle n'est pas tiers* »⁽¹⁰⁰⁾.

Mais le contrôle des vices de forme porte essentiellement sur le défaut, souvent allégué mais (pratiquement) jamais retenu, de motivation. Dans l'affaire de l'appel d'offres pour des travaux de menuiserie extérieure en aluminium pour la construction du hall national de karaté à Strassen (ci-après l'affaire des « **Travaux du hall de karaté à Strassen** »), le Tribunal administratif jugea, à propos de l'obligation de motivation prévue à l'article 11, paragraphe (1) de la Loi de 2009, aux termes duquel « *Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. [...]* », que cette obligation « *s'impose expressément au pouvoir adjudicateur en ce qui concerne l'attribution de marchés publics et donc par rapport au soumissionnaire ayant remporté le marché pour avoir présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas, mais non pas par rapport au soumissionnaire dont l'offre est rejetée, ni par rapport à l'information lui donnée que le marché est attribué à un concurrent* »⁽¹⁰¹⁾. Or, cette lecture de l'article 11 (1) de la Loi de 2009 n'a aucun sens puisque l'adjudicataire n'a concrètement pas besoin de connaître les motifs de faits et de droit ayant conduit le pouvoir adjudicateur à lui attribuer le marché. Seul le soumissionnaire évincé a vocation à savoir pourquoi son offre a été rejetée, afin d'être en mesure, le cas échéant, de contester les raisons ayant conduit à une telle décision et leur pertinence. Cette affaire des

¹⁰⁰ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910, confirmé par C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C. Dans le même sens, T. adm., 17 mars 2003, n° 15356, confirmé par C. adm., 8 juill. 2003, n° 16355C.

¹⁰¹ T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632. Dans la même affaire, le tribunal jugea également que l'article 90 (3) de la Loi de 2009 n'impose pas d'obligation de motivation, mais seulement celle d'informer les soumissionnaires évincés que leur offre n'a pas été retenue.

Travaux du hall de karaté à Strassen est malheureusement illustrative de la manière dont le juge administratif conçoit l'obligation de motivation pesant sur l'administration.

Dans une affaire concernant des travaux à exécuter dans le cadre de l'agrandissement et de la construction d'une structure d'accueil dans une école (ci-après l'affaire des « **Travaux d'agrandissement d'une école** »), la Cour administrative était saisie d'une violation de l'article 9 du Règlement de 1979. Or, après en avoir rappelé la teneur, la cour considéra que « *cette disposition instaure (...) l'obligation de l'administration d'aviser la personne concernée de l'ouverture d'une procédure et d'initier une procédure contradictoire destinée à protéger les droits de la défense de l'administré dans deux cas de figure, à savoir lorsque l'administration entend révoquer ou modifier d'office pour l'avenir une décision qui a créé ou reconnu des droits, c'est-à-dire lorsque l'administration entend remettre en question une situation administrative acquise, d'une part, ou lorsque l'administration se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée, c'est-à-dire lorsqu'elle agit d'office et en dehors d'un processus décisionnel dans lequel l'administré concerné est impliqué, d'autre part* ». Ce sur quoi, la cour jugea « *qu'une décision d'annulation d'une procédure de soumission publique (...) ne constitue (...) ni une décision de révocation ou de modification d'office pour l'avenir d'une décision ayant créé ou reconnu des droits aux soumissionnaires, ni encore une décision prise en dehors de l'initiative des entreprises concernées, étant donné qu'elle intervient dans le cadre d'un processus décisionnel dans lequel elles sont impliquées du fait d'avoir participé à l'appel d'offres* »⁽¹⁰²⁾. Partant, elle écarta le moyen d'annulation pour être non fondé.

Dans l'affaire des travaux d'entretien et de réparation des chaussées sur le territoire du Service Régional de Grevenmacher (ci-après l'affaire des « **Travaux d'entretien de la chaussée à Grevenmacher** »), la Cour administrative releva qu'en dépit du fait que « *la motivation communiquée à l'appelante ne se réfère qu'aux seuls articles 56 et 59 du [Règlement de 2009], il n'en reste pas moins que le défaut de référence exprès à la base légale [qui avait vocation à s'appliquer à l'espèce, à savoir l'article 57 du même règlement] n'est pas de nature à lui seul à affecter la légalité intrinsèque de la décision de non-conformité de l'offre de la société (...), par ailleurs vérifiée* »⁽¹⁰³⁾.

Dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, la Cour administrative compléta cette analyse en jugeant que malgré l'absence d'indication, dans la délibération déferée, de tout élément de droit susceptible de la justifier, la décision n'en demeurerait pas moins valable dès lors que les éléments de droit avaient effectivement été communiqués en cours d'instance à la candidate évincée. En outre, la cour précisa, à toutes fins utiles, que l'obligation de motivation qui découle de l'article 6 du Règlement de 1979, vise « *toute décision administrative - en ce compris une décision prise par un jury* »⁽¹⁰⁴⁾.

Dans l'affaire de Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg, la société qui contestait l'annulation de la procédure de soumission publique se prévalait d'une violation de l'article 6 du Règlement de 1979, au motif que la décision d'annulation de la soumission publique du 19 septembre 2008 ne serait pas motivée à suffisance de droit. Mais le Tribunal administratif rappela que la disposition réglementaire invoquée exigeait que « *toute décision administrative [repose] sur des motifs légaux et [indique] formellement les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base, lorsqu'elle*

¹⁰² C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C.

¹⁰³ C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C.

¹⁰⁴ C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C.

refuse de faire droit à la demande de l'intéressé »⁽¹⁰⁵⁾. Toutefois, et après avoir relevé que l'article 6 en question n'imposait pas « *une motivation exhaustive et précise* » et se contentait d'une « *motivation sommaire* », le tribunal constata que la décision déférée remplissait les prescrits légaux en énonçant d'une part, « *l'absence de résultat satisfaisant de la soumission* » et, d'autre part, les dispositions de l'article 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 (ci-après le « **Règlement de 2003** »)⁽¹⁰⁶⁾, qui permet d'annuler une procédure de soumission. Aussi, la décision du collège des bourgmestre et échevins du 27 mars 2009 d'annuler la procédure de soumission engagée contenait une motivation en droit et en fait. Cette même solution fut retenue par la Cour administrative dans l'affaire des Travaux d'agrandissement d'une école où la cour jugea que la société évincée ne pouvait juridiquement pas soutenir que l'administration communale était tenue lui attribuer le marché, dans la mesure où « *la législation sur les marchés publics prévoit et organise expressément (...) un pouvoir d'annulation d'une procédure de passation* »⁽¹⁰⁷⁾ initiée par un pouvoir adjudicateur. De façon plus explicite encore, la Cour administrative considéra que « *le dépassement des devis estimatif et budget prévu par le maître de l'ouvrage doit être analysé comme constituant en principe un élément de motivation légitime et pertinent qui s'insère dans le cadre du motif d'annulation légalement prévu par l'article 91. 1) du [Règlement de 2003 (...)] lorsqu'une] soumission n'a pas donné de résultat satisfaisant* ». Quant à la matérialité des faits ayant motivé la décision d'annulation de la procédure de soumission, la cour constata que l'offre de la société dépassait de près de 25% le devis estimatif ainsi que l'enveloppe budgétaire retenue pour l'exécution des travaux⁽¹⁰⁸⁾, de sorte « *qu'en qualifiant pareil dépassement comme étant excessif et incompatible avec l'intérêt des finances publiques* »⁽¹⁰⁹⁾, le collège des bourgmestre et échevins n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Pour le surplus, le Tribunal administratif rappela la position traditionnelle⁽¹¹⁰⁾ mais non moins contestable des juridictions administratives, selon lesquelles « *les motifs sur lesquels repose l'acte, si l'acte lui-même ne les indique pas avec une précision suffisante, peuvent être précisés au plus tard au cours de la procédure contentieuse pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle de légalité* »⁽¹¹¹⁾. Et de constater, en l'espèce, que la commune et l'Etat avaient, chacun en ce qui le concerne, précisé en cours d'instance les motifs et les circonstances gisant à la base des décisions actuellement déférées⁽¹¹²⁾.

¹⁰⁵ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Dans le même sens, v. T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910.

¹⁰⁶ Mém. A n°93 du 10 juill. 2003, p. 1694.

¹⁰⁷ C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C. V. aussi l'article 83 du Règlement de 2003 qui prévoit une possibilité de renonciation à un marché.

¹⁰⁸ Pour le surplus, la cour rejeta l'argumentaire relatif au caractère erroné du devis estimatif, lequel ne fait pas partie des documents communicables aux soumissionnaires, mais un dépassement pourrait encore, par substitution de motifs, justifier l'annulation de la procédure de passation en application de l'article 91, 5) du Règlement de 2003.

¹⁰⁹ C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C. V. aussi l'article 83 du Règlement de 2003 qui prévoit une possibilité de renonciation à un marché. A propos de l'annulation, par le pouvoir adjudicateur, d'une procédure de passation qu'il avait initiée et qui n'avait pas donné de résultat satisfaisant, v. aussi T. adm., 20 mars 2017, n° 37682.

¹¹⁰ Une pratique « *ancrée* » au sein des administrations relevant de l'Etat et des communes, qui n'en est pas moins une « *exception au principe de la collaboration procédurale de l'administration* », T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059. Cette pratique est tout aussi ancrée dans la jurisprudence administrative.

¹¹¹ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Pour une autre application, v. C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C jugeant « qu'il est admis que le pouvoir adjudicateur peut invoquer, au-delà de la phase administrative non contentieuse, devant les juridictions administratives, d'ailleurs même seulement en instance d'appel, des éléments de motivation complémentaires, voire supplémentaires, sur lesquels repose l'acte, à condition que les motifs soient vérifiés comme ayant existé au moment de la prise de décision déférée au fond ».

¹¹² Pour un exemple où la motivation fut jugée utilement complétée et précisée par le pouvoir adjudicateur lors d'un entretien téléphonique postérieur et par une décision confirmative, T. adm., 9 juill. 2012, n° 28929, confirmé par C. adm., 4 déc. 2012, n° 31316C. V. aussi T. adm., 9 mars 2015, n° 31844 rejetant que « *même en présence d'une obligation renforcée de motivation* » au vu des articles 88, 90 et 308 du Règlement de 2009 qui s'ajoutent à ceux du Règlement de 1979, le moyen tiré du défaut de motivation est à écarter « *dès lors que la décision attaquée ensemble avec les lettres postérieures adressées au même destinataire indiquent de manière détaillée et circonstanciée les motifs* ».

A titre superfétatoire, le Tribunal administratif confirma l'enterrement définitif de l'obligation de motiver les décisions administratives en renvoyant à un arrêt de la Cour administrative du 20 octobre 2009. La cour avait, en effet, refusé de sanctionner une violation, même indéniable, de ladite obligation de motivation par l'annulation de la décision déférée, au motif qu'une telle sanction relève non seulement d'« *un formalisme stérile* », mais aussi est « *disproportionnée par rapport au but poursuivi consistant à mettre l'administré le plus tôt possible en mesure d'apprécier la réalité et la pertinence de la motivation à la base d'une décision administrative* » - quitte, le cas échéant, à condamner l'administration aux frais et dépens⁽¹¹³⁾, condamnation qui, d'après la cour, constitue « *une sanction plus adéquate* »⁽¹¹⁴⁾ lorsque l'administration a produit ou complété les motifs postérieurement et même pour la première fois pendant la phase contentieuse.

Ce raisonnement, qui a été repris *ne varietur* dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen⁽¹¹⁵⁾, apparaît toutefois bien illusoire, dans la mesure où les juridictions administratives ne se montrent pas particulièrement généreuses pour octroyer une indemnité de procédure au requérant dont le recours en annulation a, par miracle, été couronné de succès. Cette solution se retrouve encore dans l'affaire de la procédure ouverte lancée par la Ville de Luxembourg pour les travaux d'installations électriques, d'éclairage et de détection d'incendie à exécuter dans l'intérêt de l'école primaire sise 159, rue de Hamm à Luxembourg (ci-après l'affaire des « **Installations électriques et de détection incendie à l'école primaire de Luxembourg** »), où la soumissionnaire évincée avait soulevé le défaut de motivation de la décision du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Luxembourg rejetant son offre⁽¹¹⁶⁾. Mais le Tribunal administratif ne fit pas droit à ce moyen puisque la décision déférée mentionnait *ab initio* les motifs de faits et de droit, fussent-ils sommaires, sur lesquels elle se fondait et que l'analyse ultérieure faite, en cours d'instance, par un bureau d'études ne fit que corroborer cette motivation.

Dans le prolongement de l'obligation de motivation pourrait être mentionnée l'obligation d'information prévue à l'article 90 du Règlement de 2009⁽¹¹⁷⁾, la soumissionnaire évincée dans l'affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice de l'Union européenne avait soutenu, sur base de cette disposition, que « *le pouvoir adjudicateur aurait dû au moins indiquer le type d'erreur de calcul commise et pouvant justifier la différence de prix entre l'offre initiale et l'offre après rectification* »⁽¹¹⁸⁾. A cet égard, le Tribunal administratif retint, en vertu de cet article, « *et plus particulièrement de son troisième paragraphe, que le pouvoir adjudicateur est non seulement obligé d'informer les soumissionnaires évincés que leur offre n'a pas été retenue, mais également de leur indiquer les motifs gisant à la base du rejet* ». Toutefois, le tribunal atténua aussitôt la portée de cette obligation d'information en se référant à l'article 66 (3) du Règlement de 2009, aux termes duquel « *il n'est pas donné connaissance des prix d'unité, ni avant, ni après l'adjudication* ». En conséquence, il considéra que « *si le pouvoir adjudicateur a certes un devoir*

en droit et en fait sur lesquels l'administration s'est basée pour justifier sa décision, ces motifs ayant ainsi été portés à suffisance de droit à la connaissance de l'administré ». En ce sens, v. aussi. T. adm., 20 juin 2005, n° 18790.

¹¹³ La mise en œuvre de ces sanctions est illusoire et ne reflète pas l'état de la jurisprudence.

¹¹⁴ C. adm., 20 oct. 2009, n° 25783C.

¹¹⁵ T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933. Et avec la même motivation, T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910 ; T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837. Cette position semble acquise, v. T. adm., 9 mars 2015, n° 31844 où le tribunal n'a même plus pris le soin de recopier « *les enseignements de la juridiction suprême* ».

¹¹⁶ T. adm., 17 juin 2013, n° 30754.

¹¹⁷ Sur le lien entre l'obligation de motivation prévue à l'article 6 du Règlement de 1979 et l'obligation d'information contenue à l'article 90 du Règlement de 2009, v. T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579, jugeant que « *l'obligation d'information prévue à l'article 90 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 s'inscrit dans la même logique que l'obligation d'information telle que prévue à l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes* ».

¹¹⁸ T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579.

d'information et de transparence envers l'ensemble des soumissionnaires, il ne saurait pour autant leur dévoiler les prix d'unités figurant dans les offres de leur concurrents » ⁽¹¹⁹⁾. En l'espèce, le tribunal considéra que l'indication des erreurs précises ayant fait l'objet d'un redressement de prix d'unités offerts par la société concurrente, aurait obligé le pouvoir adjudicateur à dévoiler ces prix, en violation de l'article 66 (3) susmentionné. Et d'estimer que le ministre a néanmoins fourni une « *information suffisamment exhaustive à la demanderesse, (...) qui lui a permis de se défendre utilement* » ⁽¹²⁰⁾.

Dans cette même affaire, le Tribunal administratif eut, par ailleurs, l'occasion de préciser que l'obligation d'informer prévue à l'article 90 du Règlement de 2009 « *a vocation à s'appliquer à une décision d'adjudication initiale, intervenant directement après la remise des offres par les différents soumissionnaires* » ⁽¹²¹⁾. Elle ne s'applique dès lors pas à la décision rejetant un recours gracieux dirigé contre cette décision initiale, puisque par une telle décision de rejet le pouvoir adjudicateur maintient nécessairement et implicitement les motifs initiaux.

En somme, et alors qu'en 1979, le Grand-duché de Luxembourg était précurseur par rapport à la Belgique et à la France s'agissant de la communication des motifs des décisions individuelles défavorables concernant les administrés, les développements jurisprudentiels de ces dernières années rendent illusoire toute tentative d'invoquer un défaut de motivation, critique qui, de façon générale, est jugée comme « *stérile* » ⁽¹²²⁾ par la Cour administrative. Dès lors, et pour ne pas se prêter à un jeu hypocrite de bonnes relations entre l'administration et ses administrés, il conviendrait purement et simplement d'abroger le Règlement de 1979, ainsi que les dispositions législatives ou réglementaires qui imposent des obligations équivalentes. En tout état de cause, les mandataires des requérants pourraient s'abstenir de stériles développements à ce sujet et se borner à évoquer le moyen « *pour mémoire* ».

2. L'incompétence de l'autorité ayant rejeté l'offre

Dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, le bourgmestre avait, « *en son seul nom et en cette seule qualité* » ⁽¹²³⁾, répondu directement à la réclamation de la société évincée et avait rejeté le recours gracieux qu'elle avait formé. Or, le bourgmestre n'est pas l'autorité administrative qui est dotée du pouvoir de décision, s'agissant de la recevabilité, du mérite d'une offre soumise dans le cadre d'une mise en adjudication publique, ou encore de l'attribution d'un marché public. En effet, un tel pouvoir est, en application de l'article 57-2° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, exclusivement dévolu au collège des bourgmestre et échevins, en tant qu'organe d'exécution d'une décision du conseil communal, prise quant à elle conformément à l'article 154 du Règlement de 2009. Il s'ensuit que le bourgmestre de la commune de Garnich n'était pas investi de manière autonome d'un quelconque pouvoir pour rejeter le recours gracieux formé contre la délibération du collège échevinal portant adjudication d'une soumission et rejet des offres concurrentes ⁽¹²⁴⁾. Partant, le Tribunal administratif prononça l'annulation de la décision du bourgmestre, pour incompétence de l'autorité administrative l'ayant

¹¹⁹ T. adm., 11 mars 2013, n° 28881 et 29579.

¹²⁰ T. adm., 11 mars 2013, n° 28881 et 29579.

¹²¹ T. adm., 11 mars 2013, n° 28881 et 29579.

¹²² C. adm., 20 oct. 2009, n° 25783C.

¹²³ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p. 79, n° 78 et 179.

¹²⁴ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p. 79, n° 78 et 179.

prise⁽¹²⁵⁾, décision d'incompétence qui était toutefois sans effet sur le recours en annulation en ce qu'il était également dirigé contre la délibération initiale du collège échevinal.

Dans l'affaire des Travaux de carrelages pour le Lycée Technique des Arts et Métiers, la société évincée avait dirigé son recours contre un courrier du directeur de l'Administration des Bâtiments publics qui avait « *explicitement rejeté la réclamation du mandataire de l'association, sans se référer à une quelconque décision ministérielle allant dans le même sens, de sorte que le directeur, en ne répondant pas favorablement audit recours, mais en maintenant et en précisant au contraire la décision d'écarter l'offre litigieuse pour non-conformité, a conféré à ce courrier un caractère décisionnel* »⁽¹²⁶⁾. Toutefois, le directeur de l'Administration des Bâtiments publics n'est doté d'aucun pouvoir décisionnel pour se prononcer sur la recevabilité ou le mérite d'une offre soumise dans le cadre d'une mise en adjudication publique, ni sur la décision d'attribution d'un marché public, un tel pouvoir relevant des attributions exclusives du ministre des Travaux publics⁽¹²⁷⁾. Dès lors, en rejetant la réclamation formée par la société évincée, le directeur a manifestement utilisé d'un pouvoir décisionnel dont il ne disposait pas. Et le Tribunal administratif annula ladite décision pour incompétence.

Enfin, dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, le tribunal souleva d'office la question d'ordre public tirée de l'incompétence de l'organe ayant émis les décisions déférées. Or, « *en ce qui concerne les décisions à prendre relativement à la recevabilité ou au mérite d'une offre soumise dans le cadre d'une mise en adjudication publique, respectivement la décision d'attribution d'un marché public, le directeur n'est pas l'autorité administrative dotée du pouvoir de décision, ce pouvoir relevant des attributions exclusives du ministre de tutelle, à savoir le ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle, le Lycée Technique ... ne disposant en effet pas, en vertu de la loi du 25 juin 2004 portant organisation des lycées et lycées techniques, de la personnalité juridique. Il s'ensuit que le Lycée Technique ... ne saurait être considéré comme étant investi de manière autonome du pouvoir d'écarter l'offre d'un soumissionnaire dans le cadre d'un marché public et que son directeur ne peut pas être considéré comme un représentant généralement habilité de l'Etat respectivement pour se prononcer sur le mérite d'offres soumises dans le cadre d'une mise en adjudication publique ou pour attribuer et conclure un marché public, alors que pareille compétence revient au seul ministre. Il s'ensuit que les deux décisions du directeur matérialisées par les courriers des 9 et 28 octobre 2009 encourent l'annulation pour incompétence de l'autorité administrative les ayant prises* »⁽¹²⁸⁾.

Il n'en reste pas moins que la façon de procéder du Tribunal administratif et consistant à soulever d'office certains moyens se heurte au principe de la contradiction posé par les articles 64 et 65 du NCPC qui trouvent à s'appliquer en matière administrative, faute de disposition analogue dans la Loi de 1999. Dans ce contexte, l'article 30 de la Loi de 1999 ne saurait justifier que, dans une procédure essentiellement écrite, le Tribunal administratif ou la Cour administrative se contente d'inviter les parties à présenter leurs observations à la barre, dans des matières éminemment techniques et qui nécessitent, le cas échéant, des recherches juridiques approfondies⁽¹²⁹⁾. Pour reprendre l'exemple précité de l'affaire Travaux de sécurité au lycée technique, il est difficilement concevable que les mandataires respectifs des parties puissent connaître, dans ses moindres

¹²⁵ Confirmé sur ce point par C. adm., 25 févr. 2014, n° 33170C. Dans le même sens, à propos d'une décision de résiliation d'un marché prise par le directeur de l'Administration de la Navigation aérienne, aux lieu et place du ministre du Développement durable et des Infrastructures, v. T. adm., 27 févr. 2017, n° 37542.

¹²⁶ T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221.

¹²⁷ T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221. Dans le même sens, C. adm., 21 oct. 2006, n° 21627C et T. adm., 22 janv. 2007, n° 21342.

¹²⁸ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

¹²⁹ Pour une application de l'article 30 de la Loi de 1999, v. T. adm., 1^{er} déc. 2010, n° 26557.

détails, les dispositions de la loi du 25 juin 2004 portant organisation des lycées et lycées techniques, à l'occasion d'un recours portant essentiellement, voire uniquement, sur le non-respect de la législation et de la réglementation sur les marchés publics.

B. LES MOYENS D'ILLEGALITE INTERNE

Alors que les moyens de légalité externe ont pour objet d'assurer la conformité de l'acte à la légalité, ceux de légalité interne tendent, en principe, à s'assurer de la compatibilité de l'acte à la légalité. La contestation ne porte pas sur la façon dont la décision a été prise mais sur le contenu de celle-ci. A cet égard, la jurisprudence a distingué plusieurs moyens d'illégalité interne, tenant soit au but de l'acte, soit aux motifs de celui-ci. S'agissant du but de l'acte, le juge administratif vérifie que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis de détournement de pouvoir et qu'il n'a pas agi avec une intention qui ne correspondait pas au but qu'il pouvait ou devait proposer⁽¹³⁰⁾. A notre connaissance, ce moyen n'a pas été soulevé devant les juridictions administratives au cours de la période sous examen et dans la matière des marchés publics⁽¹³¹⁾. En tout état de cause, la réalité du détournement de pouvoir n'est pratiquement jamais reconnue par le juge, parce qu'il est souvent impossible d'en rapporter la preuve.

S'agissant ensuite des motifs de l'acte, ils constituent, à l'inverse, une critique fréquente de la légalité des actes administratifs. La passation des marchés publics n'échappe pas à cette tendance, les soumissionnaires ou candidats évincés reprochant au pouvoir adjudicateur d'avoir commis soit une erreur par rapport à des considérations de fait ou de droit, soit une erreur dans la façon de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il détient. Alors que l'erreur de fait qui consiste pour le pouvoir adjudicateur, et plus généralement, pour l'administration à prendre sa décision sur des faits erronés, est assez rare⁽¹³²⁾, l'erreur de droit lui est souvent reprochée, notamment lorsque le soumissionnaire ou le candidat évincé considère que le pouvoir adjudicateur a fait une mauvaise interprétation du texte qu'il a appliqué⁽¹³³⁾. Quant à l'erreur dans la façon dont l'administration a mis en œuvre les pouvoirs qu'elle détient, sa détection suppose que ses pouvoirs soient clairement identifiés. En effet, en fonction du texte légal ou réglementaire applicable, soit l'administration ne peut que décider dans un sens quand certaines conditions sont remplies et elle ne dispose alors que d'un pouvoir lié sur lequel le juge exerce un contrôle normal, celui de la qualification juridique des faits ; soit l'administration a entièrement le choix de décider et elle détient, en ce cas, d'un pouvoir discrétionnaire sur lequel le juge n'exerce qu'un pouvoir restreint, celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁽¹³⁴⁾.

Ces précisions relatives aux moyens de légalité interne des décisions administratives étant rappelées, force est de constater que les recours des soumissionnaires ou des candidats évincés s'affranchissent souvent de telles subtilités et ne mettent donc pas véritablement le juge administratif en situation d'y répondre de manière appropriée. Celui-ci est alors conduit à formuler des généralités sur les pouvoirs de l'administration et sur l'étendue de son propre pouvoir de contrôle corrélatif, sans toujours s'interroger sur la teneur exacte du texte visé au recours.

¹³⁰ Tel serait le cas par exemple d'un pouvoir adjudicateur qui refuserait l'offre d'un soumissionnaire parce que celui-ci a déjà contesté les conditions d'attribution d'un autre marché. En jurisprudence française, v. C.E., 19 janv. 1979, Ville de Viry-Châtillon, RDP 1979, p. 1776.

¹³¹ Pour une évocation allusive de ce moyen, v. T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556. Avec la même formulation, T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933.

¹³² En France, à propos du comportement irréprochable d'un fonctionnaire pour des faits dont la matérialité n'a pas été établie au cours de l'instruction, v. C.E., 9 juin 1978, Centre psychothérapeutique de la Haute-Vienne, R.D.P. 1979, p. 288.

¹³³ L'erreur de droit peut aussi consister en l'application d'une norme qui n'est pas encore ou n'est plus en vigueur (en France, C.E., 7 juill. 1976, Epoux Arnaud, p. 1069) ou dans l'application d'un règlement illégal (en France, v. C.E., 10 fév. 1967, Société des Etablissements Petitjean et autres, Rec. p. 63 ; A.J.D.A. 1967, p. 285).

¹³⁴ Pour une affaire illustrant toute la difficulté à distinguer le contrôle portant sur l'erreur de qualification juridique des faits de celui relatif à l'erreur manifeste d'appréciation, v. en France C.E. Sect., 9 juin 1978, Lebon, p. 354.

Dès lors, vole en éclats la typologie qui devrait logiquement présider à une présentation didactique des moyens d'illégalité interne à l'appui des recours en annulation dirigés contre les décisions prises dans le cadre de la passation de marchés publics. Il convient donc de s'affranchir d'une rigueur juridique classique, pour épouser les contours, plus opérationnels, du déroulement progressif d'une procédure d'adjudication d'un marché public. Le lecteur averti gardera toutefois à l'esprit que certaines expressions utilisées par le juge administratif ont (ou peuvent avoir) une signification plus profonde.

1. La décision d'engager une procédure de passation ou d'y renoncer

S'il n'est pas exclu que la décision même de recourir à un marché public plutôt qu'à un contrat de concession puisse faire l'objet de recours contentieux, l'examen des affaires rendues sur la période étudiée ne fait apparaître que des litiges portant sur le choix de la procédure de passation retenue ou sur la décision de renoncer à une procédure de passation.

a. Le choix de la procédure de passation

Dans l'affaire de la Procédure négociée pour le nettoyage des bâtiments à Bertrange, l'Administration communale avait estimé qu'elle se situait « *dans l'hypothèse dite des "petits marchés", telle que définie à l'article 8 (1) a) [de la Loi de 2009]* »¹³⁵. Le Tribunal administratif s'attacha donc à vérifier si la commune avait valablement pu choisir cette procédure de passation dérogoratoire aux règles de publicité de mise en concurrence, découlant des directives de l'Union européenne.

A cet égard, le tribunal considéra que la possibilité offerte par l'article 8 (1) a) de la Loi de 2009, de recourir à la procédure négociée « *est soumise à une double condition, à savoir, d'une part, le respect d'un seuil déterminé, et, d'autre part, l'interdiction de procéder à un fractionnement du marché* ». Et de poursuivre que cet article exige « *qu'il soit tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire pour des dépenses à engager au cours d'une même année et pour un même objet ou une même opération, pour autant que ces dépenses aient été prévisibles. En effet, admettre le contraire équivaudrait à admettre que, par le biais d'un fractionnement délibéré d'un marché, la réglementation relative au seuil des marchés de gré à gré soit éludée* »¹³⁶. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne saurait scinder artificiellement l'objet d'un marché public dans le but de se soustraire à l'obligation de publicité et de mise en concurrence imposée par les directives, ou même simplement dans le but de recourir à la procédure négociée et s'affranchir du montant du marché.

Pour déterminer si le marché avait ou non fait l'objet d'un « *fractionnement délibéré* », le Tribunal administratif se fonda sur les positions doctrinale¹³⁷ et jurisprudentielle¹³⁸ qui s'attachent à prendre en considération l'unité fonctionnelle des marchés, couplée à leur programmation financière. Or, le tribunal constata que les différents marchés « *ont tous un objet identique sinon similaire, à savoir des prestations de nettoyage relatives à divers*

¹³⁵ T. adm., 8 mai 2013, n° 30187.

¹³⁶ T. adm., 8 mai 2013, n° 30187. Dans le même sens, T. adm., 18 novembre 1999, n° 10995.

¹³⁷ P. Flamme, A. Flamme, C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges, l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Larcier, Bruxelles, 2005, pp. 109 et 110.

¹³⁸ En France, Conseil d'Etat, 26 juillet 1991, Le Moniteur des Travaux publics, 8 nov. 1991, p.101, où le Conseil d'Etat a annulé ces marchés, ayant relevé que les deux conventions avaient été « *conclues entre les mêmes parties et avaient le même objet, à savoir la réalisation de travaux de voirie portant sur la même propriété* ». Il en a déduit que « *dans ces conditions, sous l'apparence de deux marchés, il s'agissait de la réalisation d'une même opération dont le montant global dépassait le seuil prévu par le code des marchés publics* ».

bâtiments communaux (...), ont été attribués par contrats conclus à la même date (...) pour une durée identique (...) avec le même prestataire de services, (...) et sur base d'un financement prévisible, les contrats étant – sauf deux exceptions – conclus sur base d'un tarif mensuel forfaitaire »¹³⁹), et étant libellés dans des termes identiques. Il en résultait, selon le Tribunal administratif, que « ces divers travaux de nettoyage constituent un ensemble unique de travaux d'une valeur globale minimale (...) de 26.066,22 € mensuelle, soit 625.589,28 € pour la durée du marché ».

Considéré dans sa globalité, le marché litigieux ne permettait donc pas de passer des marchés de gré à gré, parce que, dans cette optique, il dépassait le seuil précité de 55.000 euros prévu à l'article 161 du Règlement de 2009 et il aurait donc dû faire l'objet d'une soumission publique. En conséquence, le tribunal annula la décision du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Bertrange de passer le marché relatif aux travaux de nettoyage des locaux communaux par voie de marché négocié.

Dans l'affaire portant sur des prestations de services de coordination et de pilotage dans le cadre de la mise en conformité et du réaménagement du dixième étage de l'hôtel de la direction générale des CFL, la candidate évincée contestait, après y avoir participé, le choix opéré par la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois de recourir à la procédure négociée sur base du Livre III de la Loi de 2009. Elle estimait, en effet, que le marché en question était « largement étranger » à la mise à disposition ou à l'exploitation d'un réseau ferroviaire, puisqu'il visait à désigner un consultant externe pour assister les CFL en vue du réaménagement de locaux administratifs. La candidate dont l'offre avait été rejetée considérait dès lors que le marché relevait du Livre II de la Loi de 2009 et donc que le recours à la procédure négociée n'était pas justifié au regard des cas de figure exceptionnels énoncés limitativement aux articles 38 et 39 de cette loi.

Le Tribunal administratif considéra toutefois sur base des dispositions combinées des articles 59 et 62, lequel renvoi à l'annexe VI de la Loi de 2009, que « les marchés publics conclus par les CFL tombent dans le champ d'application du livre III à condition que lesdits marchés ont trait à la mise à disposition, respectivement à l'exploitation des réseaux ferroviaires »¹⁴⁰. Or, le tribunal releva, dans le prolongement de la position de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁴¹, que « si le marché litigieux ne vise certes pas des travaux sur le réseau ferroviaire même et les infrastructures techniques y relatives, il n'en reste pas moins qu'il est en rapport direct avec l'exploitation, voire la mise à disposition dudit réseau, étant donné qu'il concerne l'aménagement du siège administratif des CFL dans lequel est nécessairement gérée l'exploitation, respectivement la mise à disposition dudit réseau »¹⁴². En effet, l'applicabilité de la directive sur les secteurs spéciaux dépend de l'activité exercée par l'entité adjudicatrice et des liens entre cette activité et le marché concerné¹⁴³. En conséquence, le tribunal rejeta le moyen de la candidate évincée tiré du non-respect des dispositions du Livre II, alors que le marché litigieux était bel et bien régi par le livre III de la loi de 2009.

¹³⁹ T. adm., 8 mai 2013, n° 30187.

¹⁴⁰ T. adm., 26 janv. 2014, n° 33531.

¹⁴¹ CJCE 16 juin 2005, Strabag et Kostmann, aff. C-462/03 et C-463/03, Rec. 2005 ; CJCE, 10 avr. 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c/ Fernwärme Wien GmbH, aff. C-393/06, Rec. 2008 p. I-2339. Il est à noter que le Tribunal administratif faisait référence, pour ces trois arrêts, à la Cour de Justice de l'Union européenne, alors que le Traité de Lisbonne n'était pas encore entré en vigueur.

¹⁴² T. adm., 26 janv. 2014, n° 33531.

¹⁴³ Jurisclasseur, Contrats et marchés publics, fascicule 90, n°80.

Il est à noter que le tribunal releva à titre superfétatoire que la candidate était malvenue de contester le choix de la procédure de passation effectué par les CFL, après y avoir participé volontairement. Cependant, le principe d'Estoppel invoqué par le Tribunal administratif et rattachable, selon lui, à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, suivant lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant ⁽¹⁴⁴⁾ ne saurait légitimer *a posteriori* une décision illégale de recourir à une procédure restreinte de passation lorsque les conditions dérogatoires permettant d'y recourir ne sont pas remplies. Admettre le contraire conduirait à valider par anticipation toute décision illégale prise par les pouvoirs adjudicateurs d'emprunter une procédure restreinte, à partir du moment où des opérateurs économiques ont participé à cette procédure de passation ⁽¹⁴⁵⁾.

b. La renonciation à une procédure de passation

Dans l'affaire portant sur les Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale ⁽¹⁴⁶⁾, une première soumission publique fut lancée, puis annulée au motif que les prix offerts par les soumissionnaires dépassaient substantiellement les devis élaborés par les bureaux d'architecte chargés du suivi de la soumission. Une seconde soumission fut lancée puis annulée pour le même motif. Par cette seconde décision d'annulation, le syndicat intercommunal décida de recourir à la procédure négociée avec les trois soumissionnaires ayant précédemment déposé leur offre. Le marché fut alors attribué à une société allemande. Un des deux autres soumissionnaires évincés forma un recours en annulation contre la décision du bureau intercommunal d'annuler la deuxième soumission publique, au motif que cette décision de renoncer à cette adjudication engagée aurait été prise avant que la Commission des Soumissions n'ait rendu son avis.

Le Tribunal administratif considéra que « *faute d'avoir entendu la commission des soumissions (...) préalablement à la prise de la décision litigieuse, le syndicat intercommunal a agi au mépris de la garantie procédurale afférente instituée par les articles 83 (3) et 91 (1) du [Règlement de 2009]. Or, un avis légalement requis constitue une formalité substantielle, dont le non-respect vicie fondamentalement la procédure d'élaboration de la décision finale, sans que cette conclusion ne soit ébranlée par le caractère consultatif de l'avis* » ⁽¹⁴⁷⁾. La Cour administrative confirma, en appel, le jugement entrepris ⁽¹⁴⁸⁾ et la décision d'annuler la seconde procédure d'adjudication.

Prenant acte de cette confirmation définitive de son jugement, le Tribunal administratif considéra ensuite que la décision d'adjudication à la société allemande « *constitue l'issue de la procédure négociée définitivement annulée par l'arrêt précité, [et] doit également encourir l'annulation, ladite décision, portant, d'une part, rejet de l'offre de l'association momentanée et, d'autre part, attribution du marché à la société ..., étant suite au prédit arrêt, dépourvue de base et de justification juridiques* » ⁽¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁴ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm. 22 déc. 2008, n° 24177.

¹⁴⁵ Pour le surplus, le Tribunal administratif considéra que, dans la mise en œuvre de la procédure négociée décrite au cahier des charges, les CFL n'avaient pas violé les principes d'égalité et de transparence entre les candidates, tels que consacrés par les articles 4 et 64 de la Loi de 2009.

¹⁴⁶ Comme indiqué précédemment, cette affaire relève de l'examen des vices de procédure, en ce qui concerne l'absence d'avis recueilli de la part de la Commission des Soumissions. Son évocation ici présente néanmoins un intérêt au titre de la légalité interne, puisque le choix subséquent de la procédure négociée constitue une erreur de droit.

¹⁴⁷ T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556.

¹⁴⁸ C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C.

¹⁴⁹ T. adm., 1^{er} déc. 2010, n° 25557.

Dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg, la requérante soutenait que la commune était tenue par les critères d'attribution prévus au cahier des charges, qu'elle était obligée d'examiner toutes les offres à la lumière de chacun de ces critères et partant, qu'elle aurait dû retenir son offre comme étant l'offre économiquement la plus avantageuse et lui attribuer nécessairement le marché. La société requérante considérait, en effet, qu'à partir du moment où son offre était économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur devait automatiquement lui attribuer le marché public en question. Le Tribunal administratif ne partagea toutefois pas son analyse, en se fondant sur les articles 83, paragraphes (2) et (3) et 91, paragraphe (1) du Règlement de 2003.

En vertu de ces textes qui constituent une exception au principe d'adjudication obligatoire des marchés publics « *s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions de l'adjudication* »⁽¹⁵⁰⁾, le pouvoir adjudicateur peut, moyennant une décision motivée, renoncer à une procédure d'adjudication « *si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant* »⁽¹⁵¹⁾. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur doit établir qu'aucune des offres n'était conforme ou n'avait donné de « *résultat satisfaisant* ». Cette dernière formulation qui devrait exclusivement s'apprécier par rapport « *aux conditions de l'adjudication* » auxquelles se réfère l'article 83 (1) du Règlement de 2003, n'est toutefois pas sans susciter des interrogations quant à la part de subjectivité qu'elle est susceptible de réintroduire dans les procédures de passation. Si l'article 41 de la Directive 2004/18 permet aux pouvoirs adjudicateurs de « *renoncer (...) à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence et de recommence la procédure* », cette faculté laissée à leur appréciation ne saurait toutefois s'exercer en violation des principes essentiels qui guident la passation des marchés publics, à savoir principalement l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques et la transparence.

Quoi qu'il en soit, la société requérante n'était, au vu des articles 83 et 91 du Règlement de 2003, pas fondée à revendiquer un droit à l'attribution obligatoire et automatique du marché ayant fait l'objet de la procédure de passation, quand bien même son offre répondait aux critères du cahier des charges, à partir du moment où le pouvoir adjudicateur considérait que la soumission n'avait pas donné de résultat satisfaisant⁽¹⁵²⁾. Ce faisant, le Tribunal administratif confirmait, au détour du contrôle des motifs de la décision de renoncer à la procédure de soumission publique prise par la commune de Colmar-Berg, que celle-ci n'avait pas commis d'erreur de qualification juridique des faits en prenant une telle décision. Or, à partir du moment où la soumission n'a pas donné de résultat satisfaisant, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à la procédure de passation du marché public envisagé. Il dispose d'une compétence liée sur laquelle le juge administratif opère un contrôle normal, celui de l'erreur de qualification juridique des faits. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur peut, en vertu de l'article 91 du Règlement de 2003, renoncer à une procédure de passation

¹⁵⁰ Article 83 (1) du Règlement.

¹⁵¹ Article 91 (1) du Règlement. Sur la justification de cette faculté de renoncer à une procédure d'adjudication, v. T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887 et M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 4^e éd., n° 66.2.

¹⁵² Ce même raisonnement a été repris dans l'affaire de Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune de Kehlen, v. T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933. V. aussi T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887, jugeant avec une autre formulation que « *le pouvoir adjudicateur pouvait légalement renoncer à, respectivement annuler, la soumission initiale, et ce nonobstant le fait que la demanderesse ait, a priori, présenté une offre répondant aux critères du cahier des charges, à condition toutefois que sa décision s'insère soit dans le cadre de l'article 83, soit de l'article 91 du [Règlement de 2009]* ». Cette solution a cependant été infirmée en appel, v. infra. C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C. Sur la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de renoncer à une procédure de passation et l'absence d'obligation de mener cette procédure à son terme en adjugeant le marché, v. aussi. T. adm., 9 oct. 2017, n°s 38104 et 38105.

qu'il avait initiée quand elle n'a pas donné de résultat satisfaisant, situation qui, au demeurant, ne saurait se confondre avec celle où un soumissionnaire se serait vu formellement attribuer un marché avant que celui-ci ne fasse l'objet d'une décision de retrait⁽¹⁵³⁾.

Pour le surplus, il était apparu dans l'affaire en question, que le prix qui était sorti de l'adjudication dépassait non seulement l'évaluation du marché qui avait été faite par un tiers avant l'engagement de la procédure de passation mais aussi les limites du crédit budgétaire de la commune. Cette dernière, rejointe par l'Etat en sa qualité d'autorité de tutelle, faisait en outre valoir « *qu'une analyse comparative de soumissions publiques récentes pour des véhicules similaires au niveau luxembourgeois et européen aurait montré que les offres soumises se trouvaient à un prix nettement supérieur à ceux pratiqués antérieurement et que ces prix ne pouvaient être justifiés par des arguments techniques objectifs* »⁽¹⁵⁴⁾. Quant aux arguments de la société requérante, ils n'apparaissent pas comme étant de nature à apporter une contradiction utile à ceux avancés par la commune de Colmar-Berg pour justifier sa décision de renoncer à la procédure de soumission, faute pour cette dernière d'avoir donné satisfaction. Le Tribunal administratif considéra comme justifié le « *recours par l'administration à la faculté lui réservée par l'article 91 du [Règlement de 2003] compte tenu du défaut de résultat satisfaisant de la soumission annulée au vu des explications de la commun[e] et de l'Etat non utilement combattues par la [requérante], défaut de résultat satisfaisant qui résulte de la différence entre les prix offerts dans le cadre [du] montant maximal inscrit au budget du pouvoir adjudicateur et le prix prévu tel que budgétarisé, prévision effectuée sur base des résultats de soumissions similaires au Luxembourg et à l'étranger* »⁽¹⁵⁵⁾.

Dans le cadre du contrôle de légalité qu'il opéra sur la mise en œuvre, par la commune, des pouvoirs qu'elle détenait, sur base de l'article 91 du Règlement de 2003, le Tribunal administratif considéra que, sous réserve de l'hypothèse d'un éventuel détournement de pouvoir, il était seulement tenu de vérifier que la commune n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en renonçant à la procédure de passation qu'elle avait initiée. C'est ainsi qu'il jugea que « *si la vérification à laquelle le tribunal, statuant par rapport à un recours en annulation, est amené à se livrer peut certes s'étendre le cas échéant au caractère proportionnel de la mesure prise par rapport aux faits établis, cette possibilité est cependant limitée aux cas où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité, sans que le contrôle juridictionnel ne puisse aboutir à priver l'autorité administrative de son pouvoir d'appréciation sur la nature et la gravité de la mesure qu'il lui incombe de prendre, lorsque celle-ci est par ailleurs légale, étant entendu que ce pouvoir d'appréciation doit rester suffisamment large pour permettre à l'autorité administrative d'exprimer un degré de sévérité ou de clémence variable en fonction de la nature et de la gravité des faits* »⁽¹⁵⁶⁾. Ce faisant, le Tribunal administratif complétait son pouvoir de contrôle par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation consistant à examiner la proportionnalité de la décision litigieuse. Or, à partir du moment où une procédure de passation n'a pas donné satisfaction, tout pouvoir adjudicateur a la faculté soit de la poursuivre, soit d'en décider l'annulation. Le contrôle qu'opère à cet égard le juge

¹⁵³ T. adm., 5 avril 2006, n° 20339, confirmé par C. adm., 9 janv. 2007, n° 21413C.

¹⁵⁴ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Dans le même sens, v. T. adm. 10 mai 1996, n° 20337.

¹⁵⁵ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925.

¹⁵⁶ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. Avec le même raisonnement et la même formulation, T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933. Dans le même sens, v. aussi T. adm., 10 mai 1996, n° 20337 et T. adm., 10 déc. 2003, n° 16118, confirmé C. adm., 2 mars 2004, n° 17363C.

administratif est restreint et consiste, en définitive, à veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ne détourne pas de leurs finalités les pouvoirs qui lui sont confiés en vertu des lois et règlements. Tel n'était apparemment pas le cas dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg, la société requérante n'ayant ni allégué, ni *a fortiori* démontré que la décision communale litigieuse aurait été prise à une autre fin que celle qui sous-tend l'article 91 du Règlement de 2003. Il aurait pu, par exemple, en aller autrement si l'annulation de la procédure d'adjudication engagée n'avait été dictée que dans le souci de favoriser un autre soumissionnaire que la société requérante qui estimait, à tort ou à raison, avoir remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Et le Tribunal administratif de conclure en constatant « *l'absence de toute disproportion flagrante dans l'analyse effectuée par l'administration et dans la solution retenue en conséquence* »⁽¹⁵⁷⁾. Cependant, la rigueur juridique de ce raisonnement est fort contestable, car le contrôle de proportionnalité aurait dû uniquement consister à constater, comme en l'espèce, que les prix offerts étaient nettement supérieurs à une grille tarifaire à laquelle le pouvoir adjudicateur pouvait avoir accès. L'éventuel détournement de pouvoir éventuel, évoqué par le juge administratif, ne relève pas d'un tel contrôle sur les motifs de l'acte et de la proportionnalité de la décision. C'est un contrôle qui porte sur le but de celui-ci, à savoir un but autre que l'intérêt général pour lequel le pouvoir a été confié à l'administration. Cette affaire illustre combien le traitement contentieux des différents moyens de recours n'est pas toujours des plus orthodoxes.

Telle est la conclusion à laquelle conduit l'examen de l'affaire des travaux de menuiserie extérieure métallique avec vitrage pour l'école Scheierhaff à Soleuvre (ci-après l'affaire des « **Travaux de menuiserie extérieure pour l'école à Soleuvre** »), travaux dans l'enceinte de l'école qui, pour des questions de sécurité et de commodité devaient être effectués au courant des vacances scolaires. Dans cette affaire, l'administration communale estimait que le retard pris dans la procédure de passation et les délais encore nécessaires en vue de l'adjudication et de la conclusion du contrat ne permettaient pas de respecter les délais de début des travaux prévus au cahier des charges. Partant, le Tribunal administratif considéra que la décision de l'administration communale de Sanem de renoncer à l'adjudication n'était pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation⁽¹⁵⁸⁾. Cependant, les faits invoqués ne semblent pas rentrer dans les hypothèses prévues à l'article 91 du Règlement de 2009.

Dans cette affaire, l'administration communale de Sanem avait renoncé à la soumission publique qu'elle avait initiée, en se fondant sur les mêmes articles 83 et 91 du Règlement de 2009, bien que la requérante ait présenté une offre répondant au cahier des charges. Dans ce contexte, le Tribunal administratif jugea que l'énumération de l'article 91 était seulement « *exemplative* », en ce sens que d'autres motifs d'intérêt général pourraient justifier la décision du pouvoir adjudicateur d'annuler une mise en adjudication⁽¹⁵⁹⁾, sans préjudice toutefois au contrôle du juge, notamment en cas d'erreur manifeste d'appréciation dans la mise en œuvre de ce pouvoir discrétionnaire⁽¹⁶⁰⁾. Or, le tribunal estima que « *l'impossibilité de respecter les délais d'exécution prévus [constitue] en principe un élément de motivation légitime et pertinent qui s'insère dans le cadre de l'article 91 du [Règlement de 2009], lorsque le respect de tels délais doit être considéré (...) comme constituant effectivement une condition essentielle de l'exécution du marché* »⁽¹⁶¹⁾.

¹⁵⁷ T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556.

¹⁵⁸ T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887.

¹⁵⁹ Voir Fr. LICHÈRE, *Droit des marchés publics & contrats publics spéciaux*, éd. Monitor, Tome 1, III.215.-9, pp. 43-46.

¹⁶⁰ T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887.

¹⁶¹ T. adm., 23 févr. 2015, n° 33887.

Toutefois, dans le cadre de l'instance d'appel, la Cour administrative ne suivit pas le tribunal « en ce que celui-ci a écarté les arguments tirés de la violation de l'article 83 du [Règlement de 2009] en se basant sur le seul fait que l'administration communale s'était placée dans le cadre de l'article 91 dudit règlement pour prendre sa décision. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas, en effet, pour abandonner provisoirement ou définitivement un marché, se placer discrétionnairement dans le cadre d'une renonciation ou d'une annulation, sous peine d'enlever toute portée réelle à la distinction opérée par le [Règlement de 2009], mais doit, lorsqu'il prend sa décision, appliquer les règles qui correspondent à la situation telle qu'envisagée par le législateur pour chacune des deux voies légales permettant d'abandonner un marché »⁽¹⁶²⁾. Or, en s'attachant au sens premier et au contexte dans lesquels les concepts de renonciation et d'annulation sont employés, la cour jugea que « l'article 91, qui énumère les causes d'annulation d'un marché, vise exclusivement des circonstances externes au pouvoir adjudicateur, pour le surplus indépendantes de sa volonté. Il n'est d'ailleurs pas exact, comme l'affirme le tribunal, que l'énumération de l'article 91 ne soit qu'exemplative dans ce sens que le pouvoir adjudicateur pourrait annuler un marché pour d'autres causes. S'il est vrai que la disposition en question précise que les conditions d'annulation y énumérées le sont sans préjudice d'autres causes de nullité, les nullités afférentes sont celles prévues par ailleurs par les textes applicables aux marchés publics. L'annulation au sens de l'article 91 du [Règlement de 2009] constituant l'abandon provisoire ou définitif d'un marché public en raison de circonstances externes au pouvoir adjudicateur et pour des raisons en principe indépendantes de sa volonté, la renonciation constitue, a contrario, l'abandon du marché pour des considérations internes au pouvoir adjudicateur qui peuvent relever de l'opportunité ou de contraintes internes »⁽¹⁶³⁾.

Dans ce contexte le motif invoqué par l'administration communale de Sannen et tiré de l'impossibilité de respecter les délais d'exécution dans la mesure où la vérification de la conformité des offres par le bureau d'architectes avait pris plus de temps que prévu ne constitue pas une circonstance imprévue entraînant des changements substantiels des bases de l'adjudication, au sens de l'article 91, dès lors que le bureau d'architectes étant l'agent de la commune, il manque à la circonstance son caractère d'imprévisibilité. Et la cour de conclure que « l'administration communale de Sannen aurait pu éviter le dérapage de la planification des travaux en commençant celle-ci plus tôt et en calculant la durée des différents délais de manière plus réaliste »⁽¹⁶⁴⁾. Et de conclure que « les conditions légales pour une annulation du marché litigieux n'étaient pas données en l'espèce, de sorte que l'administration communale aurait pu et dû, si elle voulait abandonner la réalisation du marché, entamer une procédure de renonciation à celui-ci. Or, en cas de renonciation à un marché, le pouvoir adjudicateur doit, en vertu de l'article 83, paragraphe 2, du [Règlement de 2009], sous peine de nullité, solliciter préalablement l'avis de la Commission des soumissions, formalité non respectée par l'administration communale ». Partant, la procédure ayant conduit à l'annulation de la soumission étant viciée, la délibération du collège échevinal fut, à juste titre, annulée.

A l'exception de ces rares hypothèses de renonciation à la passation d'un marché public, le déroulement d'une telle procédure consiste normalement dans l'adoption d'un cahier des charges imposant aux opérateurs économiques de déposer, dans un délai déterminé, des

¹⁶² C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C.

¹⁶³ C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C.

¹⁶⁴ C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C.

offres qui répondent aux critères de sélection et d'attribution choisis par le pouvoir adjudicateur. Il conviendra d'aborder successivement ces problématiques.

2. Le respect des délais de remise des offres

Dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, la candidate évincée concluait à une violation du règlement du concours par le jury qui prévoyait une remise des projets et de la maquette pour le 29 octobre 2010, alors que son projet et sa maquette devaient être considérés comme ayant été remis dans ce délai pour avoir été confiés à un transporteur dès le 28 octobre 2010. Toutefois, outre le fait qu'elle avait été informée, à sa demande, de ce que la date de dépôt de son offre devait s'entendre comme celle à laquelle l'huissier instrumentant recevrait son projet et sa maquette, l'article 62 du Règlement de 2009 précise clairement que « (1) *Les offres peuvent être envoyées par lettre recommandée ou être remises par le soumissionnaire en personne ou par son mandataire au bureau précisé dans l'avis de marché. Il n'est tenu compte que des offres y arrivées ou remises avant les jour et heure fixés pour l'ouverture des soumissions. (2) Les offres arrivées après ce délai, quelle que soit la cause du retard, sont retournées non ouvertes à l'expéditeur pour autant que son adresse soit connue* ». Or, même si la société candidate avait remis son offre le 28 octobre 2010 à un transporteur spécialisé à Madrid, celle-ci « *ne fût cependant réceptionnée par l'huissier instrumentant que le 2 novembre 2010, de sorte à avoir été remise tardivement* »⁽¹⁶⁵⁾. C'est donc à bon droit que le jury avait écarté l'offre de la candidate en question, le tribunal relevant au passage « *que le fait de retenir une candidature parvenue hors délai aurait constitué une irrégularité de procédure de nature à porter atteinte aux garanties accordées aux autres candidats* »⁽¹⁶⁶⁾.

Enfin, dans la même affaire, la société évincée soutenait que le règlement du concours était discriminatoire au détriment des candidats lointains, en écourtant nécessairement le délai dont ils disposent pour finaliser leur offre et l'envoyer pour qu'elle arrive à l'huissier instrumentaire dans le délai prévu, tandis que les candidats les plus proches peuvent les déposer eux-mêmes, sans avoir à inclure le délai variable d'acheminement. Toutefois, le Tribunal administratif ne suivit pas ce raisonnement car « *tous les candidats étaient soumis au même titre [au règlement de concours] et disposaient tous de l'option de remettre pour le 29 octobre 2010 au plus tard leur projet soit par envoi recommandé avec demande d'avis de réception postale, soit contre récépissé à l'adresse désignée, les modalités étant dès lors identiques pour tous les candidats, à charge de ceux-ci de s'organiser de manière à ce qu'ils remettent le cas échéant leur dossier au service de messagerie suffisamment à temps pour qu'il parvienne à destination avant l'expiration du délai imparti, quelles que soient les circonstances, et ce nonobstant le problème de fiabilité parfois rencontré dans l'acheminement des plis postaux* »⁽¹⁶⁷⁾. En outre, le but poursuivi par la prétendue discrimination par l'imposition d'une date limite répond à « *la nécessité que le pouvoir adjudicateur puisse déterminer définitivement, à partir d'une date donnée, quels sont les candidats en lice* ». Les moyens tirés d'une méconnaissance du principe d'égalité des candidats visé à l'article 4 de la loi de 2009 n'étaient donc pas fondé⁽¹⁶⁸⁾.

Cette affaire ouvre aussi la voie à l'une des problématiques les plus importantes de la passation des marchés publics, à savoir la détermination au cahier des charges des critères de sélection et d'attribution du marché, puis sa mise en œuvre. C'est ce qu'il convient d'aborder à présent.

¹⁶⁵ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910.

¹⁶⁶ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910, confirmé par C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C.

¹⁶⁷ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910, confirmé par C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C (y compris avec les fautes de typographie, ce qui entretient l'impression que la Cour administrative aurait tendance à entériner purement et simplement les jugements du Tribunal administratif).

¹⁶⁸ Solution confirmée en appel, v. C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C.

3. La détermination des critères de sélection et d'attribution

a. La nécessité de publier les critères de sélection et d'attribution

Etape essentielle à la réussite du marché public, l'établissement du cahier des charges doit permettre au pouvoir adjudicateur de retenir, à l'issue de la procédure de passation, le candidat le plus apte à répondre à ses besoins. Cette étape passe d'abord par la fixation de critères de sélection, lesquels ont vocation à permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que l'opérateur économique dispose des capacités financières et des compétences techniques, professionnelles et économiques pour fournir les prestations envisagées dans le cadre du marché public considéré. L'établissement du cahier des charges requiert aussi que soient définis des critères d'attribution, afin d'identifier la meilleure offre parmi celles qui auront été présentées par les soumissionnaires ou par les candidats au marché.

Or, les principes de transparence et d'égalité de traitement commandent que ces critères de sélection puis d'attribution soient connus des opérateurs économiques afin qu'ils puissent évaluer s'ils sont bien en mesure de répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur. La question de la publication anticipative de ces critères de sélection et d'attribution ne suscite pas de débats particuliers, puisque les pouvoirs adjudicateurs ont, depuis longtemps, intégré la nécessité de faire connaître les critères à l'aune desquels ils mesureront ensuite les mérites respectifs des offres qui leur sont soumises. Dans l'affaire de la soumission publique pour la fourniture de briques de pavage pour les aménagements urbains de la Terrasse des Hauts Fourneaux lancée par avis de marché du 14 novembre 2012 par l'établissement public « Le Fonds Belval » (ci-après l'affaire de la « **Fourniture de briques de pavage pour le Fonds Belval** »), le Tribunal administratif rappela toutefois au pouvoir adjudicateur qu'en vertu de l'article 16 (1) du Règlement de 2009, « *le cahier des charges doit contenir de manière complète, exhaustive et précise l'ensemble des critères, qu'ils soient de sélection ou d'attribution, auxquelles doivent se conformer les offres des soumissionnaires, sans que le pouvoir adjudicataire ne puisse prévoir des conditions impératives n'y figurant pas. (...) Partant, il ne saurait être admis que le pouvoir adjudicataire prévoie des conditions supplémentaires ou complémentaires n'ayant pas figuré dans les documents contractuels, ceux-ci étant supposés déterminer de manière exhaustive et intégrale les droits et obligations réciproques des impétrants et du pouvoir adjudicateur* »¹⁶⁹). En l'espèce, aucune clause du cahier des charges n'écartait la possibilité d'offrir des briques de pavage comportant du chanfrein, de sorte que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur avait déclaré l'offre non-conforme de ce chef.

Cette question a toutefois été partiellement renouvelée en 2009 avec l'introduction, dans la législation luxembourgeoise, du dialogue compétitif. En effet, dans l'affaire de Construction du centre sportif à Dudelange, deux sociétés constituées en société temporaire qui avaient été écartées au cours des négociations soutenaient que les principes d'égalité de traitement entre les candidats, de transparence et de non-discrimination avaient été violés, au motif que les sous-critères d'adjudication et leur pondération n'avaient pas été publiés *ab initio* par le pouvoir adjudicateur. C'est dans ce contexte que le tribunal fut amené à rappeler les spécificités propres au dialogue compétitif¹⁷⁰, procédure de passation où le pouvoir adjudicateur « *n'est pas capable d'identifier les moyens techniques qui lui permettront de satisfaire [un besoin pour un projet complexe] ou*

¹⁶⁹ T. adm., 12 mai 2014, n° 32343. Sur la différence entre le cahier des charges traditionnel et le document descriptif utilisé dans la procédure de dialogue compétitif, voir *infra*, p. 49.

¹⁷⁰ G. Perrot, L'introduction du dialogue compétitif dans la nouvelle loi sur les marchés publics, ACE 2010, n° 1, p. 3.

d'établir le montage juridique ou financier, d'avoir recours à un mode de passation du marché dans le cadre duquel les candidats lui proposeront respectivement leurs solutions » ⁽¹⁷¹⁾. C'est d'ailleurs précisément parce que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de déterminer les moyens techniques nécessaires à la satisfaction de ce besoin qu'il n'établit pas un cahier des charges traditionnel, tel qu'exigé par l'article 16 (1) du Règlement de 2009, mais « *un document descriptif [qui] ne peut certes pas être modifié au cours de la procédure d'attribution en ce qui concerne ces éléments substantiels, voire fondamentaux* ⁽¹⁷²⁾, *mais [qui] est néanmoins nécessairement moins précis, voire contraignant* »⁽¹⁷³⁾. Au demeurant, la Ville de Dudelange avait insisté à plusieurs reprises sur le caractère seulement indicatif des moyens techniques envisagés pour la satisfaction de ses besoins et sur le fait que les candidats étaient libres de proposer d'autres solutions. La ville avait cependant bel et bien fixé, dans son document descriptif, cinq critères d'attribution, formulés de manière générale et « *tenant notamment au prix, à la qualité technique et architecturale du projet, ainsi qu'à sa cohérence, les facilités d'entretien et de réparation de ce même projet, le délai de réalisation et les clauses complémentaires du contrat d'ouvrage* ».

Les deux sociétés requérantes reprochaient néanmoins au pouvoir adjudicateur d'avoir eu recours à une grille de sous-critères, reprise dans la délibération déferée. Le tribunal s'attacha donc à vérifier si cette grille contenait effectivement des critères différents de ceux retenus dans les documents descriptifs. Après s'être livré à cette vérification, le Tribunal administratif parvint à la conclusion que la grille ne constituait « *qu'une mise en application concrète des critères théoriques généraux fixés* » dans le document descriptif. Et de conclure que « *le pouvoir adjudicateur n'a dès lors pas instauré de nouveaux critères, ce qui serait effectivement contraire au principe d'égalité des soumissionnaires, mais il s'est contenté de détailler les critères d'attributions fixés dans le document descriptif et de les appliquer concrètement aux différents projets lui soumis* ». Ainsi, les sociétés requérantes n'étaient pas fondées à invoquer une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, à la suite d'une prétendue absence de publication des sous-critères et de leur pondération.

Dans cette même affaire, les deux sociétés constituées en société temporaire invoquaient également une rupture d'égalité de traitement entre les candidats au motif que le pouvoir adjudicateur leur « *aurait reproché un emplacement inadéquat des vestiaires ou encore le fait de ne pas avoir prévu d'arrêt de bus au côté Sud du Centre sportif* » ⁽¹⁷⁴⁾. Le Tribunal administratif releva toutefois que les différents candidats avaient été « *invités à élaborer leur propre projet architectural tout en tenant compte du concept de base tel que développé par la Ville de Dudelange, mais en n'étant cependant pas obligés de respecter la forme dudit concept* ». Au demeurant, cette liberté est inhérente à la procédure du dialogue compétitif où chacun des candidats « *est libre de proposer une solution qui d'après lui, est la mieux adaptée aux besoins tels qu'énoncés dans le document descriptif élaboré par le pouvoir adjudicateur* » ⁽¹⁷⁵⁾. Celui-ci se voit ainsi soumettre plusieurs offres qui peuvent différer sur certains points techniques ou encore architecturaux, puis poursuit le dialogue en éliminant progressivement les solutions les moins adaptées à ses besoins, conformément à l'article

¹⁷¹ T. adm., 12 févr. 2014, n° 31141.

¹⁷² Commission européenne, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique* », p. 4. Il est à noter que dans son jugement, le tribunal renvoyait erronément à l'article 16 de Loi de 2009.

¹⁷³ T. adm., 12 févr. 2014, n° 31141.

¹⁷⁴ T. adm., 12 févr. 2014, n° 31141.

¹⁷⁵ Fr. LICHÈRE, *Droit des marchés publics & contrats publics spéciaux*, éd. Monitor, Tome 1, III.231.2 p. 26.

215 du Règlement de 2009. En l'espèce, « *la Ville de Dudelange, dans le cadre de l'examen de la fonctionnalité des différentes offres (...) a retenu que le fait que la demanderesse n'ait pas prévu d'emplacement pour le bus du côté sud du Centre sportif constitue un désavantage par rapport à l'offre lui soumise par l'association momentanée [concurrente] et lui a de ce fait attribué moins de points* ». En définitive, la Ville de Dudelange s'est « *contentée de mettre en évidence les avantages de l'offre [de cette association momentanée] justifiant ainsi son choix de continuer le dialogue qu'avec ce seul soumissionnaire* »¹⁷⁶). Et le tribunal de déclarer le recours non fondé.

Il ressort de cette affaire qu'en raison de la philosophie qui préside à son institution, le dialogue compétitif déroge largement aux procédures classiques de passation des marchés où les opérateurs économiques savent à l'avance quels sont les critères de sélection puis d'attribution au regard desquels leurs offres respectives seront évaluées.

En dehors de cette procédure spécifique, l'obligation de publier par avance les critères de sélection et d'attribution se couple de l'obligation de préciser, également par avance, la pondération des différents critères d'attribution choisis, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'adjuger son marché non pas à l'offre affichant le prix le plus bas mais à l'offre économiquement la plus avantageuse. En vertu de l'article 89 du Règlement de 2009, le cahier des charges doit déterminer la pondération des différents critères, y compris celui relatif au prix.

Ainsi, dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, le tribunal approuva la société requérante qui reproche au cahier des charges de rester muet sur la pondération attribuée au critère de prix¹⁷⁷). Dans l'affaire de la soumission ouverte lancée par le Centre de Technologie et de l'Information de l'Etat pour l'assistance rédactionnelle et la veille pour l'évolution pour le portail guichet.lu (ci-après les « **Services pour le portail guichet.lu** », la société évincée critiquait l'absence de pondération au niveau des critères d'adjudication qui ne permettait dès lors pas aux soumissionnaires d'évaluer la quote-part de points attribués à l'un ou l'autre de ces critères. Si le tribunal prit le soin de rappeler que « *conformément à l'article 89 du [Règlement de 2009], le pouvoir adjudicateur est effectivement tenu d'indiquer la pondération relative qu'il attache à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, - lesquels peuvent, conformément à l'article 241 du [Règlement de 2009], par exemple consister en la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution -, les clauses litigieuses constituent toutefois des conditions de sélection, et non des conditions d'attribution du marché, et plus particulièrement des conditions relevant de la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires, destinées, conformément à l'article 232 du [Règlement de 2009], à permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer et de vérifier les capacités techniques ou professionnelles des soumissionnaires* ». Dès lors, le moyen de la société requérante sur l'absence de pondération des critères d'adjudication était inopérant s'agissant de critères portant sur les compétences des soumissionnaires dans l'utilisation d'un logiciel et sur leurs compétences linguistiques, et constituant en tant que tels des critères de sélection destinés à « *donner l'assurance au pouvoir adjudicateur que l'expérience et les capacités techniques*

¹⁷⁶

Fr. LICHÈRE, *Droit des marchés publics & contrats publics spéciaux*, éd. Monitor, Tome 1, III.231.2 p. 26.

¹⁷⁷

T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

du soumissionnaire suffisent pour garantir la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question » ⁽¹⁷⁸⁾.

Autrement dit, l'exigence d'indication préalable de la pondération respective des critères choisis par le pouvoir adjudicateur ne vise que ceux tendant à l'attribution du marché public et ne concerne pas les critères de sélection qui sont destinés, eux, à s'assurer que l'opérateur économique dispose des compétences techniques, professionnelles, économiques et financières pour fournir les prestations projetées.

b. La nécessité de contester les critères de sélection et d'attribution

La détermination des critères de sélection ou d'attribution est laissée à l'initiative du pouvoir adjudicateur, lui seul étant à même de savoir quelles assurances il souhaite avoir de la part de son futur cocontractant en termes de compétences techniques, professionnelles, économiques et financières et quels besoins il entend satisfaire.

Dans l'affaire portant sur le marché pour les travaux de peinture dans la Maison des Générations à Schiffflange (ci-après l'affaire des « **Travaux de peinture pour la Maison des Générations à Schiffflange** »), le Tribunal administratif a rejeté l'argumentation de la requérante jugeant discriminatoire la clause du cahier des charges imposant aux sociétés nouvellement constituées de produire trois certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants qu'elles ont accomplis à partir de la date de leur établissement. « *En effet, cette clause constitue une condition de sélection devant permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer et de vérifier les capacités techniques ou professionnelles des soumissionnaires : l'objet d'une telle clause est dès lors principalement de donner l'assurance au pouvoir adjudicateur que l'expérience et les capacités techniques du soumissionnaire suffisent pour garantir la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question. Dès lors, le fait que cette clause aboutisse au rejet d'entreprises ne disposant d'aucune expérience professionnelle avérée ne saurait être considéré discriminatoire, puisqu'il s'agit précisément du but recherché au travers de cette clause par le législateur* » ⁽¹⁷⁹⁾.

Dans l'affaire au fond des Travaux de fonçage à Luxembourg, le tribunal a rappelé que la clause du cahier des charges selon laquelle les soumissionnaires devaient mentionner dans leur offre cinq ouvrages de références avec un « *fonçage réalisé sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres* » constituait « *une condition de sélection, et non une condition d'attribution du marché (...) destinée à permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer et de vérifier les capacités techniques ou professionnelles des soumissionnaires* » ⁽¹⁸⁰⁾, conformément à l'article 232 du Règlement de 2009.

Le tribunal précisa ensuite que l'étendue de son contrôle consiste à vérifier que les critères de sélection retenus sont de nature à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de s'assurer des compétences et capacités des soumissionnaires. Mais le tribunal considéra qu'il n'avait pas à trancher entre deux interprétations possibles de la clause litigieuse ⁽¹⁸¹⁾, ni à

¹⁷⁸ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374. Avec la même formulation, v. T. adm., 11 mai 2011, n° 27036. Sur la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution, avec les conséquences qui en découlent, v. aussi T. adm., 27 févr. 2017, n° 36591.

¹⁷⁹ T. adm., 7 mai 2012, n° 28625.

¹⁸⁰ T. adm., 11 mai 2011, n° 27036.

¹⁸¹ Le soumissionnaire évincé estimait que la période de cinq ans se calculait à rebours à partir de la date fixée pour le dépôt des offres, tandis que le pouvoir adjudicateur considérait que cette période se calculait à partir de la date de la publication de l'avis de marché. Quel que soit

déterminer laquelle des interprétations respectives proposées par les parties serait la meilleure pour le chantier envisagé ⁽¹⁸²⁾. Le juge administratif doit uniquement vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur d'appréciation dans le choix de ce critère, le cas échéant avec la portée que lui en donne le pouvoir adjudicateur. En l'espèce, et sur base d'une note explicative établie après l'introduction du recours introductif d'instance par le bureau d'ingénieurs ayant élaboré le cahier des charges, le tribunal jugea que le choix d'« *ouvrages de références réalisés au cours des cinq dernières années* » comme critère de sélection n'était pas entaché d'erreur d'appréciation ⁽¹⁸³⁾. Il n'en reste pas moins que pour éviter toute ambiguïté, les pouvoirs adjudicateurs seraient inspirés d'indiquer clairement la façon dont ils entendent calculer ce type de période de référence, pour éviter toute divergence d'interprétation.

Toutefois, le choix des critères de sélection puis d'attribution ne doit pas, au regard notamment du principe d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques, s'avérer discriminatoire. Une telle conclusion aurait pu être tenue dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique alors que le ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle avait retenu au nombre des critères d'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, celui des « *Références au Grand-Duché : liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années* ». Il n'est d'ailleurs pas exceptionnel que les cahiers des charges prévoient ce type de critère de sélection qui revient ni plus ni moins qu'à privilégier les acteurs locaux, bien implantés, au détriment des opérateurs économiques en provenance d'autres pays de l'Union européenne. Or, de tels critères, qui ont pour effet, sinon pour objet, d'écarter ou de déclasser systématiquement les opérateurs économiques étrangers qui ne sont pas en mesure de faire valoir des marchés publics ou privés qu'ils auraient exécutés précédemment au Luxembourg, pourraient être jugés comme discriminatoires.

Le caractère discriminatoire des critères choisis par le pouvoir adjudicateur peut aussi concerner ceux applicables à l'attribution du marché public. Tel peut être parfois le cas lorsque le cahier des charges prévoit que les soumissionnaires ou candidats devront avoir recours à tel ou tel produit spécifique. Dans l'affaire des travaux d'infrastructure et de gros-œuvre pour une clôture de sécurité au centre pénitentiaire à Schrassig (ci-après l'affaire de la « **Clôture de sécurité au centre pénitentiaire** »), le Tribunal administratif considéra que « *la seule constatation de prescriptions rédigées de sorte à favoriser ou au contraire à écarter un produit déterminé n'est (...) pas de nature à satisfaire à la preuve telle que requise ci-avant, étant donné que la discrimination doit être de nature à limiter la concurrence entre les soumissionnaires : en effet, si par exemple un adjudicataire exclut de son cahier des charges le matériel d'un fabricant déterminé, l'installateur dudit matériel n'est pas nécessairement lésé lui-même puisqu'il peut éventuellement se fournir chez un autre fabricant, même si le cas échéant le fabricant dont le produit a été écarté est lésé* ¹⁸⁴. Dès lors, il faut encore que la discrimination alléguée, consistant à favoriser ou à imposer le

le mode de calcul retenu, les procès-verbaux de réception des ouvrages invoqués à titre de référence avaient été achevés dans la période de référence de cinq ans. Le Tribunal administratif rejeta donc les moyens invoqués par le soumissionnaire évincé.

¹⁸² Néanmoins, après avoir rappelé ces principes, le Tribunal administratif s'est lancé dans une analyse littérale de la clause pour en conclure que l'interprétation indiquée *post festum* par le pouvoir adjudicateur pouvait être admise.

¹⁸³ T. adm., 11 mai 2011, n° 27036.

¹⁸⁴ M.-A. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération nationale de la Construction, Bruxelles, 1996, 6^{ème} éd., T.1a, p. 839.

produit d'un concurrent, ait pour effet d'empêcher les autres soumissionnaires à remporter le marché » ⁽¹⁸⁵⁾.

Et le tribunal de poursuivre qu'« en l'espèce, la société [évincée] fait plaider que les clauses techniques du dossier de soumission auraient été rédigées de telle sorte qu'une seule marque de clôture de sécurité aurait pu y correspondre, à savoir la clôture de marque suisse « ... ». Il ne résulte cependant pas des éléments en cause que la rédaction des clauses techniques, alléguée de discriminatoire, ait été de nature à défavoriser objectivement l'un des soumissionnaires ou aurait été de nature à limiter la concurrence entre lesdits soumissionnaires. En effet, (...) sur onze soumissionnaires, dix ont offert la clôture ..., seule la société [évincée] ayant offert un autre produit ne répondant pas aux prescriptions techniques exigées, mais offrant, selon elle, les mêmes garanties de sécurité et de fiabilité ».

« Force est encore de constater que la demanderesse ne s'est pas vu refuser d'une quelconque façon l'accès au produit ..., celui-ci étant librement disponible sur le marché, mais qu'elle a fait le choix conscient, contrairement à ses concurrents, de ne pas offrir le produit ... qui répondait indiscutablement aux spécifications techniques, mais de rechercher une clôture différente substantiellement moins chère que la clôture ... De ce point de vue, le tribunal ne constate pas de distorsion de concurrence objective entre les différents soumissionnaires concurrents qui ont tous eu la possibilité d'offrir le produit ... Le Tribunal administratif en conclut « qu'il n'y a pas eu de ce point de vue de discrimination entre les soumissionnaires concurrents, de sorte que les prescriptions techniques critiquées par la demanderesse ne sauraient être considérées comme illégales ; par conséquent, le tribunal ne saurait annuler les décisions entreprises sur cette base. » ⁽¹⁸⁶⁾.

Ainsi, le choix des critères de sélection des opérateurs économiques et des critères d'attribution du marché est-il souvent contesté par les soumissionnaires ou candidats évincés. A cet égard, le tribunal releva, dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, que la société requérante « aurait dû, sinon s'apercevoir, au vu du descriptif précis de la mission de l'agent supplémentaire, que la mission de celui-ci ne s'étendait les jours ouvrables que de 7.30 heures à 23.00 heures, sinon à tout le moins constater l'existence a priori d'une ambiguïté » ⁽¹⁸⁷⁾.

Et de s'emparer des dispositions de l'article 21 du Règlement de 2009 aux termes desquelles « le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu sous peine d'irrecevabilité, de les signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long » ⁽¹⁸⁸⁾.

Selon une formulation constante, les juridictions administratives considèrent que cet article 21 vise expressément « des "ambiguïtés, erreurs ou omissions" qui seraient de nature à rendre impossible l'établissement d'un prix ou à fausser la comparaison des offres telles que par exemple une contradiction entre les parties des plans ou du métré descriptif, des lacunes

¹⁸⁵ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204. Le tribunal précise également que « le fabricant ou fournisseur d'un produit (...) qui estimerait que le produit d'un fabricant concurrent aurait été favorisé par le libellé du cahier des charges [pourrait] poursuivre lui-même l'annulation du cahier des charges ou de la décision adjugeant le marché ». En ce sens, v. CE belge, 20 févr. 1987, n° 27566, cité par M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Confédération nationale de la Construction, Bruxelles, 1996, 6^{ème} éd., T.1a, p. 838.

¹⁸⁶ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

¹⁸⁷ T. adm., 15 déc. 2010, 26749.

¹⁸⁸ T. adm., 15 déc. 2010, 26749. Pour un autre exemple, v. aussi T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

dans les stipulations techniques ou encore des formules de révision de prix erronées, bref tous les cas où le soumissionnaire ne dispose pas par le fait de l'administration des données indispensables au calcul de son prix et où il s'interroge sur ce que l'administration a voulu, alors qu'il ne peut soumissionner que d'après une hypothèse qu'il se fait personnellement et qui n'est pas nécessairement celle qui a été retenue par l'administration ou celle sur laquelle se seront basés les autres concurrents : cette disposition couvre dès lors des ambiguïtés – notion pouvant être définie comme une imprécision de ce terme ou une incertitude quant à la portée et à la signification de ce terme –, des erreurs matérielles affectant la rédaction de certaines dispositions du cahier des charges, ou encore des omissions, c'est-à-dire des lacunes intervenues lors de la rédaction du cahier des charges »⁽¹⁸⁹⁾.

Dans l'affaire des Travaux d'entretien de la chaussée à Grevenmacher, le Tribunal administratif jugea ainsi que l'obligation prévue à l'article 21 du Règlement de 2009 « *a non seulement pour but de veiller à mettre tous les candidats soumissionnaires à égalité par rapport au cahier des charges, en clarifiant par exemple les interrogations que l'un des soumissionnaires pourrait avoir par rapport au dossier de soumission, mais encore de veiller en permettant ainsi préalablement l'évacuation des problèmes liés à la compréhension et à l'interprétation du cahier des charges, une fois les soumissions déposées, à ce que la procédure d'adjudication soit menée à bien dans les meilleurs délais dans l'intérêt de l'achèvement des travaux publics* »⁽¹⁹⁰⁾.

Plus encore, et selon une formulation tout aussi régulière, le juge administratif estime que « *cette disposition implique l'association active de tous les soumissionnaires à l'établissement d'un dossier clair et exact garantissant une saine mise en concurrence, moyennant le droit et l'obligation des intéressés, tous des professionnels avertis, de contrôler et de vérifier soigneusement la documentation remise par le commettant et de signaler toute ambiguïté, erreur ou omission risquant d'empêcher la comparabilité des offres. (...) En aucun cas n'est-il admissible que, dans un premier temps, un soumissionnaire participe à une soumission sans dire mot quant à des ambiguïtés, erreurs ou omissions qu'il a pu – ou dû – constater, pour par la suite s'en emparer et s'en prévaloir dans le cas de figure défavorable où son offre n'aurait pas été retenue* »⁽¹⁹¹⁾.

En définitive, l'article 21 du Règlement de 2009, tel qu'interprété par les juridictions administratives, fait peser sur les opérateurs économiques une « *obligation de loyauté et de collaboration entre parties telle que développée par les juridictions civiles à partir de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil* »⁽¹⁹²⁾. Cependant, cette position jurisprudentielle fait aussi la part trop belle aux pouvoirs adjudicateurs qui sont à l'origine des avis de publication et l'établissement des cahiers des charges, en oubliant que les ambiguïtés, erreurs ou omissions peuvent d'une part n'apparaître aux soumissionnaires ou aux candidats qu'après l'attribution du marché, quand ils ont pris connaissance de la façon dont le pouvoir adjudicateur a finalement apprécié les différents critères de sélection ou d'attribution. En

¹⁸⁹ Sur motivation standard, v. not. T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204 ; T. adm., 11 mai 2011, n° 27036. Sur le contenu des notions d'ambiguïtés, d'erreurs ou d'omission, v. M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération nationale de la Construction, Bruxelles, 1996, 6^{ème} éd., T.1a, p. 923.

¹⁹⁰ T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988.

¹⁹¹ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204. Et, reprenant cette motivation standard, v. encore T. adm., 7 mai 2012, n° 28625 et T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 qui renvoient à T. adm., 22 déc. 2006, n° 21211. V. aussi T. adm., 9 mars 2015, n° 31844, reprenant cette motivation à propos d'une question de compréhension des critères d'attribution du marché qui était sous-jacente au moyen tiré du défaut de motivation de la décision de rejet de l'offre de la requérante.

¹⁹² T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633, T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988 et T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 qui renvoient à T. adm., 22 déc. 2006, n° 21211. V. encore T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632.

outre, il ne faut pas perdre de vue que les soumissionnaires ou les candidats ont, en face d'eux, un pouvoir adjudicateur dont les décisions revêtent une apparence de légalité. Enfin, envisager qu'ils se lancent dans une procédure amiable ou contentieuse pour faire rectifier l'avis de marché ou le cahier des charges, avant de soumissionner ou de candidater est faire preuve d'une méconnaissance de la psychologie des opérateurs économiques qui préfèrent se conformer à un appel d'offres, dût-il leur paraître comme comportant des ambiguïtés, des erreurs ou des omissions, plutôt que d'affronter seul le pouvoir adjudicateur avant le dépôt de leur offre. A cet égard, il serait étonnant de déterminer à combien de reprises le président du Tribunal administratif fut saisi pour modifier un cahier des charges : à notre connaissance, jamais sur la période sous examen !

En pratique, dans l'affaire des Travaux pour la centrale d'eau glacée, la société évincée soutenait, en substance, que le cahier des charges avait été « *confectionné sur mesure* » pour obtenir un produit spécifique d'une certaine marque. Cependant, non seulement cet argument manquait en fait car il ne résultait d'aucun élément du dossier que le produit en question ait été offert par les autres soumissionnaires, mais le Tribunal administratif releva aussi qu'il aurait appartenu à la requérante, sur base de l'article 21 du Règlement de 2009, de demander l'annulation des stipulations incriminées du cahier des charges si les illégalités reprochées étaient « *à ce point criantes et évidentes* » ⁽¹⁹³⁾.

De la même façon, dans l'affaire des Services pour le portail guichet.lu, la société soumissionnaire estimait, après avoir été évincée, que le cahier des charges comportait un certain nombre d'imprécisions. Mais conformément à sa position traditionnelle, le Tribunal administratif considéra qu'elle était « *forclose à soulever ces problèmes devant le juge administratif, s'agissant en effet d'ambiguïtés ou d'omissions éventuelles qu'elle était tenue de signaler dans le délai lui imparti par l'article 21 précité, et non de s'en prévaloir seulement une fois sa soumission rejetée* » ⁽¹⁹⁴⁾.

Il est à noter que la Commission des Soumissions applique le même raisonnement, en estimant lorsque le soumissionnaire ou le candidat évincé excipe de l'illégalité des documents de marché qu'« *il [lui] aurait appartenu de réclamer contre le cahier des charges conformément aux exigences de l'article 21* » ⁽¹⁹⁵⁾. Saisi ensuite, dans la même affaire, de cette problématique, le Tribunal administratif fit d'ailleurs application de sa jurisprudence constante en la matière. Il appliqua également cette solution dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, estimant que la « *rédaction équivoque des prestations à fournir par les soumissionnaires en ce qui concerne la surveillance du Lycée Technique* » et que le libellé du cahier des charges pouvaient « *donner lieu (...) à une double interprétation* », toujours est-il que le soumissionnaire évincé était « *forclos à soulever devant le juge administratif un tel moyen, étant donné [qu'il] aurait à tout le moins dû solliciter des éclaircissements à ce sujet avant l'ouverture de la soumission* » ⁽¹⁹⁶⁾.

Au cours de la période sous examen, les juridictions administratives ont néanmoins eu l'occasion de préciser la portée de l'article 21 du Règlement de 2009. Dans l'affaire au fond portant sur les Travaux de fonçage à Luxembourg, le Tribunal administratif a considéré que l'article 21 du Règlement de 2009 n'avait pas vocation à s'appliquer à l'espèce. En effet, le

¹⁹³ T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059.

¹⁹⁴ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374.

¹⁹⁵ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

¹⁹⁶ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

tribunal considéra qu'une divergence d'interprétation, soulevée par la requérante après le dépôt de son offre sur la portée exacte du critère de sélection relatif au fonçage d'une longueur totale supérieure à 1.500 mètres, ne révélait pas une ambiguïté, ni une erreur, ni une omission dans le cahier des charges, et il jugea qu'il n'était pas établi que cette divergence ait eu une quelconque incidence sur l'offre déposée⁽¹⁹⁷⁾. Même s'il faut approuver le rétrécissement du champ d'application de l'article 21 du Règlement de 2009, l'argumentation du Tribunal d'arrondissement ne saurait réellement convaincre dans la mesure où la divergence d'interprétation résulte précisément d'une ambiguïté du cahier des charges.

Dans l'affaire du marché public pour les travaux de cimentage et de carrelage dans le cadre des travaux de construction d'un bâtiment scolaire englobant un cycle I et une maison relais sur le site d'un ancien bâtiment pour le compte de la Commune de Mersch (ci-après l'affaire des « **Travaux de construction d'un bâtiment scolaire pour la Commune de Mersch** »), une société dont l'offre avait été rejetée pour non-conformité introduisit un recours en annulation devant le Tribunal administratif contre la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la commune. Cette dernière opposa l'irrecevabilité du recours alors que le moyen de la requérante viserait une ambiguïté, erreur ou omission du cahier des charges et que, faute pour la société requérante d'avoir fait usage de ce moyen dans les délais impartis par l'article 21 du Règlement de 2009, le recours en annulation devrait être frappé de forclusion et devrait partant être déclaré irrecevable. Après avoir reproduit sa motivation habituelle sur la portée de cet article, le tribunal compléta son raisonnement en considérant que « *la cause de forclusion invoquée par la commune de Mersch ne soulève pas une question de recevabilité du recours contentieux, mais une question de fond, qui sera dès lors tranchée ci-après. En effet, l'irrecevabilité visée aux dispositions invoquées par la commune de Mersch n'est pas l'irrecevabilité du recours contentieux dirigé contre une décision de ne pas retenir ou d'écarter une offre, mais implique tout simplement que le soumissionnaire, qui a soumis son offre sans signaler les ambiguïtés, erreurs ou omissions qu'il critique dans le délai imparti, n'est plus recevable à invoquer un tel moyen par après* »⁽¹⁹⁸⁾. Et le tribunal de juger le recours recevable. Ainsi, les critiques juridiques formulées à l'appui d'une décision d'adjudication sur le fondement de l'article 21 du Règlement de 2009 ne visent que le fond du litige et ne sauraient être invoquées pour contester la recevabilité du recours.

Au fond, la requérante estimait que l'exigence posée par le cahier des charges pour des carreaux de carrelage d'un format de 15 x 15 cm n'était pas justifiée. En réponse, la commune de Mersch se plaça à nouveau sur le terrain de l'article 21 du Règlement de 2009. Le Tribunal administratif retint cependant que « *les critiques de la demanderesse, qui portent exclusivement sur le bien-fondé de certaines exigences posées par le cahier des charges, dont la clarté n'est par ailleurs pas remise en cause, n'ont pas trait à des ambiguïtés, erreurs ou omissions au sens de l'article 21 du [Règlement de 2009], qui auraient dû être signalées, sous peine d'irrecevabilité de cette contestation* »⁽¹⁹⁹⁾. Dès lors, il rejeta les moyens de la commune sur cette base.

¹⁹⁷ T. adm., 11 mai 2011, n° 27036.

¹⁹⁸ T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

¹⁹⁹ T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

Toutefois, le tribunal releva que, suivant le principe de l'estoppel auquel il semble désormais décidément attaché ⁽²⁰⁰⁾, la société requérante ne pouvait plus « remettre en question le bien-fondé et la légalité de la condition du cahier des charges que les carreaux de carrelages destinés aux murs et aux sols doivent provenir du même fabricant ». A titre superfétatoire, le tribunal releva enfin qu'il n'avait objectivement pas décelé « d'éléments indiquant que le pouvoir adjudicateur, en imposant la condition litigieuse, ait dépassé sa marge d'appréciation, le choix de cette exigence étant justifié essentiellement par des considérations objectives d'ordre architectural et conceptuel, d'une part, et par des considérations pragmatiques d'entretien, d'autre part ». A cet égard, « la seule exigence que les carrelages proviennent d'un même producteur, qui n'est d'ailleurs pas interdite par le [Règlement de 2009], n'est pas discriminatoire en soi, chaque soumissionnaire ayant a priori la possibilité de s'approvisionner auprès du même fabricant, et n'est pas de nature à fausser le jeu de la concurrence » ⁽²⁰¹⁾. Or, l'offre de la requérante fut rejetée « sur la considération qu'elle a offert deux produits provenant de fabricants différents pour les positions 3.1 et 4.1 du cahier des charges (...) bien que ces dispositions exigent expressément que les carrelages offerts pour ces deux positions doivent provenir du même producteur ». Son offre n'était donc pas conforme « par rapport à l'exigence que les carrelages destinés aux sols et aux murs proviennent du même fabricant » ⁽²⁰²⁾.

Mais surtout, les juridictions administratives ont considéré que l'article 21 du Règlement de 2009 n'avait pas pour objet ni pour effet d'empêcher toute contestation par rapport à la légalité d'un cahier des charges. Ainsi, dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, le Tribunal administratif jugea ainsi que « l'article 21 (...), n'est en tout état de cause pas de nature à couvrir une éventuelle disposition illégale figurant au cahier des charges, cette disposition visant en effet expressément des "ambiguïtés, erreurs ou omissions" » ⁽²⁰³⁾, au sens défini par la jurisprudence constante.

De même, dans l'affaire au fond portant sur les Travaux de fonçage à Luxembourg, « la demanderesse [reprochait] à certaines exigences du cahier des charges d'être discriminatoires pour avoir été confectionnées sur mesure d'un seul produit : elle allègue de ce fait l'illégalité du cahier des charges qui ne saurait être couverte par l'irrecevabilité prévue par l'article 21, ce dernier trouvant à s'appliquer, comme exposé ci-devant, lorsque des erreurs matérielles - au sens large du terme - affectent la rédaction de certaines dispositions du cahier des charges. Il s'ensuit que la légalité du cahier des charges doit encore pouvoir être vérifiée par le juge administratif²⁰⁴, et ce indépendamment du fait que le soumissionnaire ait auparavant signalé l'illégalité alléguée ou non » ⁽²⁰⁵⁾. Et le tribunal de juger que « les conditions fixées par le cahier des charges affectant a priori la situation d'un nombre indéfini de soumissionnaires potentiels par des dispositions générales et impersonnelles s'appliquant à des personnes non individuellement désignées, il y a lieu de retenir qu'il rentre sous cet aspect dans la définition de l'acte à caractère réglementaire²⁰⁶. Or aux termes de l'article 95 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Il s'en

²⁰⁰ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm. 22 déc. 2008, n° 24177.

²⁰¹ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm. 22 déc. 2008, n° 24177.

²⁰² T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

²⁰³ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p. 79, n° 78 et 179. Sur cette motivation constante, v. aussi T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

²⁰⁴ Voir en ce sens notamment C. adm., 18 mars 1999, n° 10944C.

²⁰⁵ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

²⁰⁶ C. adm. 18 mars 1999, n° 10944C.

suit qu'il appartient au tribunal d'examiner si le cahier des charges invoqué à la base des décisions litigieuses est, ou n'est pas, contraire à la loi, c'est-à-dire en l'espèce s'il est ou non discriminatoire » ⁽²⁰⁷⁾.

En d'autres termes, l'article 21 du Règlement de 2009 ne fait obstacle qu'au contrôle des éventuelles ambiguïtés, erreurs ou omissions qui n'auraient pas été signalées dans le délai de forclusion de sept jours avant la date limite de dépôt des offres. En revanche, le candidat ou le soumissionnaire évincé est toujours recevable à exciper, à l'appui de son recours en annulation, l'illégalité de toute disposition du cahier des charges, y inclus les critères de sélection ou d'attribution qui lui paraîtraient discriminatoires ou, plus généralement, contraires à la loi ⁽²⁰⁸⁾.

4. La vérification des critères de sélection dans chef de l'opérateur économique

Une fois que le cahier des charges est porté à la connaissance des soumissionnaires ou des candidats et qu'il a fait l'objet, le cas échéant, de très hypothétiques corrections pour pallier les éventuelles ambiguïtés, erreurs ou omissions qu'il pouvait contenir, chaque opérateur économique prépare son offre et veille à la déposer dans le délai fixé au cahier des charges ⁽²⁰⁹⁾. Puis, après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur éventuellement assisté d'un expert ou d'un bureau d'études ⁽²¹⁰⁾, procède à l'analyse des offres en vérifiant d'abord le respect des critères de sélection puis en mettant en œuvre les critères d'attribution du marché, le tout sous le contrôle du juge administratif.

a. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'examiner d'abord les critères de sélection

Cette obligation d'examiner les critères de sélection avant de mettre en œuvre ceux permettant l'attribution du marché s'est rencontrée dans l'affaire déjà évoquée des Travaux d'entretien de la chaussée à Grevenmacher, où le soumissionnaire évincé estimait qu'il était « *le moins disant, de sorte qu'[il] aurait dû remporter le marché, sans que la non-conformité de son offre ne puisse lui être reproché* » ⁽²¹¹⁾. Le Tribunal administratif rappela que « *le pouvoir adjudicateur [doit] d'abord, dans une première phase, examiner la recevabilité ou le mérite d'une offre soumise dans le cadre d'une mise en adjudication publique, avant de prendre la décision d'attribution d'un marché public entre les divers soumissionnaires dont l'offre aura été déclarée recevable* ». Ce contrôle de conformité des offres s'effectue au vu des exigences formelles des articles 56 et suivants du Règlement de 2009 et des critères de sélection éventuellement choisis par le pouvoir adjudicateur, sans préjudice du respect des conditions résultant de l'article 2 du Règlement de 2009.

En l'espèce, l'offre du soumissionnaire comportait plusieurs positions qui n'étaient pas remplies. Or, aux termes de l'article 57 du Règlement de 2009, « *toutes les positions du bordereau doivent être remplies, elles ne peuvent ni être barrées, ni contenir le terme « néant », ni le chiffre zéro (0,-), à moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement et sans préjudice des dispositions des articles 25 à 29 concernant les variantes et les solutions techniques alternatives* ». Et en vertu de l'article 59, « *les offres non conformes à cette disposition ne seront pas prises en considération* ». En appel, la Cour administrative

²⁰⁷ T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

²⁰⁸ V., par exemple, T. adm., 26 mai 2014, n° 32374 ; T. adm. 22 déc. 2008, n° 24177.

²⁰⁹ Sur le respect du délai de remise des offres, v. *supra*.

²¹⁰ V., par exemple, T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579.

²¹¹ T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988. Pour un exemple de contestation (infructueuse) de la délégation donnée à un bureau d'études par le pouvoir adjudicateur pour l'instruction des offres, v. T. adm., 9 janv. 2017, n°37304.

a d'ailleurs confirmé cette analyse de manière lapidaire en jugeant que la société n'avait « *pas respecté l'article 57 du [Règlement de 2009] en ce qu'il exige précisément que « toutes les positions du bordereau doivent être remplies », étant par ailleurs précisé que loin d'en disposer autrement, le cahier spécial des charges réitère (...) expressément l'obligation légale afférente, de même qu'il relève qu'un manquement à cette exigence constituera une non-conformité de l'offre. Il s'ensuit que rien que de ce fait l'offre de la société (...) pouvait légalement être considérée comme n'étant pas conforme et partant écartée* » ⁽²¹²⁾.

Partant, c'est « *à bon droit que le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas prendre en considération l'offre [du soumissionnaire évincé], (...) la question du caractère moins disant de [son] offre n'étant, au vu de cette non-conformité éliminatoire, plus pertinente* » ⁽²¹³⁾. Aussi, ne pouvait-il pas utilement s'emparer du fait que son offre était la moins-disante pour prétendre qu'il aurait dû remporter le marché, puisque les non-conformités de son offre le disqualifiaient pour la phase ultérieure de classement des offres, suivant les critères d'adjudication choisis par le pouvoir adjudicateur dans les documents de marché. Cette même solution fut appliquée dans l'affaire des travaux de chapes de l'Université où la Cour administrative rejeta le moyen de la société évincée qui, nonobstant la non-conformité de son offre, prétendait à se voir attribuer le marché litigieux au motif qu'elle aurait présenté l'offre au plus bas prix ⁽²¹⁴⁾.

Après avoir rappelé que « *les procédures de soumissions opèrent par phases successives, dont d'abord une phase préliminaire de vérification de la conformité des offres aux conditions du cahier des charges et seulement par la suite une phase de sélection des offres conformes* », la Cour administrative a jugé à son tour que « *par le fait même d'avoir été reconnue non-conforme, l'offre de l'appelante a été éliminée dès la phase préliminaire et elle ne saurait plus être prise en considération au stade de la sélection des offres – conformes –. Cette vision des choses n'est en rien ébranlée par la mise en balance des dispositions communautaires, desquelles il ne saurait être dégagé qu'une offre non-conforme puisse néanmoins entrer en lice pour l'attribution d'un marché* » ⁽²¹⁵⁾.

Dans l'affaire des Installations électriques et de détection incendie à l'école primaire de Luxembourg, la société soumissionnaire dont l'offre avait été rejetée soutenait de la même façon qu'à partir du moment où elle était la moins-disante lors de l'ouverture des soumissions, elle aurait dû remporter le marché, sans que la non-conformité de son offre ne puisse lui être reproché. Mais le Tribunal administratif considéra que, ce faisant, la requérante « *confond[ait] les conditions d'attribution d'un marché avec les conditions de sélection, le pouvoir adjudicateur devant d'abord, dans une première phase, examiner la recevabilité ou le mérite d'une offre soumise dans le cadre d'une mise en adjudication publique, avant de prendre la décision d'attribution d'un marché public entre les divers soumissionnaires dont l'offre aura été déclarée recevable* » ⁽²¹⁶⁾.

Et le tribunal de poursuivre : « *l'article 71 du [Règlement de 2009] impose au pouvoir adjudicateur d'examiner et de vérifier les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, notamment quant au bien-fondé des prix et quant à l'exactitude des calculs, ledit article précisant encore que les offres qui ne satisfont pas aux*

²¹² C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C.

²¹³ T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988.

²¹⁴ C. adm., 4 déc. 2012, n° 31316C.

²¹⁵ C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C.

²¹⁶ T. adm., 17 juin 2013, n° 30754.

conditions du cahier spécial des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées, l'article 59 précisant que les offres non conformes aux articles 56, 57 et 58 du [Règlement de 2009] ne sont pas prises en considération et l'article 85 de ce règlement précisant encore que le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus ».

« Ce n'est qu'après ce contrôle de conformité des offres - tant formel au vu des exigences des articles 56 et suivants, qu'au fond, au vu notamment des critères de participation - que le pouvoir adjudicateur procédera, conformément à l'article 79 du [Règlement de 2009], à un premier classement basé sur les prix des offres conformes, l'article 11 de la [Loi de 2009 précisant] que la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse respectivement de l'offre au prix le plus bas ne s'effectue que par rapport aux offres régulières, l'offre régulière y étant définie comme « toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges »⁽²¹⁷⁾.

« En d'autres termes, une offre non conforme aura été éliminée avant même que le pouvoir adjudicateur ne prenne en compte les différents prix offerts et ne procède au classement des différentes offres conformes ; de ce point de vue, l'argumentation de la partie demanderesse tendant à vouloir opposer à une décision ayant écarté son offre pour non-conformité le fait qu'elle était la moins disante n'est pas pertinente, l'offre non-conforme de la demanderesse ayant été éliminée à un stade antérieur à celui de l'examen des prix et l'offre non-conforme de la demanderesse n'ayant plus à être prise en considération pour le classement prévu à l'article 79 du [Règlement de 2009] »⁽²¹⁸⁾.

En l'espèce, la requérante évincée proposait une sirène émettant un son d'une intensité maximale de 85 dB alors que le cahier des charges exigeait que le matériel à fournir soit d'une intensité minimale de 87 dB. Par ailleurs, le cahier des charges exigeait, pour une autre position, que le produit à fournir soit doté d'une intensité de 3 ampères, tandis que la requérante offrait un produit d'une intensité de 2 ampères. Ainsi, les non-conformités avancées par la Ville de Luxembourg se trouvaient vérifiées. Dans ce contexte, la société évincée ne saurait utilement s'emparer du principe de proportionnalité pour soutenir que « les non-conformités techniques constatées ne concerneraient que 6 produits d'une valeur totale [représentant] moins de 3 % de la valeur du marché », de sorte qu'elles ne sauraient justifier le rejet de son offre.

En effet, la formulation impérative de l'article 71 du Règlement de 2009 ne confère pas une faculté au pouvoir adjudicataire pour éliminer une offre en cas de constat de sa non-conformité mais lui donne, au contraire, une compétence liée en vertu de laquelle l'offre non conforme « est éliminée », excluant ainsi tout pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur et tout risque de distorsion de concurrence et d'inégalité entre les soumissionnaires, conformément à l'article 4 de la Loi de 2009 imposant qu'ils fassent

²¹⁷

T. adm., 17 juin 2013, n° 30754. V. avec exactement la même motivation, T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837.

²¹⁸

T. adm., 17 juin 2013, n° 30754. Dans le même sens, T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988, confirmé par C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C. V. aussi C. adm., 25 avr. 2017, n° 38943C.

l'objet d'un traitement identique ⁽²¹⁹⁾. Au surplus, et s'agissant d'équipements de sécurité devant être installés dans une école, l'appréciation éventuelle de la proportionnalité de la décision attaquée ne saurait se réduire à une seule comparaison arithmétique de la valeur financière des équipements offerts par les différents soumissionnaires, mais implique « *la prise en considération de l'éventuelle moins-value en termes de sécurité (...): or, en l'espèce, (...) les déficits techniques constatés se traduisent par des équipements offerts moins performants et fiables* » ⁽²²⁰⁾.

Dans l'affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice, la soumissionnaire évincée fit plaider que l'offre de l'adjudicataire n'était pas conforme. Après avoir rejeté le moyen d'irrecevabilité soulevé par l'Etat, tiré de ce qu'il s'agirait d'un moyen nouveau non invoqué dans le mémoire introductif d'instance, alors que la société requérante n'avait pas eu « *connaissance de la situation administrative exacte se trouvant à la base des décisions attaquées* » ⁽²²¹⁾ puisque les pièces sur base desquelles elle articulait ce moyen ne lui avaient été communiquées qu'après le dépôt de son recours, le Tribunal administratif considéra toutefois que les clauses contractuelles particulières du marché en question prévoyaient, à titre seulement indicatif, la quantité de tubes de cuivre qui serait nécessaire pour la réalisation des travaux projetés. Le pouvoir adjudicateur n'avait, par conséquent, pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, en n'écartant pas l'offre de la société concurrente pour avoir proposé une quantité de cuivre inférieure à celle prévue à titre indicatif dans les documents du marché.

Dans l'affaire des Travaux de construction d'un bâtiment scolaire pour la Commune de Mersch, le tribunal reprit sa motivation standard sur la portée de l'article 71 du Règlement de 2009, pour en arriver à la conclusion qu'en l'espèce et « *malgré l'exigence posée par les clauses 3.1 et 4.1 du cahier des charges, [la requérante dont l'offre avait été écarté pour non-conformité] a offert, pour les deux positions, des carreaux de carrelage provenant de deux producteurs différents, n'ayant de surcroît pas des dimensions identiques bien que le cahier des charges requiert un format de 15 x 15 cm pour les deux types de carreaux* » et que la possibilité de variantes était exclue. Et le Tribunal administratif d'en déduire « *que le collège des bourgmestre et échevins a a priori valablement pu retenir que l'offre n'est pas conforme aux exigences posées par le cahier des charges, et cela en conformité avec l'article 71 du [Règlement de 2009]* » ⁽²²²⁾. Ensuite, le tribunal confirma cette première analyse en jugeant que cette exigence du cahier des charges, critiquée par la requérante, était justifiée.

b. Les vérifications portant sur la personne même de l'opérateur économique

i. Le dépôt d'une offre par un prétendu faux opérateur économique

Dans l'affaire de la soumission publique pour la mise à disposition de personnel et de matériel pour l'entretien des dépendances et plantations faisant partie du patrimoine du Fonds Kirchberg (ci-après l'affaire des « **Travaux de paysagiste pour le Fonds du Kirchberg** »), une société dont l'offre avait été rejetée pour ne pas être économiquement la plus avantageuse critiquait la décision du Fonds d'Urbanisation et d'Aménagement du Plateau du Kirchberg dont le choix s'était porté sur son concurrent. Elle estimait, en effet, que l'adjudicataire en question n'aurait pas pu

²¹⁹ V. aussi, avec cette motivation standard, T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221 ; T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059. V. aussi T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632.

²²⁰ T. adm., 17 juin 2013, n° 30754. Dans le même sens, T. adm. 24 oct. 2011, n° 26988, confirmé par C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C. V. encore T. adm., 26 nov. 2014, n° 31299.

²²¹ T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579.

²²² T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

être considéré comme un opérateur économique au sens de l'article 2 de la Loi de 2009, tel qu'interprété par les juridictions administratives (²²³), dans la mesure où 90% des parts sociales de cette société seraient détenues par une association sans but lucratif, de sorte que ce serait, en définitive, l'association qui aurait soumissionné. Toutefois, le Tribunal administratif constata que l'offre avait été déposée par une société commerciale, dotée de la personnalité juridique, avec un objet social lui permettant d'exercer les activités faisant l'objet du marché, ayant les autorisations ministérielles afférentes. Ce faisant, l'adjudicataire pouvait bel et bien être regardé comme un opérateur économique, « *l'origine de son capital social étant à cet égard indifférent* » (²²⁴). Si la motivation du jugement ne permet pas au lecteur de formuler de plus amples commentaires sur l'affaire sous examen, le moyen relatif à la détention du capital social de l'opérateur économique n'est, dans son principe, manifestement pas vain, notamment dans des hypothèses, déjà rencontrées, où le pouvoir adjudicateur est le bénéficiaire économique de l'adjudicataire. Une possible réforme de la législation sur les marchés publics pourrait donc exiger plus de transparence quant à la détention du capital social de l'adjudicataire, car tous les soupçons de favoritisme ne peuvent pas être écartés lorsque, par exemple, l'Etat est actionnaire de la société qui se voit adjuger le marché par un pouvoir adjudicateur qui n'est autre que l'Etat.

ii. *Le dépôt de l'offre par quelqu'un ne pouvant pas engager l'opérateur économique*

Dans l'affaire de soumission publique relative à des travaux de menuiserie extérieure pour l'extension de la maison-relais de Mondorf-les-Bains (ci-après l'affaire des « **Travaux de menuiserie de la maison-relais à Mondorf-les-Bains** »), le collège des bourgmestre et échevins avait écarté l'offre déposée par l'une des sociétés soumissionnaires, au motif que cette offre avait été déposée par une personne n'ayant pas l'habilitation à représenter cette société. A cet égard, le tribunal constata, au vu « *des pièces versées en cause et plus particulièrement des statuts de la société demanderesse tels que publiés au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations, du 6 septembre 2008, confirmé par l'extrait afférent du Registre de commerce et des sociétés produit par la même société, que la [requérante], pouvait, à la date de la signature et du dépôt de son offre, être valablement engagée par la signature de l'administrateur-délégué ou par la signature conjointe de l'administrateur-délégué et d'un administrateur* ». Toutefois, à cette date, le signataire de l'offre et des bordereaux annexés « *était simple administrateur* », de sorte que la société « *n'était pas valablement engagée par la seule signature de [cet] administrateur* ».

Dans ce contexte, le tribunal rappela les dispositions de l'article 51 du Règlement de 2009, aux termes desquelles l'offre doit notamment contenir la signature du soumissionnaire, défini encore en l'espèce par le bordereau de soumission comme étant « *l'opérateur économique* ». En d'en conclure, sur base de l'article 59 du Règlement que « *l'absence de signature valable sur le bordereau de soumission, équivalant à une absence de signature dudit bordereau par le soumissionnaire, disqualifie d'office l'offre présentée, celle-ci n'engageant en effet pas l'opérateur*

²²³ C. adm., 2 déc. 2008, n^{os} 24491C et 24425C

²²⁴ T. adm., 18 mai 2015, n^o 34135.

économique »⁽²²⁵⁾. A cet égard, ni les statuts de la société ni l'article 53 (4) de la Loi de 1915 ne pouvaient pallier cette irrégularité, la procuration prétendument donnée par la société à son administrateur n'étant pas opposable aux tiers.

Au-delà d'un simple formalisme, la signature valable sur le bordereau de soumission constitue, selon le tribunal, une « *nécessité impérieuse* ». Et de poursuivre : « *En effet, il est impératif que le pouvoir adjudicateur ait la certitude, avant de retenir une offre, et a fortiori d'écarter les offres concurrentes, que le soumissionnaire retenu se soit effectivement valablement engagé, la nécessité d'une bonne gestion des travaux faisant l'objet de la procédure de soumission publique s'opposant à ce que la mise en œuvre et l'exécution de l'offre retenue se heurtent à des obstacles, telle que le besoin d'une clarification de la validité de l'offre retenue, retardant l'exécution des travaux, voire exigeant une nouvelle soumission publique, sinon le recours à un autre soumissionnaire, précédemment écarté. (...) C'est dans cette optique que l'article 51 (1) c) du [Règlement de 2009] exige également la présence d'une formule d'engagement du soumissionnaire, par lequel celui-ci s'engage à exécuter les travaux et fournitures conformément au dossier des soumissions et à son offre : or, 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* »⁽²²⁶⁾.

Consécutivement, et à partir du moment où le signataire de l'offre n'était pas seul habilité à représenter la société soumissionnaire, l'obligation, prévue à l'article 224 du Règlement de 2009, de production d'un extrait du casier judiciaire s'applique nécessairement aux représentants légaux de l'opérateur économique, lorsqu'il est une personne morale. Le casier judiciaire de l'administrateur était donc insuffisant pour satisfaire à cette obligation, à défaut d'extrait du casier judiciaire de l'administrateur-délégué. Une telle carence ne pouvait pas faire l'objet d'une quelconque régularisation sur base des articles 232 à 239 du Règlement de 2009, puisqu'il ne s'agissait pas de justifier des données d'ores et déjà communiquées au pouvoir adjudicateur, mais de fournir des documents qui, purement et simplement, faisaient défaut.

Dans ce contexte, et au vu des dispositions impératives de l'article 59 du Règlement de 2009, la Ville de Mondorf-les-Bains ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation et devait rejeter l'offre de la requérante, en raison de sa non-conformité⁽²²⁷⁾. Le tribunal considérait donc que la commune avait, en la matière, une compétence liée sur la mise en œuvre de laquelle il devait exercer un contrôle normal, celui de l'erreur de qualification juridique des faits.

Toutefois, ce jugement fut réformé en appel par la Cour administrative qui ne suivit pas l'argumentation de l'administration communale selon laquelle la procuration donnée par les gérants techniques et administratif de la société « *aurait été implicitement mais nécessairement révoquée par la société (...) au moment de sa transformation de société à responsabilité limitée en société anonyme en date du 29*

225 T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594.

226 T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594.

227 T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594.

juillet 2008, étant donné que la transformation d'une société en une autre forme de société n'entraîne pas la création d'une nouvelle entité juridique. Tous les actes pris par une société avant sa transformation continuent donc, en principe, de poursuivre leurs effets, ce qui inclut les délégations de pouvoir, tant qu'elles n'ont pas été révoquées. Or, dans la mesure où la société (...) se prévaut actuellement de cette procuration pour prouver la validité de la signature de l'offre de soumission publique par son mandataire, elle ne saurait être considérée comme révoquée ». Même si elle « n'a pas fait l'objet des formalités de publicité adéquate (...), il n'en demeure pas moins que cette procuration existe et qu'elle démontre que le signataire de l'offre avait pouvoir pour engager la société (...) dans le cadre de la soumission publique litigieuse » ⁽²²⁸⁾.

Dès lors, la cour examina le point de savoir si, avant d'écarter l'offre du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur aurait dû interroger le soumissionnaire à ce sujet, lorsqu'il s'est penché sur les pouvoirs de signature des administrateurs. En effet, « le fait d'interroger la société (...) sur les pouvoirs du signataire de l'offre et la réponse de celle-ci n'auraient changé l'offre d'aucune façon, ni n'auraient-ils eu une incidence sur le principe de l'égalité des soumissionnaires ou sur la décision finale ». En l'absence de disposition légale ou réglementaire en ce sens, cela eût néanmoins été d'une « bonne administration » que d'inviter la société à justifier du pouvoir de son administrateur pour engager celle-ci, « ce d'autant plus que l'offre de la société (...) était a priori la moins disante » ⁽²²⁹⁾. Et la cour de conclure que « le doute que l'administration communale de Mondorf-les-Bains a pu avoir quant aux pouvoirs [d'un seul administrateur] 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 ». Partant, elle annula les décisions déferées du collège des bourgmestre et échevins, ce qui est particulièrement exceptionnel pour être souligné.

c. Les vérifications portant sur les compétences de l'opérateur économique

A partir du moment où le pouvoir adjudicateur est en droit de déterminer les critères lui permettant de s'assurer de la capacité financière et des compétences techniques, économiques et professionnelles du soumissionnaire ou du candidat qui se verra attribuer le marché, il est normal que ce dernier ait, de son côté, l'obligation de fournir les données susceptibles de démontrer que son offre remplit les conditions requises, afin que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de les vérifier.

A cet égard, plusieurs dispositions du Règlement de 2009, et plus particulièrement les articles 60, 227, 231 et 240, organisent la fourniture des renseignements permettant au pouvoir adjudicateur de contrôler le respect des critères de sélection. Le point commun de ces articles est qu'un opérateur économique ayant fourni certaines données, peut en prouver la réalité, en complétant et en précisant non pas ces données elles-mêmes, mais les documents établissant les données fournies. Aussi, le soumissionnaire ou le candidat qui ne fournit pas, lors du dépôt de son offre, les données établissant qu'il satisfait aux critères de sélection, ne peut-il pas se prévaloir du régime établi par ces dispositions ⁽²³⁰⁾.

²²⁸ C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C.

²²⁹ C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C.

²³⁰ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

Dans l'affaire des Travaux pour la centrale d'eau glacée, la soumissionnaire évincée reprocha au pouvoir adjudicateur de ne pas lui avoir réclamé d'informations pertinentes. Or, en dehors des erreurs arithmétiques, les offres ne peuvent plus être modifiées et « *le défaut constaté de ne pas fournir les données exigées n'est pas susceptible d'être régularisé* »⁽²³¹⁾, sous peine de méconnaître le principe de l'immutabilité de l'offre après l'ouverture des soumissions, principe inscrit aux articles 62 et 75 du Règlement de 2009⁽²³²⁾ et le principe d'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques⁽²³³⁾.

De la même façon, le Tribunal administratif jugea, dans une affaire portant sur des travaux de rénovation d'une mairie, que « *le pouvoir adjudicateur, compte tenu de l'indication par la société [requérante] d'un chiffre d'affaires inférieur au chiffre d'affaires minimal requis en tant que condition de participation, n'était pas tenu de demander des précisions et informations complémentaires au soumissionnaire, la même conclusion s'imposant d'ailleurs en ce qui concerne les effectifs de personnel insuffisants* »⁽²³⁴⁾. Et le tribunal confirma la décision de rejet de l'offre déposée.

Dans la seconde affaire du Système de communications aéroportuaires, la société évincée contestait que sa concurrente ait pu présenter les quatre références prévues au cahier des charges comme critère de sélection qualitative. Après avoir rappelé les dispositions des articles 232 à 239 du Règlement de 2009, le tribunal constata que l'adjudicataire avait bel et bien versé les certificats demandés et rejeta l'argument de leur non-conformité à une norme européenne en la matière, puisque « *le pouvoir adjudicateur [n'avait] indiqué, au-delà de l'exigence de l'indication d'une liste des références, aucun critère selon lequel il apprécierait les références fournies afin d'évaluer in fine la qualité de l'offre* ». Pour le surplus, l'Etat n'aurait pas pu imposer une telle norme, « *sous peine de discriminer les soumissionnaires ayant uniquement installé des systèmes AMHS en dehors de l'Union européenne* », ce qui serait contraire à l'article 4 de la Loi de 2009. « *En effet, la législation en matière de marchés publics interdit (...) toute forme de discrimination indirecte dans l'exécution du marché par la mention dans les cahiers spéciaux des charges de spécifications à ce point précises qu'elles conduisent à privilégier un produit ou une firme déterminés, ceci dans le but évident de garantir l'efficacité de la dépense publique* »⁽²³⁵⁾. Et le tribunal écarta le moyen de la société requérante.

Dans l'affaire des Travaux de paysagiste pour le Fonds du Kirchberg, la société dont l'offre avait été écartée, faute d'avoir remis l'offre économiquement la plus avantageuse, soutenait que le recours à des personnes embauchées sous contrat d'initiation à l'emploi (ci-après « **CIE** ») ne permettait pas à l'adjudicataire de remplir les conditions d'expérience professionnelle requises au cahier des charges, car les personnes à embaucher suivant de tels contrats étaient actuellement sans emploi. Le tribunal administratif releva toutefois que le cahier des charges n'imposait pas une telle exigence d'expérience professionnelle

²³¹ T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059. Dans le même sens. C. adm., 12 mai 2011, n° 27702C.

²³² T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221. Dans le même sens, T. adm., 26 nov. 2014, n° 31299, jugeant que l'éventualité d'une « *modification ex post de l'offre contrevient au principe de l'immutabilité des offres après l'ouverture des soumissions tel que consacré par les articles 62 et 75 du [Règlement de 2009]* ». V. aussi T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594 à propos du reproche fait au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir attiré l'attention du soumissionnaire sur les irrégularités substantielles affectant son offre, reproche qui se heurte au principe d'immutabilité de l'offre.

²³³ En ce sens, T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633, confirmé par C. adm., 12 mai 2011, n° 27702C.

²³⁴ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633. A propos de l'article 240 du Règlement de 2009, v. aussi T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632.

²³⁵ T. adm., 15 juill. 2013, n° 30934. Dans le même sens, C. adm., 15 juill. 2010, n° 26698C.

minimum s'agissant de la mise à disposition, par le soumissionnaire, d'un ou plusieurs manœuvres. Dès lors, le moyen tiré du non-respect de certaines dispositions du cahier des charges n'était pas fondé ⁽²³⁶⁾.

Dans l'affaire des Travaux de peinture pour la Maison des Générations à Schiffange, le soumissionnaire évincé demanda l'annulation de la décision du collège des bourgmestre et échevins rejetant son offre et adjugeant le marché à un concurrent. Le tribunal valida cependant les décisions déferées au motif que l'article 1.9 des clauses contractuelles générales du dossier de soumission imposait une communication de l'habilitation à exercer la profession soit directement avec l'offre afférente, soit dans un délai de 15 jours après que le pouvoir adjudicateur en fait la demande. Après avoir déposé son offre le 1^{er} février 2011, la société requérante s'était vue adresser, le 17 février 2011, une demande de communication de toute une série de documents et justificatifs. Le 7 mars 2011, elle en transmettait un certain nombre en faisant savoir que l'autorisation d'établissement faisait défaut. Elle ne l'a finalement fait parvenir à l'administration communale qu'en date du 21 avril 2011, et ce dans le cadre de sa réclamation contre la décision de rejet de son offre du 11 avril 2011.

N'ayant pas fourni le document sollicité dans le délai imparti, le Tribunal administratif a jugé, eu égard à l'article 71 du Règlement de 2009 prévoyant explicitement que « *les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier spécial des charges (...) sont éliminées* », le collège des bourgmestre et échevins avait à bon droit écarté l'offre de la requérante « *comme n'étant pas conforme aux stipulations du cahier des charges* ». Au demeurant, le rejet de son offre était également justifié au regard des dispositions de l'article 82 du Règlement de 2009 prévoyant le rejet de l'offre lorsque le soumissionnaire n'a pas répondu à la demande du pouvoir adjudicateur dans le délai imparti, ce qui était le cas en l'espèce. Enfin, et à titre superfétatoire, l'offre de la requérante n'était pas conforme au cahier des charges prévoyant des dispositions particulières relatives aux sociétés fraîchement constituées, c'est-à-dire dont la date d'établissement remonte à moins de cinq ans. En effet, la société soumissionnaire n'avait « *versé aucun certificat relatif à des travaux qu'elle aurait mené à bonne fin, de sorte que conformément aux articles 59, 71 et 85 du [Règlement de 2009], [de sorte que] le collège des bourgmestre et échevins a valablement pu écarter l'offre de la demanderesse comme n'étant pas conforme au cahier spécial des charges et comme n'ayant pas rapporté la preuve de compétence et d'expérience suffisantes pour garantir une bonne exécution des prestations dans les délais prévus* » ⁽²³⁷⁾.

Dans l'affaire au fond des Travaux de fonçage à Luxembourg, le soumissionnaire évincé contestait que le pouvoir adjudicateur ait sollicité une attestation complémentaire de la part du soumissionnaire auquel le marché allait finalement être adjugé. Sur base de l'article 240 du Règlement de 2009, le tribunal rappela que le soumissionnaire est, en principe, « *tenu de fournir notamment certaines données relatives à ses capacités techniques et professionnelles et que lesdites données doivent être « justifiées », c'est-à-dire prouvées, de différentes manières* ». Le tribunal admit toutefois que « *lorsque lesdites preuves ne sont pas disponibles, le pouvoir adjudicateur peut admettre d'autres modes de preuve et lorsque les preuves ne sont pas suffisamment explicites, probantes, le pouvoir adjudicateur peut exiger un complément de preuve* » ⁽²³⁸⁾. Dès lors, l'administration communale avait, à bon

²³⁶ T. adm., 18 mai 2015, n° 34215.

²³⁷ T. adm., 7 mai 2012, n° 28265.

²³⁸ T. adm., 11 mai 2011, n° 27036.

droit, pu demander au soumissionnaire concerné de compléter son dossier en lui adressant un certificat attestant de l'achèvement des travaux dont il entendait se prévaloir à titre de références.

Ainsi, les juridictions administratives sont-elles amenées à exercer un contrôle normal sur la mise en œuvre, par le pouvoir adjudicateur, de sa compétence liée, l'obligeant à rejeter des offres de soumissionnaires qui ne satisfont pas aux critères de sélection ou qui ne sont pas en mesure de fournir les justifications de leurs compétences dans le délai prévu au cahier des charges. Dans de tels cas, l'offre est et doit être écartée parce qu'elle n'est pas conforme.

Une telle solution s'applique également lorsque le soumissionnaire ou le candidat qui a déposé son offre, entend s'adjoindre les services d'un autre opérateur économique pour exécuter le marché public. Cette situation se retrouve, par exemple, lorsque l'offre a été déposée par un entrepreneur général. Dans l'affaire de la Construction de la nouvelle centrale énergétique à Gasperich, le Tribunal administratif releva ainsi que, selon les stipulations claires du cahier des charges, « *la transport et le déchargement des produits issus des travaux de la dépollution ne sauraient dès lors être considérés comme n'étant constitutifs que d'une prestation annexe aux travaux de dépollution proprement dits, mais doivent être considérés comme relevant de l'exécution du contrat principal* »⁽²³⁹⁾. Or, la société dont l'offre avait été rejetée ne disposait pas des autorisations requises pour transporter des substances dangereuses aux décharges, de sorte qu'elle aurait nécessairement dû avoir recours à un sous-traitant pour être en mesure d'exécuter les travaux de dépollution. Cependant, l'offre déposée par la société ne prévoyait pas de sous-traitant pour cette activité qui faisait partie intégrante du marché.

Si, comme le jugea le tribunal, l'absence de production d'un pré-contrat avec un sous-traitant ne saurait, en soi, justifier le rejet de l'offre d'un soumissionnaire, il n'en demeure pas moins que l'article 10 (3) du Règlement de 2009 impose à l'entrepreneur d'indiquer, lors de la remise de son offre, le nom des sous-traitants auxquels il pourra effectivement avoir recours pour la réalisation de telle ou telle prestation déterminée, et il ne saurait se contenter de mentions floues, consistant en une simple éventualité, de s'attacher les services de tel ou tel opérateur économique. Faute, pour la soumissionnaire évincée, d'avoir clairement indiqué le nom des sous-traitants auxquels elle allait avoir recours, c'est à bon droit que la ville a rejeté son offre, sans que le tribunal ait eu besoin d'analyser plus en avant les autres moyens invoqués à l'appui du recours en annulation.

Dans l'affaire relative au marché public désigné « Tunnel Grouft, Objet : Lot 7B Technique générale-Serrurerie » (ci-après l'affaire des « **Travaux de serrurerie du Tunnel Grouft** »), l'association momentanée évincée soutint que l'entreprise adjudicataire ne disposait pas d'une autorisation d'établissement lui permettant d'effectuer les travaux exigés en l'espèce et qu'elle ne serait pas autorisée à sous-traiter les travaux à un artisan qui disposerait des autorisations requises. Or, après s'être livré de manière extensive à l'analyse de la nature des travaux faisant l'objet du marché et de l'étendue des autorisations d'établissement

T. adm., 16 déc. 2013, n° 31520. V. aussi C. adm., 25 avr. 2017, n° 38943C où la soumissionnaire évincée n'avait pas fourni les références de la société à laquelle elle comptait avoir recours et qu'elle présentait successivement comme son fournisseur, puis comme son sous-traitant. Dans cette même affaire, le tribunal a considéré que le non-respect par le pouvoir adjudicateur du délai de 15 jours prévu à l'article 86 du Règlement de 2009 et devant être laissé au soumissionnaire pour fournir les renseignements complémentaires, n'était pas de nature à entraîner *ipso facto* l'annulation de la décision déferée. Le tribunal considère ainsi que la formalité concernée ne revêt pas un caractère substantiel.

dont disposait l'adjudicataire, le Tribunal administratif considéra, à l'inverse de ce qu'avait estimé la Commission des Soumissions dont l'avis n'est pas liant, que l'adjudicataire « *ne disposait pas des autorisations nécessaires à effectuer la majorité des travaux (...) litigieux* »⁽²⁴⁰⁾. Or, cette société ne pouvait pas non plus se prévaloir de l'exécution des travaux par la société allemande à laquelle elle entendait sous-traiter une partie des travaux, car la part respective des travaux qui allaient être exécutés par l'adjudicataire et sa prétendue sous-traitante faisait de cette dernière l'entreprise générale et non un sous-traitant, et ceci en violation des stipulations du cahier des charges prévoyant qu'un maximum de 20% des travaux offerts en soumission pourrait être confié à un sous-traitant. Et le tribunal d'annuler, ce qui est suffisamment rare pour être signalé, la décision du ministre du Développement durable et des Infrastructures portant attribution du marché public concerné à l'adjudicataire ainsi que la décision corrélative de ne pas attribuer le même marché à l'association momentanée requérante. C'était toutefois sans compter sur la possibilité pour la Cour administrative de réformer un tel jugement et de conforter le pouvoir adjudicateur dans sa décision initiale. C'est précisément ce que fit la cour dans un arrêt du 3 octobre 2013 où elle considéra que « *dès lors que le marché comporte des prestations complexes ou d'envergure pour lesquelles il peut être raisonnablement entendu que l'adjudicataire ne les exécute pas seul dans leur intégralité, il faut mais il suffit que l'adjudicataire et son sous-traitant disposent de la ou des autorisations d'établissement requises pour les parcelles respectives du marché par eux respectivement exécutées. Corrélativement, du moment que le sous-traitant dispose d'une autorisation d'établissement pour la parcelle du marché par lui précisément exécutée, il n'est pas exigé que l'adjudicataire en dispose lui-même* »⁽²⁴¹⁾. En l'espèce, la société évincée disposait, pour la part prépondérante du marché, des autorisations ministérielles d'établissement pour les professions d'électricien et de mécanicien en mécanique générale, mais elle n'avait pas celle pour le métier de serrurier. En revanche, elle pouvait valablement sous-traiter cette partie accessoire du marché à une autre société qui, elle, disposait de l'autorisation d'établissement pertinente.

Dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, le collège des bourgmestre et échevins avait attribué le marché à un des soumissionnaires qui ne disposait pas lui-même d'une autorisation ministérielle d'établissement pour l'exécution des travaux en cause, à savoir des travaux d'« *installateur chauffage-sanitaire-frigoriste* », mais qui entendait se prévaloir de l'habilitation professionnelle de son sous-traitant. Se fondant sur les articles 2, 56 et suivants, 85, 226 et 227 du Règlement de 2009 et sur l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1991 sur la sous-traitance, le Tribunal administratif avait alors annulé la décision d'adjudication, en considérant que « *la condition de l'habilitation professionnelle doit être vérifiée dans le chef de chaque soumissionnaire, et, lorsque celui-ci a recours à un sous-traitant, également dans le chef de ce dernier, pour la part du marché qu'il est appelé à exécuter. (...). Un entrepreneur général ne saurait, dans le cadre de la sous-traitance, assumer la responsabilité pour les travaux sous-traités s'il ne dispose pas d'abord lui-même de l'habilitation professionnelle pour les réaliser, habilitation qui fournit en effet la preuve d'un certain niveau de compétence* »⁽²⁴²⁾.

Cette analyse fut là encore contredite par la Cour administrative avec la même motivation que celle à laquelle elle avait eu recours dans son arrêt précité du 3 octobre 2013. Et de

²⁴⁰ T. adm. 25 févr. 2013, n° 28970.

²⁴¹ C. adm., 3 oct. 2013, n° 32268C.

²⁴² T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550.

poursuivre, dans l'affaire d'appel sur les Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich qu'« *un groupement ou une association d'entreprises qui soumet une offre collective peut (...) prétendre à faire apprécier sa capacité technique, financière et économique non pas dans le chef de chacun de ses membres pris individuellement, mais d'une manière consolidée, chaque membre bénéficiant ainsi de la capacité des autres. Les personnes candidates à la participation d'une soumission ont la possibilité de se prévaloir de leurs sous-traitants en vue d'établir qu'elles satisfont aux conditions économique, financière et technique de participation à une procédure de passation. Cette solution est valable pour tous marchés publics, qu'ils soient de travaux, de fournitures ou de services* »⁽²⁴³⁾. C'est donc par une lecture erronée des paragraphes 1^{er} et 4 de l'article 2 du Règlement de 2009 qu'à tort « *les premiers juges ont retenu qu'un entrepreneur général ou principal ne saurait, dans le cadre de la sous-traitance, assumer la responsabilité pour les travaux sous-traités s'il ne dispose pas d'abord lui-même de l'habilitation professionnelle pour les réaliser* »⁽²⁴⁴⁾.

A ce stade, la Cour administrative dut se livrer, tant dans l'affaire des Travaux de serrurerie du Tunnel Grouft que dans celle des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, à une analyse supplémentaire dans la mesure où le bordereau de soumission prévoyait qu'une éventuelle sous-traitance par l'entrepreneur général devrait être limitée à un montant de 20% des prestations figurant dans son autorisation d'établissement. Mais cette disposition ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce puisque la soumissionnaire n'avait sous-traité aucune des prestations figurant dans sa propre autorisation d'établissement. Et la cour de conclure que c'était à tort que le Tribunal administratif avait annulé, dans un cas, l'arrêté ministériel, dans l'autre, la délibération du collège échevinal ayant attribué le marché à sa concurrente et ayant rejeté l'offre de l'intimée.

La vérification des critères de sélection se pose également lorsque deux ou plusieurs opérateurs économiques entendent s'appuyer sur les compétences des uns et des autres pour fournir les prestations faisant l'objet de la procédure de passation. Dans ce cas, ils peuvent déposer une offre commune au nom de l'association momentanée qu'ils ont formée. Dans l'affaire des Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie, le Tribunal administratif releva que, bien que les documents annexés à l'offre déposée fussent tous relatifs à l'une des deux sociétés composant l'association momentanée, ils étaient également accompagnés d'une « *formule d'engagement solidaire en cas d'association momentanée, remplie et cosignée par les [deux sociétés] et qui identifie la société [requérante] en tant que mandataire de l'offre déposée, ladite formule ayant été remplie en conformité avec l'article 2 (2) du [Règlement de 2009]* »⁽²⁴⁵⁾. Il résultait également du dossier de soumission déposé par l'une des sociétés que l'offre contenait un listing établi par l'autre société et se référait aux différentes positions de ce bordereau et comportait une analyse de prix complète.

Le Tribunal administratif considéra, en conséquence, que « *l'offre émanait explicitement de l'association momentanée formée par les [deux sociétés] encore qu'elle n'ait été formellement déposée que par le mandataire de cette association, mais encore que le pouvoir adjudicateur, au vu de l'engagement solidaire figurant au dossier, ne pouvait ignorer l'existence de cette association momentanée* ».

²⁴³ C. adm., 25 févr. 2014, n° 31770C : V. aussi C. adm., 12 mai 2011, n° 27702C.

²⁴⁴ C. adm., 25 févr. 2014, n° 31770C.

²⁴⁵ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

Puis, le Tribunal administratif résuma l'état de la jurisprudence communautaire, admettant largement la possibilité pour un soumissionnaire de se prévaloir des capacités respectives professionnelles, techniques, économiques et financières d'organismes ou d'entreprises auxquels il est lié par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, à condition toutefois d'établir qu'il ait effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché⁽²⁴⁶⁾. Le tribunal en déduisit logiquement que « *l'association momentanée [était] en droit de se prévaloir des capacités respectives professionnelles, techniques, économiques et financières des deux sociétés la composant (...). Cette conclusion est d'ailleurs corroborée par le libellé explicite de l'article 229 du [Règlement de 2009] qui admet qu'un groupement d'opérateurs économiques puisse faire valoir les capacités économiques et financières des participants au groupement ou d'autres entités. Dans cette optique, c'est à tort que le pouvoir adjudicateur s'est limité à ne retenir que le seul chiffre d'affaires de la société [requérante]* »⁽²⁴⁷⁾. Cependant, la Cour administrative ne partagea pas cette conclusion des premiers juges, à savoir que la décision déférée serait viciée au motif que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas apprécié la capacité financière non pas dans le chef de chacune des entités du groupe prise individuellement, mais d'une manière consolidée, de sorte que chaque membre du groupe bénéficie en principe de la capacité de l'autre. Ce n'est toutefois pas la consolidation même des éléments d'appréciation de la capacité financière des soumissionnaires que la Cour administrative contesta, mais seulement le grief fait à la commune par le Tribunal administratif de ne pas s'être fondée sur les capacités financières des membres de l'association momentanée. Pour la cour, « *l'association momentanée avait tout simplement omis d'indiquer dans son dossier de soumission la moindre information quant aux capacités financières [d'une des deux sociétés]* ». Or, les informations afférentes qui relèvent des conditions minimales de participation « *doivent obligatoirement faire partie intégrante de l'offre présentée et il ne saurait être admis qu'elles soient communiquées seulement après la prise de la décision ou que le soumissionnaire attende que le pouvoir adjudicateur les lui réclame* ». Sous ce seul aspect, le rejet de l'offre de l'association momentanée par l'administration communale était donc « *motivé et justifié à suffisance de droit par le défaut de justification du respect des exigences minimales quant à la capacité financière du soumissionnaire* »⁽²⁴⁸⁾, sans qu'il soit besoin de procéder à une quelconque substitution de motifs.

De son côté, le Tribunal administratif avait jugé qu'« *une décision administrative fondée sur des motifs entachés d'une erreur de droit ou d'une inexactitude matérielle n'est pas à annuler si elle se justifie par d'autres motifs conformes à la loi, même non invoqués par l'administration* ». Dans ce cas, il appartient à la juridiction administrative de procéder à une substitution de motifs⁽²⁴⁹⁾, s'il se dégage par ailleurs des faits soumis au tribunal que la décision déférée pouvait être légalement prise sur base d'autres motifs. En appel, la Cour administrative n'a pas remis en cause cette façon de procéder, mais a seulement considéré qu'il n'y avait pas lieu d'en faire application puisque la décision était légalement justifiée.

²⁴⁶ CJCE, 14 avril 1994, Ballast Nedam Groep, aff. C-389/92, Rec. 1994 p. I-1289, not. point 18 ; CJCE, 2 déc. 1999, Holst Italia SpA, aff. C-176/98, Rec. 1999 p. I-8607 ; CJCE, 12 juill. 2001, Ordine degli Architetti, C-399/98, Rec. 2001 p. I-5409 ; CJCE, 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom, C-314/01, Rec. 2004 p. I-2549 et CJCE, 18 nov. 2004, Commission CE c/ Allemagne, C-126/03, Rec. 2004 p. I-11197.

²⁴⁷ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

²⁴⁸ C. adm, 12 mai 2011, n° 27702C.

²⁴⁹ T. adm. 10 janv. 1997, n° 9755.

Or, le tribunal avait constaté que l'autre société n'avait « *pas fourni de données relatives à son chiffre d'affaires, de sorte que le pouvoir adjudicateur a à bon droit basé sa décision sur les seules données disponibles, à savoir le chiffre d'affaires de la seule [requérante]* » ⁽²⁵⁰⁾. Celle-ci n'avait pas non plus fourni d'informations relatives à l'effectif de l'autre société, ce qui ne permettait pas de vérifier qu'ensemble les deux sociétés satisfaisaient au critère de sélection requérant un effectif d'au moins 50 personnes. C'est donc à bon droit que le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision sur les seules données disponibles.

Dans ce contexte, les sociétés requérantes s'emparèrent des articles 60, 231 et 240 du Règlement de 2009 pour en déduire que l'administration communale aurait dû leur laisser la chance de compléter leur offre conjointe. Le Tribunal administratif considéra toutefois que les dispositions invoquées avaient pour objet de permettre aux soumissionnaires de justifier des données de leurs offres, mais non pas de compléter un dossier de soumission pour lequel certaines données n'ont tout simplement pas été fournies *ab initio*. Les articles en question du Règlement de 2009 n'avaient donc pas vocation à s'appliquer en l'espèce.

Pour le surplus, le tribunal releva que les données manquantes ne s'inscrivaient pas dans le cadre de la fourniture de données techniques ou économiques et susceptibles de faire l'objet d'une demande de renseignement, le tout au sens de l'article 60 du Règlement de 2009, mais qu'elles relevaient des conditions minimales de participation telles qu'inscrites à l'article 2.1.18 des clauses contractuelles particulières et qui revêtent un caractère non pas indicatif mais bel et bien impératif, « *pour donner l'assurance au pouvoir adjudicateur que l'expérience et les capacités techniques du soumissionnaire suffisent pour garantir la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question* » ⁽²⁵¹⁾.

Or, en attestant de la disponibilité de 20 personnes provenant uniquement d'une des deux sociétés formant l'association momentanée, cette dernière ne remplissait pas la condition posée de disposer d'un effectif minimum en personnel de 50 personnes. De même, le chiffre d'affaires communiqué par cette même société était inférieur au chiffre d'affaires minimal requis en tant que condition de participation.

Et, comme indiqué ci-avant, les données manquantes sur le chiffre d'affaires et l'effectif du personnel de l'autre société n'étaient pas susceptibles d'être comblées par une demande de renseignement complémentaire au sens de l'article 60 du Règlement de 2009. « *Bien au contraire, exiger du pouvoir adjudicateur qu'il prenne l'initiative de permettre à un soumissionnaire déterminé, en-dehors du cadre strict des articles 60, 231 et 240 du [Règlement de 2009], de rectifier son dossier en ce qui concerne le respect des conditions minima de participation, constituerait non seulement une violation du principe selon lequel les offres une fois déposées ne peuvent plus être modifiées, hormis des erreurs arithmétiques, pareil principe découlant notamment des articles 75 et 77 du [Règlement de 2009], mais encore une violation du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires* » ⁽²⁵²⁾, tel que prévu à l'article 4 de la Loi de 2009 et invoqué par les requérantes. Il en résulte que la décision de l'administration communale était, par substitution de motifs, parfaitement légale.

²⁵⁰ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

²⁵¹ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633. Avec la même formulation, v. T. adm., 11 mai 2011, n° 27036 ; T. adm., 26 mai 2014, n° 32374. Dans le même sens, v. aussi T. adm. 27 mars 2006, n° 20383.

²⁵² T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

Dans cette même affaire des Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie, le Tribunal administratif releva à titre superfétatoire qu'en application des articles 2, 85 et 226 combinés du Règlement de 2009, tous les membres d'une association momentanée doivent remplir les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, pour que le choix du pouvoir adjudicateur puisse, le cas échéant, se porter sur eux. Or, s'agissant d'une offre déposée par une association momentanée, le respect de ces conditions légales s'apprécie pour chaque membre de l'association, alors que les conditions relatives à la capacité économique, financière, technique et professionnelle s'apprécient globalement pour l'association momentanée. Or, seule une des deux sociétés composant l'association momentanée avait versé les pièces attestant de son habilitation professionnelle, l'offre aurait dû être rejetée.

Enfin, la vérification des critères de sélection peut s'opérer en incluant les capacités financières et les compétences techniques, professionnelles ou économiques de la maison-mère de l'opérateur économique qui a déposé son offre. Ainsi, dans l'affaire du marché public relatif aux services de surveillance statique à l'agence pour le Développement de l'Emploi, la directrice de l'agence avait-elle écarté l'offre d'une des sociétés soumissionnaires, faute pour elle d'avoir satisfait aux critères de capacité technique énoncés au cahier des charges. Dans le cadre de son recours, la société évincée s'empara de l'article 234 du Règlement de 2009 qui lui permettait de se prévaloir des capacités personnelles augmentées de celles de sa maison-mère. En l'occurrence, elle se proposait de recourir aux agents de gardiennage de sa maison-mère. Le Tribunal administratif, confirmé sur ce point par la Cour administrative, considéra que cette disposition permettait à un opérateur économique de se prévaloir des capacités techniques de sa maison-mère, de sorte que les stipulations du cahier des charges imposant que les services à prestés soient effectués par du personnel directement lié par contrat à durée déterminée à l'adjudicataire étaient illégales et ne pouvaient justifier le rejet de l'offre sur cette base ⁽²⁵³⁾. Néanmoins, le tribunal constata qu'aucun des agents susceptibles d'être mis à la disposition du pouvoir adjudicateur pour l'exécution du marché ne disposait de l'agrément individuel du ministre de la Justice luxembourgeois. Or, non seulement ce critère de sélection était prévu au cahier de charges, mais reposait également sur la loi du 12 novembre 2002 relative aux activités de gardiennage et de surveillance, laquelle avait vocation à s'appliquer aux activités privées de gardiennage exercées au Luxembourg. De plus, la condition d'un agrément ministériel était conforme à l'objectif poursuivi par le pouvoir adjudicateur consistant à assurer un minimum de garanties quant à la qualification des personnes chargées de ces missions et à délimiter leur champ d'activité notamment par rapport à la police. Enfin, le critère posé dans le cahier des charges n'instituait pas de discrimination fondée sur la nationalité des agents de surveillance, puisque la loi précitée du 12 novembre 2002 n'est pas soumise à une condition de nationalité. En conséquence, le Tribunal administratif considéra que le pouvoir adjudicateur avait, à bon droit, écarté l'offre de la requérante qui ne respectait pas le critère des capacités techniques prévu au cahier des charges, en ne disposant pas de l'effectif minimum d'agents agréés par le ministère de la Justice pour pouvoir assurer l'exécution du marché concerné ⁽²⁵⁴⁾. Cependant, la cour infirma le jugement sur cette question de l'agrément ministériel et qui serait légalement requis s'agissant d'un marché public régi par la loi luxembourgeoise. La Cour administrative

²⁵³

T. adm., 23 févr. 2015, n° 33821, confirmé sur ce point par C. adm., 14 juill. 2015, n° 36034C.

²⁵⁴

T. adm., 23 févr. 2015, n° 33821.

rappela à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ⁽²⁵⁵⁾ que « *la condition selon laquelle les membres du personnel d'une entreprise de sécurité privée doivent obtenir une nouvelle autorisation spécifique dans l'Etat membre d'accueil constitue une restriction non justifiée à la libre prestation de services de cette entreprise au sens de l'article 49 TCE dans la mesure où elle ne tient pas compte des contrôles et des vérifications déjà effectués dans l'Etat membre d'origine* » ⁽²⁵⁶⁾. La Cour administrative en conclut que l'exigence d'un agrément ministériel « *ne saurait s'entendre comme visant l'agrément du seul ministre de la Justice luxembourgeoise, mais [qu']il faut également prendre en compte le fait que les agents mis à dispositions par la maison mère belge (...) bénéficient déjà dans leur pays d'origine d'un agrément afférent des autorités belges. Admettre le contraire reviendrait en effet à méconnaître les principes fondamentaux du droit communautaire tels que la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services* » ⁽²⁵⁷⁾. En conséquence, la cour jugea que l'appelante justifiait des capacités techniques nécessaires pour exécuter le marché public en question et que c'était à tort que l'ADEM avait rejeté son offre sur ce motif. Partant, la Cour administrative annula les décisions déferées, solution suffisamment rare pour être relevée.

Enfin, il n'est pas inutile de préciser qu'un opérateur économique qui ne respecterait pas les critères de sélection fixés au cahier des charges, voit son offre écartée, sans qu'il puisse valablement tirer argument de la conformité de son offre. Plus encore, le tribunal administratif a jugé, dans l'affaire des Travaux de paysagiste pour le Fonds du Kirchberg, qu'à partir du moment où « *l'offre de la société [soumissionnaire] a été valablement écartée par le Fonds Belval à un stade nécessairement antérieur, sa demande tendant à voir annuler l'adjudication subséquente du marché à son concurrent (...) doit (...) être rejetée pour être non pertinente* » ⁽²⁵⁸⁾.

Après la vérification des critères de sélection dans le chef des opérateurs économiques, intervient la question de la mise en œuvre des critères d'attribution. A ce stade, c'est donc l'offre en elle-même qui fait l'objet d'un examen par le pouvoir adjudicateur.

5. La vérification des critères de sélection dans chef de l'opérateur économique

a. La vérification de la conformité des offres

Dans l'affaire des Services pour le portail guichet.lu, le tribunal administratif rappela qu'en tant que juge de la légalité des critères d'attribution du marché, il est amené à « *vérifier (...) si le pouvoir adjudicateur a pu dans les marges de son pouvoir d'appréciation exiger tant les compétences informatiques que les connaissances linguistiques litigieuses. En revanche, il n'appartient pas au tribunal en l'espèce de trancher la question de l'utilité effective et finale de ces conditions, un tel choix ne relevant pas du contrôle du juge de la légalité, puisque relevant d'une question d'opportunité technique dont le choix appartient à l'autorité adjudicatrice et maître d'ouvrage* » ⁽²⁵⁹⁾. En l'espèce, le Centre de Technologie et de l'Information de l'Etat avait besoin de personnel maîtrisant à la fois les langues française,

²⁵⁵ CJCE, 9 mars 2000, Comm. /Belgique, aff. C-355/98, Rec. 2000 p. I-1221 ; CJCE, 13 déc. 2007, Comm. /Italie, aff. C-465/05, Rec. 2007 p. I-11091.

²⁵⁶ C. adm., 14 juill. 2015, n° 36034C.

²⁵⁷ C. adm., 14 juill. 2015, n° 36034C.

²⁵⁸ T. adm., 12 mai 2014, n° 32343. Avec la même motivation T. adm., 26 mai 2014, n° 32374, rajoutant que « *l'échec du recours contre la décision d'écartement de l'offre de la société ... fait obstacle à ce qu'elle puisse utilement prétendre être affectée par la décision subséquente attribuant le marché à un de ses concurrents, en l'occurrence la société ... de sorte que sa demande à l'encontre de la décision d'adjudication doit être déclarée inopérante au fond* ». En ce sens, en ce sens C. adm., 5 nov. 2013, n° 32339C.

²⁵⁹ T. adm., 26 mai 2014, n° 32374.

allemande et luxembourgeoise pour l'élaboration de la version allégée du portail guichet.lu en langue luxembourgeoise. Aussi, la nature et le niveau des compétences linguistiques détenues par le personnel des soumissionnaires qui, souvent, constituent des critères de sélection, pouvaient valablement être érigés en critère d'attribution du marché.

Au-delà de la question du choix des critères d'attribution du marché, c'est plus souvent leur mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur qui est contesté. Dans l'affaire de Fourniture de briques de pavage pour le Fonds Belval, la société soumissionnaire avait présenté un échantillon de pavés d'une teinte distinctement plus claire que l'échantillon de référence. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur ne put que constater la non-conformité de son offre par rapport au cahier des charges, ce qui en justifiait le rejet dans son intégralité au regard de la formulation impérative de l'article 71 du Règlement de 2009 ⁽²⁶⁰⁾. Dans l'affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice, la soumissionnaire évincée fit plaider que l'offre de l'adjudicataire n'était pas conforme. Le Tribunal administratif considéra toutefois que les clauses contractuelles particulières du marché en question prévoyaient, à titre seulement indicatif, la quantité de tubes de cuivre qui seraient nécessaires pour la réalisation des travaux projetés. Le pouvoir adjudicateur n'avait donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, en n'écartant pas l'offre de la société concurrente pour avoir proposé une quantité de cuivre inférieure à celle prévue à titre indicatif dans les documents du marché ⁽²⁶¹⁾.

La non-conformité de l'offre peut également se poser lorsqu'un soumissionnaire pensait que des variantes étaient admises par les documents du marché. Tel fut, par exemple, le cas dans l'affaire de la Clôture de sécurité au centre pénitentiaire. Mais après avoir relevé qu'aux termes de l'article 1.8.6 des clauses contractuelles générales, « *Le pouvoir adjudicateur n'envisage pas différentes possibilités d'exécution* », le Tribunal administratif décida « *que des variantes techniques n'étant admises, c'est à juste titre et en application de l'article 26 du [Règlement de 2003] que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris en compte le concept technique alternatif offert par la société, et ce indépendamment de ses mérites éventuels en ce qui concerne la sécurité, la fiabilité et le prix* » ⁽²⁶²⁾. Et finalement de rejeter comme non fondé le recours du soumissionnaire évincé dont l'offre ne répondait pas aux prescriptions du cahier des charges et du bordereau. Cette même solution fut retenue dans l'affaire des Travaux de carrelages pour le Lycée Technique des Arts et Métiers, où la soumissionnaire évincée soutenait que le pouvoir adjudicateur « *n'aurait pas pris en compte son offre subsidiaire* ». Toutefois, un tel reproche se heurtait aux principes de l'immutabilité de l'offre et d'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques ⁽²⁶³⁾. Dans la mesure où l'offre de la soumissionnaire n'était pas conforme, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur l'avait rejetée.

Dans l'affaire des Travaux de construction de la Maison des Générations à Schifflange, une des sociétés évincées à l'issue de la procédure de passation forma un recours en annulation devant le Tribunal administratif, en soutenant que son offre portant sur des portes métalliques coupe-feu était conforme aux exigences du bordereau. Toutefois, tant le bureau d'architectes que le bureau de contrôle qui avaient assisté la commune dans

²⁶⁰ T. adm., 12 mai 2014, n° 32343. Dans ce sens, v. aussi T. adm. 31 janv. 2004, n° 17063, confirmé C. adm., 7 mars 2006, n° 19441C. Une solution identique fut adoptée par le tribunal dans l'affaire des Services pour le portail guichet.lu. A ce sujet v. T. adm., 26 mai 2014, n° 32374. V. aussi T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059 et T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632.

²⁶¹ T. adm., 11 mars 2013, n° 28881 et 29579.

²⁶² T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204.

²⁶³ T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221.

l'évaluation des différentes offres, avaient conclu à l'impossibilité de déterminer si l'offre de la requérante était bel ou bien conforme aux normes européennes en matière de coupe-fumée et de coupe-feu, sans pour autant exclure une telle conformité. Sur base des articles 71 et 163 du Règlement de 2003, le tribunal jugea qu'« *il appartient (...) au pouvoir adjudicateur, (...) de fixer les normes techniques par références à des normes européennes dans le cahier des charges et au soumissionnaire (...) de remettre une offre en tous points conforme aux normes techniques ainsi fixées* »⁽²⁶⁴⁾. L'article 71 du Règlement de 2003 prévoit toutefois que « *le pouvoir adjudicateur examine et vérifie les dossiers de soumission quant à leur conformité technique...* », disposition qui pourrait laisser supposer que le pouvoir adjudicateur doit rapporter la preuve de la non-conformité des offres déposées. Cependant, et suivant sa position traditionnelle sur la charge de la preuve incombant à tout administré qui entend contester la légalité d'un acte administratif bénéficiant du privilège du préalable⁽²⁶⁵⁾, le Tribunal administratif considéra que la société requérante « *[restait] en défaut, et ceci même lors de la procédure contentieuse, de rapporter la preuve de cette conformité aux exigences du cahier des charges* »⁽²⁶⁶⁾. Au passage, le Tribunal administratif estima qu'un certificat versé en cause et établi par le producteur-même des portes coupe-feu litigieuses « *ne saurait être considéré comme présentant l'objectivité nécessaire, [ni] apporter les garanties nécessaires quant à la conformité des portes litigieuses aux normes techniques européennes sur le coupe-fumée* »⁽²⁶⁷⁾.

Pour le surplus, et toujours dans cette affaire des Travaux de construction de la Maison des Générations à Schiffflange, la société évincée soutenait que « *les portes litigieuses ne représenteraient que 0,33% de la valeur totale du marché litigieux, de sorte à ne pas constituer une non-conformité substantielle susceptible de conduire au rejet de son offre* ». Mais le Tribunal administratif rejeta cet argument tiré de la faible valeur financière des portes par rapport au marché global, en rappelant à juste titre que « *tout critère d'attribution retenu dans un cahier des charges lie le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire que ledit pouvoir adjudicateur est obligé d'examiner toutes les offres par rapport à chacun des critères y énoncés et ne saurait ni ajouter d'autres critères ni dispenser un ou plusieurs des soumissionnaires desdits critères. Admettre le contraire et autoriser que le commettant ne respecte pas les règles du jeu qu'il a lui-même fixées impliquerait une mise en cause des règles de la concurrence loyale et de l'égalité des soumissionnaires. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que la non-conformité d'un seul des matériaux offerts à l'une des exigences du cahier des charges doit entraîner le rejet de l'offre dans son ensemble, et ce d'autant plus*

²⁶⁴ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567.

²⁶⁵ V., par ex. en matière de marchés publics, le Tribunal administratif jugea que « *les règles de preuve en matière administrative font porter l'essentiel du fardeau de la preuve sur le demandeur, lequel doit effectivement combattre et démentir le contenu et la légalité de l'acte administratif critiqué, lorsqu'il reproche à l'autorité administrative d'avoir détourné ou abusé de ses pouvoirs (...). Il incombe au demandeur de fournir les éléments concrets sur lesquels il se base à l'appui de sa demande, étant entendu que la légalité de la décision administrative régulièrement prise reste acquise jusqu'à l'établissement d'éléments de fait et de droit permettant au tribunal de prononcer son annulation ou sa réformation* », T. adm., 7 mars 2011, n° 26588, confirmé par C. adm., 20 oct. 2011, n° 28499C. A ce sujet, v. aussi T. adm., 20 juin 2005, n° 18790.

²⁶⁶ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567.

²⁶⁷ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567. A propos de la charge de la preuve, le Tribunal administratif a, dans la seconde affaire portant sur le Système de communications aéroportuaires, refusé de faire droit « *à la mesure d'instruction vaguement sollicitée par la partie demanderesse, une telle mesure s'apparentant non pas à une mesure destinée à rapporter la preuve d'un élément concrètement allégué, mais en une mesure exploratrice, destinée à rechercher, indépendamment des éléments du dossier, l'existence éventuelle de faits pouvant étayer la thèse de la partie demanderesse, basée sur une suspicion généralisée mais non étayée d'un quelconque élément concret* », la société évincée accusant en substance l'adjudicateur de se livrer à du « *dumping social* », sans prendre position de manière autrement précise et circonstanciée, T. adm., 15 juill. 2013, n° 30934. Dans le même sens, T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059 où le tribunal ne saurait ordonner « *une mesure d'instruction sur base de l'article 14 de la [Loi de 1999] (...) pour parer à une carence d'une partie dans l'agencement de la preuve qu'il lui incombe de rapporter* ».

lorsque comme en l'espèce la non-conformité a trait à des questions impérieuses de sécurité » ⁽²⁶⁸⁾.

Dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, le soumissionnaire écarté avait soutenu que le cahier des charges mélangeait critères d'attribution et critères de sélection, en retenant comme critère d'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse un critère intitulé « Références au Grand-Duché : liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années (...) ». Selon le soumissionnaire évincé, un tel critère ne constituerait cependant pas un critère d'attribution devant permettre d'apprécier la qualité intrinsèque des offres des différents soumissionnaires, mais un critère de sélection du marché, censé mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier l'aptitude d'une entreprise à exécuter le marché envisagé. Dans l'affaire en question, l'Etat ne contestait d'ailleurs pas cette analyse faite par le soumissionnaire évincé.

Le Tribunal administratif rappela que l'article 241 du Règlement de 2009 prévoit, de manière non limitative, certains critères pouvant être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors et eu égard au caractère exemplatif de cette liste de critères, le Tribunal administratif considéra que des références à des travaux ou à des prestations précédemment fournies par le soumissionnaire pouvaient parfaitement être prises en considération pour l'adjudication d'un marché, et constituer ainsi un critère d'attribution du marché (et non pas seulement un critère de sélection, comme le soutenait le soumissionnaire évincé). Le Tribunal administratif rappela toutefois que si les critères d'attribution peuvent être « *librement choisis par le pouvoir adjudicateur* », encore faut-il qu'ils soient « *justifiés par l'objet et la réalisation du marché* » ⁽²⁶⁹⁾ et que le pouvoir adjudicateur ait indiqué comment ces références seront évaluées et leur pondération relative pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse parmi les offres déposées ⁽²⁷⁰⁾. Sous ces conditions, une liste de références à des prestations effectuées antérieurement par le soumissionnaire et « *qui peut, a priori, témoigner de la qualité de l'offre de celui-ci et, partant, de l'offre économiquement la plus avantageuse* » ⁽²⁷¹⁾, peut parfaitement constituer un critère d'attribution du marché.

Mais le Tribunal administratif rappela également la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, citée à bon droit par la requérante, et plus particulièrement l'arrêt du 19 juin 2003 ayant retenu qu'« *une simple liste de références (...) qui comporte uniquement l'identité et le nombre de clients antérieurs des soumissionnaires, mais ne contient pas d'autres précisions relatives aux livraisons effectuées à ces clients ne fournit aucune indication permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (...) et ne saurait dès lors en aucun cas constituer un critère d'attribution du marché* » ⁽²⁷²⁾. Or, dans l'affaire des Travaux de sécurité au lycée technique, le ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle n'avait pas indiqué la façon dont « *il apprécierait les références fournies afin d'évaluer in fine la qualité de l'offre, de sorte qu'il y a lieu, à cet égard de suivre la partie demanderesse en ce que celle-ci a conclu à l'illégalité du critère appliqué en tant que critère d'attribution* » ⁽²⁷³⁾. Cette même conclusion fut

²⁶⁸ T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567 et la jurisprudence y citée.

²⁶⁹ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

²⁷⁰ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749 ; T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633. V. aussi article 89 du Règlement de 2009.

²⁷¹ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

²⁷² CJCE, 19 juin 2003, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) contre Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG). aff. C-315/01, Rec. 2003 p. I-6351, point 66.

²⁷³ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

également appliquée à la « *présentation du dossier, un tel critère, à défaut de toute précision, notamment en ce qui concerne son lien direct avec le marché, ne pouvant être retenu comme critère visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* »⁽²⁷⁴⁾.

Néanmoins, le Tribunal administratif a validé l'arrêté du ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle en considérant que même si celui-ci avait *de facto* dérogé aux critères d'attribution initialement choisis dans le cahier des charges pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'il avait, en définitive, uniquement appliqué le critère du prix le plus bas⁽²⁷⁵⁾, il n'en demeure pas moins que tous les soumissionnaires avaient été traités de la même manière selon le seul critère du prix, « *critère objectif, voire le plus objectif* »⁽²⁷⁶⁾. Ce faisant, « *le principe primordial de l'égalité de traitement entre soumissionnaires* » n'aurait pas été violé.

Une telle argumentation s'appuie sur l'article 241 du Règlement de 2009 qui, selon le Tribunal administratif, offre une option aux pouvoirs adjudicateurs pour attribuer les marchés publics à un soumissionnaire qui a déposé soit l'offre économiquement la plus avantageuse soit celui dont l'offre est au prix est le plus bas. Or, le tribunal a considéré qu'en dehors du prix, les autres critères qu'avait choisis le pouvoir adjudicateur étaient « *erronément* » désignés comme des critères d'attribution, alors qu'il s'agissait de critères de sélection. Dès lors, il ne subsistait que le prix comme critère d'attribution du marché. Faute pour le pouvoir adjudicateur de pouvoir départager les soumissionnaires sur base des critères d'attribution initialement choisis, le tribunal admit donc que son choix ait pu se porter sur l'offre la moins chère.

Ce faisant, le tribunal ne tira aucune conséquence sur la validité de l'appel d'offres initial qui indiquait pourtant d'autres critères d'attribution qui étaient supposés « *être justifiés par rapport à l'objet et à la réalisation du marché* »⁽²⁷⁷⁾. Il ne saurait toutefois être admis que le pouvoir adjudicateur puisse, en cours de procédure de passation, changer les critères d'attribution du marché, car cela pourrait le conduire à faire une première évaluation des offres sur base de différents critères d'attribution puis, après s'être rendu compte que cette évaluation ne conduit pas au résultat escompté, à opter pour l'offre la moins disante. Ce jugement paraît donc critiquable car le choix laissé, par l'article 241 du Règlement de 2009, au pouvoir adjudicateur entre l'offre la moins chère et celle économiquement la plus avantageuse, doit être effectué lors de l'engagement de la procédure de passation et non à l'issue de la phase de vérification des offres.

Enfin, la question de l'examen de la conformité des offres présente un aspect particulier dans le cadre des concours, dans la mesure où les candidats peuvent prétendre à une indemnisation pour leur participation auxdits concours. Dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet, la candidate évincée fit ainsi plaider que le jury aurait procédé à une « *délégation illégale de la décision au sujet de l'indemnisation pour la participation au concours, de sorte que la décision afférente du jury serait à annuler* »⁽²⁷⁸⁾.

²⁷⁴ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

²⁷⁵ Le tribunal releva que « *seul le critère du prix a manifestement été en l'espèce, de facto, utilisé en tant que critère d'attribution, les autres critères n'ayant en fait été utilisés qu'en tant que critères de sélection* » et que le pouvoir adjudicateur avait « *dérogé aux critères expressément (...) identifiés en tant que critères d'attribution* » T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633.

²⁷⁶ T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749.

²⁷⁷ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633, qui renvoie à T. adm., 27 mai 2002, n° 14018.

²⁷⁸ T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910.

En effet, elle considérait que le jury n'avait pas pris de décision, en laissant le soin à une autre autorité de se prononcer.

Or, l'offre de la candidate ayant été écartée pour avoir été remise tardivement, le jury n'avait pas à statuer sur son éventuelle indemnisation, étant précisé qu'en vertu règlement du concours, « *seuls les candidats sélectionnés ayant remis une offre en conformité avec le règlement perçoivent - automatiquement - une rémunération, sans que le jury ne dispose à ce titre d'un quelconque pouvoir d'appréciation ou de décision* ». Aussi, le jury n'avait pas compétence pour outrepasser les dispositions réglementaires et lui allouer une rémunération et, en ne se prononçant pas sur ce point, il délaissé cette prérogative à une autre autorité ⁽²⁷⁹⁾.

b. La vérification de l'exactitude du prix des offres

Dans l'affaire déjà citée des Travaux de paysagiste pour le Fonds du Kirchberg, la société évincée soutenait également qu'en ayant recours à des personnes embauchées sous CIE à un tarif se situant en dessous du salaire social minimum, l'adjudicataire aurait soumis une offre qui aurait dû être considérée comme « *dérisoire* » et qui, à ce titre, aurait dû être rejetée. Le Tribunal administratif ne suivit cependant pas ce raisonnement, en estimant que l'aide étatique en faveur de l'emploi des jeunes est accessible à tout employeur du secteur public ou privé. Partant, « *le tribunal ne saurait y déceler une quelconque forme de discrimination entre employeurs, ni a fortiori une distorsion de concurrence de ce chef* » ⁽²⁸⁰⁾.

Dans l'affaire des Travaux d'étanchéité du complexe scolaire de Nonnewisen, la société évincée reprochait à la Ville d'Esch-sur-Alzette d'avoir attribué le marché litigieux à sa concurrente dont l'offre était « *de 40% moins chère que l'offre suivante, ce qui aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à solliciter une analyse de prix afin de rechercher si le meilleur offrant n'avait pas présenté une offre anormalement basse* » ⁽²⁸¹⁾. Cependant, après avoir en rappelé les dispositions précises, le Tribunal administratif jugea que l'article 80 « *ne prévoit[t] aucune obligation dans le chef de l'adjudicateur lorsqu'il y a eu moins de 5 offres conformes* », configuration dont il était saisi. Par rapport au moyen avancé par la demanderesse et tiré du défaut d'analyse de prix, le tribunal aurait déjà pu, à ce seul stade, relever que la commune n'avait pas commis d'erreur de qualification juridique des faits, puisqu'au moins cinq offres étaient conformes.

Mais le tribunal releva, pour le surplus, que la Ville d'Esch-sur-Alzette avait « *fait procéder à une analyse des prix des positions pour lesquelles des écarts considérables par rapport à la moyenne avaient été constatés* », bien qu'elle n'y fût pas tenue par les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. A cet égard, « *le bureau d'architectes mandaté par le pouvoir adjudicateur [avait] conclu à ce que le marché pouvait être attribué à l'entreprise la moins-disante* », de sorte la ville avait « *valablement pu [lui] attribuer le marché litigieux (...) sans commettre une erreur manifeste d'appréciation* ». Le tribunal valida ainsi la décision prise par le pouvoir adjudicateur dans l'exercice de son pouvoir

²⁷⁹ Confirmé par C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C.

²⁸⁰ T. adm., 18 mai 2015, n° 34135. Pour le surplus, la requérante invoquait une violation de l'article 76 du Règlement de 2009 prévoyant que l'offre reposant sur un salaire dérisoire est écartée d'office. Toutefois, le tribunal considéra que l'article L. 543-19 du Code du travail fixe l'indemnité que doivent percevoir les bénéficiaires du CIE, de sorte que, d'une part, cette rémunération ne saurait être considérée comme étant inférieure au salaire minimum légal au sens des articles 32 et 76 du Règlement de 2009 et, d'autre part, que la société ne saurait être regardée comme ayant présenté une offre reposant sur des salaires dérisoires.

²⁸¹ T. adm., 7 mars 2011, n° 46588. Sur le caractère anormalement bas de l'offre, v. aussi T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837.

discrétionnaire, alors qu'aucun élément dont il disposait ne lui avait permis de s'écarter de l'avis du bureau d'architecture consulté.

Au passage, et face aux moyens du soumissionnaire évincé faisant grief à l'adjudicataire d'avoir bénéficié d'économie d'échelle par l'intermédiaire de son approvisionnement auprès de sa maison mère, le Tribunal administratif tint à rappeler qu'il ne lui appartenait pas « *de vérifier ex post l'existence ou non d'une pratique commerciale prohibée telle que la vente à perte* », mais seulement de contrôler « *la légalité et la régularité de la décision d'adjudication* »⁽²⁸²⁾ prise par le pouvoir adjudicateur. Saisie sur appel du soumissionnaire évincé, la Cour administrative confirma l'analyse des premiers juges sur ce point, en précisant, pour le surplus, qu'« *il n'appart[enait] pas au juge de l'annulation de substituer son appréciation à celle de l'administration... [sauf] si la marge d'appréciation de l'auteur de la décision a été dépassée* »⁽²⁸³⁾, vérification qui relève du contrôle des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Dans l'affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice, l'une des sociétés requérantes soutenait que le ministre du Développement durable et des Infrastructures avait commis une erreur de droit dans la mise en œuvre de l'article 71 du Règlement de 2009. Or, le Tribunal administratif considéra que cet « *article impose (...) au pouvoir adjudicateur de procéder à un examen de l'ensemble des offres qui lui ont été remises dans le cadre d'un marché public, examen englobant tant la conformité technique, que la valeur économique des offres en question, de sorte que le pouvoir adjudicateur doit vérifier non seulement le bien-fondé des prix, mais doit également veiller à ce que les calculs figurant dans le dossier de soumission ne soient pas entachés d'erreurs, l'article en question prévoyant encore la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de se faire assister par des experts, ce qu'il a fait en l'espèce* »⁽²⁸⁴⁾. Dans le cadre de ce contrôle des prix offerts par les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut, conformément à l'article 72 du Règlement de 2009, redresser une erreur arithmétique, consistant en une erreur d'addition ou de multiplication, c'est-à-dire un faux calcul. En revanche, une erreur matérielle qui résulte d'un défaut d'attention et qui n'est pas de nature à affecter la base des calculs nécessaires à la soumission, doit être rectifiée lorsqu'elle apparaît manifestement au moment de l'examen des offres⁽²⁸⁵⁾. Il appartient ensuite au Tribunal administratif de se « *prononcer sur la nature des erreurs ayant figuré dans l'offre* », afin de déterminer si le pouvoir adjudicateur avait ou non l'obligation de la redresser. En l'occurrence, le tribunal releva que le soumissionnaire avait « *commis une erreur d'inattention en multipliant les mauvaises colonnes entre elles, erreur s'analysant en erreur matérielle et ayant ainsi pu et même dû faire l'objet d'une simple rectification par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de sa mission de contrôle prévue à l'article 71* ». Consécutivement, et s'agissant d'une erreur matérielle, l'article 72 du Règlement de 2009, invoquées par la requérante, n'avaient pas à s'appliquer, puisque ces dispositions concernent la rectification des seules erreurs arithmétiques, dans les cas d'ouverture y prévus. Il en va de même de l'article 73 du Règlement de 2009 qui « *se trouve dans la suite directe et logique de l'article 72 traitant des différents modes de rectification des erreurs arithmétiques, l'article 73 prévoyant quant à lui les modalités formelles à respecter suite à une rectification intervenue dans le cadre de l'article 72* »⁽²⁸⁶⁾.

²⁸² T. adm., 7 mars 2011, n° 46588.

²⁸³ C. adm., 20 oct. 2011, n° 28499C.

²⁸⁴ T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579.

²⁸⁵ « *La rectification des erreurs matérielles manifestes n'est autre chose que la manifestation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui incombe au pouvoir adjudicateur* », T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579. V. aussi T. adm., 21 févr. 2001, n°12238.

²⁸⁶ T. adm., 11 mars 2013, n°s 28881 et 29579.

Or, à partir du moment où le tribunal venait tout juste de considérer que l'erreur commise par la requérante constituait une erreur matérielle et non pas une erreur arithmétique, l'article 73 du Règlement de 2009 n'avait pas non plus à s'appliquer. Au passage, le Tribunal administratif releva, à titre superfétatoire, que l'obligation d'information prévue à l'article 73 était libellée dans des termes obscurs, laissant planer une incertitude sur le point de savoir si cette disposition bénéficiait à l'ensemble des soumissionnaires ou, au contraire, si elle ne s'appliquait qu'au seul soumissionnaire qui s'est vu rectifier son offre. Il pourrait être judicieux de dissiper ces incertitudes à l'occasion de la transposition des directives de 2014 et de l'adoption du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

Enfin, et toujours dans cette même affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice, le Tribunal administratif considéra que la législation sur les marchés publics ne prévoit pas, hormis les cas prévus aux articles 100 à 118 du Règlement de 2009, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une modification des montants des offres postérieurement à la décision d'attribution du marché, dans la mesure où elle lui impose de contrôler les offres avant l'attribution du marché. En revanche, saisi d'un recours gracieux, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier si la décision ayant fait l'objet du recours a été fondée en fait et de reconsidérer le cas échéant sa décision initiale, de sorte que le pouvoir adjudicateur peut toujours rectifier les erreurs arithmétiques.

Dans l'affaire relative aux travaux d'installation de chauffage, de ventilation et de climatisation de l'immeuble IAK pour le Fonds de compensation commun au régime général de pension, une des sociétés soumissionnaires dont l'offre avait été rejetée reprochait au pouvoir adjudicateur d'avoir attribué le marché à un concurrent qui, selon elle, avait proposé un prix anormalement bas. Pour en arriver à cette conclusion, la requérante se fondait notamment sur l'offre, d'un montant nettement plus élevé, qu'avait initialement proposée sa concurrente dans le cadre d'une première soumission qui avait été annulée par le Fonds de compensation commun au régime général de pension. La société évincée estimait en conséquence que le pouvoir adjudicateur aurait dû procéder à une analyse de prix sur base des articles 71, 79 et 93 du Règlement 2009.

Dans ce contexte, le Tribunal administratif crut d'abord bon de rappeler que les deux seules dispositions en matière d'analyse des prix sont les articles 80 et 243 du Règlement de 2009, étant précisé que ce dernier est spécifiquement applicable aux marchés d'une certaine envergure et qu'en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali* ⁽²⁸⁷⁾, il avait seul vocation à régir un marché public dont la valeur estimée hors TVA est égale ou supérieure à 6.242.000 EUR ⁽²⁸⁸⁾. La procédure de l'article 243 est « *articulée en deux phases, à savoir une première phase relative à l'identification des offres susceptibles d'être anormalement basses, et une seconde phase, contradictoire, dans laquelle le pouvoir adjudicateur est appelé à apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat, et aux termes de cet examen, soit de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse, soit d'écarter l'offre en question pour être effectivement anormalement basse* ». En d'autres termes, l'analyse de prix ne s'impose au terme de la phase contradictoire que si une offre a été identifiée comme étant anormalement basse. Par conséquent, le tribunal rejeta le moyen fondé sur

²⁸⁷ Le tribunal s'est livré à l'analyse respective des deux dispositions, analyse qui l'a conduit à considérer qu'il existait une « *distinction fondamentale* » lui permettant de faire application du principe *lex specialis derogat legi generali*. V. aussi, dans le même sens, T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837, au sujet de la portée respective de l'article 80 et de l'article 243 du Règlement de 2009.

²⁸⁸ Article 21 de la Loi de 2009.

le non-respect de la procédure de passation et tiré du défaut d'analyse de prix. Néanmoins, le tribunal estima qu'« *il relève nécessairement d'une bonne administration et d'une bonne gestion des finances publiques que le pouvoir adjudicateur s'assure en tout état de cause de la viabilité de l'offre lui soumise, en différenciant une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle, et ce afin de se protéger d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité pourrait ne pas être assurée* »⁽²⁸⁹⁾. Pour arriver à cette conclusion du caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur peut s'aider de plusieurs indices, comme une sous-évaluation des prestations, un écart significatif entre le prix proposé entre un opérateur économique et ses concurrents, une différence importante entre le prix d'un candidat et l'estimation de l'administration. A cet égard, le tribunal releva que l'offre retenue s'insérait « *tant dans les prévisions du devis estimatif que dans la fourchette de prix offerts par ses plus proches concurrents* ». Par conséquent, le tribunal jugea que le Fonds de compensation commun au régime général de pension avait valablement pu écarter d'emblée tout soupçon de sous-évaluation sans commettre une erreur manifeste d'appréciation et partant sans procéder à une analyse des prix plus poussée⁽²⁹⁰⁾.

6. Le dépassement des délais d'adjudication

L'examen des offres remises par les opérateurs économiques peut prendre plus de délai que celui envisagé initialement par le pouvoir adjudicateur, notamment en raison de la complexité de ces offres ou des questions qu'ont pu soulever les soumissionnaires ou les candidats par rapport au libellé du cahier des charges. Aussi, certains opérateurs dont l'offre a été rejetée peuvent tenter de tirer argument du dépassement par le pouvoir adjudicateur du délai qu'il s'était fixé pour attribuer le marché.

Dans l'affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la Commune de Colmar-Berg, la société requérante qui contestait la décision de la commune de renoncer à la procédure de passation qu'elle avait engagée, s'empara aussi des dispositions de l'article 46 du Règlement de 2003, pour en conclure que le pouvoir adjudicateur aurait dû, dès le 5 mars 2009, lui attribuer le marché, puisque l'ouverture de la soumission et l'établissement du procès-verbal afférent auraient eu lieu le 5 janvier 2009. En effet, et partant du postulat que son offre était économiquement la plus avantageuse, la passation du marché aurait dû intervenir dans les deux mois, la décision du 25 juin 2009 d'annulation du marché aurait en tout état de cause dû intervenir avant le 5 mai 2009.

Le Tribunal administratif rejeta ce moyen en considérant d'abord que l'article 46 du Règlement de 2003 « *ne concerne (...) que l'hypothèse d'une adjudication, et non comme en l'espèce celle d'une annulation de la soumission* ». En outre, il releva que l'adverbe « *normalement* » utilisé à l'article 46 indiquait clairement que « *le délai en question ne constitue pas un délai de rigueur, mais un délai d'ordre, instauré en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'administration, et ceci afin d'accélérer l'action administrative* ». Et de conclure que le non-respect du délai de deux mois prévu par l'article 46 susmentionné « *a dès lors pour seule conséquence que le soumissionnaire doit se prononcer sur le maintien de son offre, maintien auquel il n'est plus tenu* », et ceci conformément aux dispositions de l'article 47 du même règlement. En somme, « *l'expiration du délai imparti au pouvoir adjudicateur et pendant lequel le soumissionnaire est engagé par son offre a uniquement pour effet de décharger le soumissionnaire de toute obligation, en ce sens qu'il n'est plus tenu d'accepter l'exécution du marché aux conditions indiquées originellement, mais non d'imposer au*

²⁸⁹ T. adm., 9 mars 2015, n° 31844. Pour une autre application de l'article 243 du Règlement de 2009, v. C. adm., 18 janv. 2018, n° 39548C.

²⁹⁰ T. adm., 9 mars 2015, n° 31844. Dans ce même contexte, et sur le caractère facultatif de la demande d'analyse de prix sur base de l'article 80 du règlement de 2009, v. aussi T. adm., 20 mars 2017, n° 37682.

pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché au soumissionnaire le mieux-disant » ⁽²⁹¹⁾. Là encore, cette solution a été reprise mot à mot dans l'affaire de Fourniture d'un fourgon d'incendie de la Commune de Kehlen ⁽²⁹²⁾. Dans l'affaire des Travaux d'agrandissement d'une école, la Cour administrative, saisie d'un recours en annulation de la décision d'annulation de la procédure de soumission au motif de « *l'écoulement du délai d'adjudication* » constitutif d'un usage excessif du pouvoir octroyé à l'autorité adjudicatrice, jugea pareillement « *qu'à défaut de fixation d'un délai légal de rigueur pour agir, la légalité de la décision d'annulation prise par le collège des bourgmestre et échevins (...) ne se trouve pas non plus viciée au regard du temps mis par le pouvoir adjudicateur pour ce faire* » ⁽²⁹³⁾.

7. L'octroi du sursis à exécution de la mesure

En complément de leur recours en annulation de décisions relatives à la passation d'un marché public, les opérateurs économiques sollicitent parfois le sursis à exécution des décisions déférées. Dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, le tribunal administratif jugea que « *dès lors qu'une mesure dont le sursis à exécution est demandé a d'ores et déjà été exécutée au moment où le tribunal est appelé à statuer, la demande en obtention de l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel a perdu son objet et elle doit être déclarée irrecevable. En effet, il n'y a pas lieu de faire droit à des conclusions à fin de sursis dès lors que la décision est déjà exécutée et que la mesure n'est plus susceptible de produire d'effet utile. En d'autres termes, même à admettre que l'exécution de la mesure incriminée ait été susceptible de causer au demandeur un préjudice grave et définitif, qu'il s'agissait de prévenir, ce préjudice est consommé par l'exécution de la mesure litigieuse, étant à ce sujet encore souligné que le juge administratif ne saurait suspendre l'exécution du contrat civil conclu suite à l'adjudication et actuellement en cours d'exécution* » ⁽²⁹⁴⁾.

Dans l'affaire des Travaux de construction d'un bâtiment scolaire pour la Commune de Mersch, la requérante réclamait encore l'effet suspensif du recours sur le fondement de l'article 35 de la Loi de 1999, disposition qui doit toutefois être lue ensemble avec l'article 45 de la même loi. Mais le tribunal jugea que « *l'effet suspensif du recours ne peut être ordonné que dans l'hypothèse d'un jugement tranchant le principal ou une partie du principal, ayant annulé ou réformé la décision. Or, dans la mesure où le tribunal a déclaré le recours non fondé, l'article 35 précité ne trouve pas application* » ⁽²⁹⁵⁾.

8. L'octroi d'une indemnité de procédure

Parfois, les juridictions administratives consentent à condamner la partie qui succombe au paiement d'une indemnité de procédure. C'est le cas lorsque le recours en annulation du requérant est rejeté et où le pouvoir adjudicateur, défendeur dans le cadre de la procédure contentieuse, se voit allouer une indemnité de procédure. Dans l'affaire des Installations électriques et de détection incendie à l'école primaire de Luxembourg, la Ville de Luxembourg réclamait l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.500.- euros. Le Tribunal administratif considéra qu'« *au vu des circonstances particulières du présent litige et notamment en raison de son issue et du fait que la Ville de Luxembourg a été obligée de se pourvoir en justice sous l'assistance d'un avocat, il serait inéquitable de laisser à charge de la Ville de Luxembourg l'intégralité des frais et*

²⁹¹ T. adm., 12 mai 2010, n° 25925. V. aussi M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération nationale de la Construction, Bruxelles, 1996, 6^{ème} éd., Tome 1A, p. 1115 et T. adm., 15 mars 2010, n° 25592.

²⁹² T. adm., 12 mai 2010, n°s 25932 et 25933.

²⁹³ C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C.

²⁹⁴ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p.79, n° 78 et 179.

²⁹⁵ T. adm., 16 mars 2016, n° 35736.

honoraires non compris dans les dépens. Compte tenu des éléments d'appréciation en possession du tribunal, des devoirs et degré de difficulté de l'affaire ainsi que du montant réclamé, et au vu de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, il y a lieu d'évaluer ex æquo et bono l'indemnité à allouer à la Ville de Luxembourg au montant réclamé de 1.500.- euros. »⁽²⁹⁶⁾. Cette même solution a été appliquée dans l'affaire des Travaux de menuiserie de la maison-relais à Mondorf-les-Bains où le tribunal a alloué 1.000 euros à la commune en considérant qu'« *au vu des circonstances particulières du présent litige et notamment en raison de son issue et du fait que la Ville de Mondorf-les-Bains a été obligée de se pourvoir en justice sous l'assistance d'un avocat, il serait inéquitable de laisser à charge de la Ville de Mondorf-les-Bains l'intégralité des frais et honoraires non compris dans les dépens* »⁽²⁹⁷⁾.

Etonnamment, les juridictions administratives adoptent souvent une position diamétralement inverse lorsque le requérant prospère dans son recours contre le pouvoir adjudicateur et obtient l'annulation des décisions déferées. Ainsi, dans l'affaire des Travaux de serrurerie du Tunnel Grouft, l'association momentanée évincée avait-elle obtenu l'annulation de la décision d'attribution du marché public à l'adjudicataire et de la décision corrélative de ne pas lui attribuer ce même marché. Elle avait aussi sollicité « *l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile* ». Or, le Tribunal administratif releva d'abord « *que la seule base légale pour l'allocation utile d'une indemnité de procédure par le tribunal administratif est l'article 33 de la [Loi modifiée de 1999]* », pour ensuite rejeter la demande au motif que « *les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la partie demanderesse n'ont pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce* »⁽²⁹⁸⁾, et ceci alors même que la requérante avait prospéré dans son recours en obtenant l'annulation des décisions déferées.

De la même façon, dans l'affaire de la Soumission privée, le Tribunal administratif se déclara compétent pour connaître du recours formé par une société dont l'offre n'avait pas été retenue, tout en relevant que la société de construction et de promotion immobilière, en tant que pouvoir adjudicateur, avait pris les décisions attaquées sans pour autant appliquer les dispositions de la Loi de 2009, et annula lesdites décisions sans examiner plus en avant les autres moyens d'annulation invoqués à l'appui du recours. Bien qu'il déclarât le recours fondé, il rejeta la demande en allocation d'une indemnité de procédure formée par la requérante⁽²⁹⁹⁾. La Cour administrative confirma le jugement en tout point, estimant que « *les conditions d'application de l'article 33 de la [Loi de 1999], auquel renvoie l'article 54 de la même loi, ne sont pas remplies* », et ceci nonobstant le fait que la requérante avait prospéré en première instance et que l'appel adverse avait été déclaré non fondé. Le lecteur peut vraiment se demander dans quelles circonstances peuvent être remplies les conditions pour l'octroi d'une indemnité de procédure au soumissionnaire qui obtient l'annulation de la décision administrative attaquée.

²⁹⁶ T. adm., 17 juin 2013, n° 30754. Dans le même sens, T. adm. 24 oct. 2011, n° 26988, confirmé par C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C.

²⁹⁷ T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594. Cette motivation est à comparer avec celle utilisée par le Tribunal administratif dans l'affaire de la Procédure négociée pour le nettoyage des bâtiments à Bertrange, où il fut jugé que « *les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la partie demanderesse n'ont pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce, - étant souligné que les honoraires d'avocat ne constituent pas des frais non répétables* », T. adm., 8 mai 2013, n° 30187, renvoyant à Cass. Lux., 9 févr. 2012, n° 5/12. De la même façon, aucune condamnation au paiement d'une indemnité de procédure à charge de l'Etat a été prononcée, bien que les décisions de l'ADEM aient été annulées, v. C. adm., 14 juill. 2015, 36034C.

²⁹⁸ T. adm., 25 févr. 2013, n° 28970. Dans l'affaire des Travaux pour l'installation de matériel de cuisine pour l'école d'Erpeldange, le tribunal considéra que l'administration communale d'Erpeldange avait omis de spécifier la nature des sommes exposées non comprises dans les dépens et ne précise pas en quoi il serait inéquitable de laisser des frais non répétables à sa charge, la simple référence à l'article de la loi applicable n'étant pas suffisante à cet égard », T. adm., 26 nov. 2014, n° 31992.

²⁹⁹ T. adm., 10 nov. 2012, n° 29395, non disponible à l'adresse www.ja.etat.lu/29395.

Dans ce contexte, la décision prise par le Tribunal administratif d'allouer la somme de 2.500.- euros à chacune des deux demanderesse dans l'affaire du projet de modernisation des infrastructures du centre de recyclage sis à Kehlen initié par le Syndicat Intercommunal pour l'hygiène publique du canton de Capellen, fait figure d'exception. Le tribunal s'était prononcé en ce sens « *au vu des circonstances particulières du présent litige et notamment en raison du fait que les demanderesse ont été obligées de saisir sous l'assistance d'un avocat les juridictions administratives avant que le S.I.C.A. les informe en bonne et due forme qu'il n'a jamais procédé à une ouverture d'un marché public au sens de la [Loi de 2009], de sorte que les courriers leur destinés n'étaient pas des décisions portant rejet de leur offre, mais de simples courriers d'information, le S.I.C.A. ayant encore admis que ces mêmes courriers avaient été "maladroits" »*.⁽³⁰⁰⁾.

Dans l'affaire des Travaux pour la centrale d'eau glacée, la partie tierce intéressée avait sollicité la condamnation de la société requérante qui avait succombé dans sa demande d'annulation de la décision rejetant son offre. Or, après avoir jugé que l'argumentation de la partie requérante relevait « *purement et simplement de la mauvaise foi* », puis, un peu plus loin, qu'elle faisait « *ainsi encore preuve de mauvaise foi manifeste* », le Tribunal administratif a constaté « *que les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la partie tiers intéressée n'ont pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce, l'exposition de ces frais n'ayant pas été indispensable, mais ces frais ayant été exposés volontairement en défense d'un acte d'ores et déjà défendu sous l'assistance d'un avocat par l'auteur de cet acte, de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande* »⁽³⁰¹⁾. En d'autres termes, le tiers intéressé n'aurait, par principe, pas droit à une indemnité de procédure, même si, en tant qu'adjudicataire, il a assurément un intérêt à voir confirmer la décision du pouvoir adjudicateur lui attribuant le marché.

Et selon le tribunal, cette même conclusion s'impose en ce qui concerne la demande de la partie tiers intéressée relative aux frais de justice sur base de l'article 32 de la Loi de 1999. Il jugea, en effet, qu'« *il y a lieu en l'espèce d'extraire les frais relatifs à l'intervention volontaire, à relaisser à la partie tiers intéressée, l'exposition de ces frais n'ayant pas été indispensable, mais ces frais ayant été exposés volontairement en défense d'un acte d'ores et déjà défendu sous l'assistance d'un avocat par l'auteur de cet acte* »⁽³⁰²⁾.

Dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich, la demanderesse qui avait prospéré en obtenant l'annulation de la délibération d'adjudication du marché à sa concurrente, réclamait l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000 euros à charge de l'administration communale. Le Tribunal administratif jugea toutefois que « *les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la partie demanderesse n'ayant cependant pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce, il y a lieu de rejeter la demande* »⁽³⁰³⁾.

³⁰⁰ T. adm., 15 juill. 2015, n° 34244. V. aussi C. adm. 23 nov. 2000, n°11662C.

³⁰¹ T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059.

³⁰² T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059.

³⁰³ T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550, confirmé par C. adm., 25 févr. 2014, n° 33170C. Dans l'affaire des Travaux de menuiserie extérieure pour l'école à Soleuvre, la société qui avait obtenu, en appel seulement, l'annulation de la décision du collège échevinal ayant annulé la procédure de soumission publique, sollicitait l'octroi d'une allocation de procédure. La cour considéra toutefois que les conditions des articles 33 et 54 de combinés de la Loi de 1999 n'étaient pas remplies, v. C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C. V. aussi J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Bruylant, 1975, p.23, n° 3 ainsi que p.79, n° 78 et 179.

La problématique du caractère inéquitable ou non de laisser à la charge du requérant l'intégralité des frais non répétables se rencontre aussi dans l'hypothèse où celui-ci a obtenu gain de cause dans le cadre de la procédure en référé devant le président du Tribunal administratif et que, consécutivement, le pouvoir adjudicateur retire la décision faisant l'objet du recours. C'est ainsi que dans l'affaire de Fourniture de pédelecs pour la Nordstad, la requérante avait sollicité l'octroi d'une indemnité de procédure. Or, le tribunal administratif retint que « *confronté à l'argumentaire de la société demanderesse et plus particulièrement suite à l'ordonnance présidentielle du 25 mars 2013 ayant prononcé l'effet suspensif des deux décisions (...), le pouvoir adjudicateur a rapidement manifesté (...) son intention d'annuler purement et simplement la mise en adjudication et de renoncer à l'adjudication de la soumission publique litigieuse* ». Puis le tribunal releva que « *la décision de renonciation a été formellement notifiée aux deux soumissionnaires le 8 juillet 2013, après que ces mêmes parties aient déjà été invitées par courriers séparés du 6 juin 2013 à présenter leurs observations par rapport à cette intention de renonciation, invitation à laquelle aucune des parties en cause n'a donné de suite* ». Et de poursuivre « *que les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la société demanderesse n'ont pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce et qu'il y a partant lieu de rejeter la demande, la solution contraire revenant en effet à sanctionner l'attitude pour le moins raisonnable du pouvoir adjudicateur ayant consisté à mettre le plus rapidement possible un terme à l'illégalité alléguée par la société demanderesse* »⁽³⁰⁴⁾. Cette solution habituelle n'est pas moins contestable alors que la société demanderesse avait eu recours aux services obligatoires d'un avocat à la Cour, avait obtenu en référé la suspension des décisions déferées, ce qui est suffisamment rare pour être souligné⁽³⁰⁵⁾, et ce n'est que devant cette situation que le pouvoir adjudicateur avait finalement décidé de renoncer à la procédure de passation et de retirer les décisions déferées. Il n'en reste pas moins que la démarche initiale de la requérante n'était pas dénuée de tout fondement, puisque le président du Tribunal administratif avait jugé que ces moyens d'annulation paraissaient suffisamment sérieux pour justifier la suspension des décisions entreprises.

Quant à l'argument du tribunal consistant à dire que le pouvoir adjudicateur a mis rapidement un terme à l'illégalité alléguée, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu de le sanctionner en le condamnant au paiement d'une indemnité de procédure, il ne saurait guère convaincre non plus, car il appartient aux administrations de prendre des décisions légales *ab initio* pour éviter que les administrés ne soient obligés à introduire des recours pour faire valoir leurs droits. Pour le surplus, le Tribunal administratif aurait parfaitement pu, comme il en a l'habitude⁽³⁰⁶⁾, examiner « *à titre superfétatoire* » les moyens d'annulation soulevés par la requérante pour confirmer ou infirmer l'analyse sommaire à laquelle s'était livré son président dans le cadre du recours en sursis à exécution. Cela aurait été un raisonnement utile pour apprécier si la décision de retrait n'avait fait qu'anticiper une annulation certaine, mais non moins exceptionnelle, des délibérations déferées.

Et l'iniquité apparaît d'autant plus grande au détriment de la requérante lorsque, comme en l'espèce, le tribunal laissa à sa charge les dépens de l'instance au fond et ceux de l'instance en

³⁰⁴ T. adm., 28 avr. 2014, n° 32197. Le retrait est la possibilité offerte à l'autorité administrative de réparer spontanément ses erreurs en réalisant elle-même ce que ferait un juge saisi d'un recours contentieux, v. T. adm., 16 juin 2010, n° 26323.

³⁰⁵ Ord. prés. T. adm., 25 mars 2013, n° 32200.

³⁰⁶ V., par exemple, où après avoir jugé un recours irrecevable en ce qu'il était dirigé contre une lettre dépourvue de tout caractère décisoire et avoir annulé pour incompétence une décision prise par le directeur de l'Administration des Bâtiments publics, le tribunal procéda – inutilement – à l'analyse du litige au fond « *afin de conférer au présent jugement une utilité et d'éviter à l'autorité compétente de prendre le cas échéant vainement une nouvelle décision suite à la réclamation de l'association* », T. adm., 6 oct. 2014, n° 33221.

référé qui avaient été réservés par le président du Tribunal administratif, en considérant que le pouvoir adjudicateur n'avait pas succombé, au sens de l'article 32 de la Loi de 1999 ⁽³⁰⁷⁾.

Dans l'affaire des prestations relatives à la fourniture de matériel didactique pour les salles de sciences du Lycée de Junglinster, le soumissionnaire évincé s'était désisté de son recours au vu des mémoires déposés par le ministre du Développement durable et de l'adjudicataire. La partie tierce intéressée sollicita donc l'allocation d'une indemnité de procédure sur le fondement des articles 25 et 33 de la Loi de 1999 au motif que le requérant aurait non seulement introduit son recours à la légère mais encore qu'elle n'aurait pas notifié son mémoire en réplique dans le délai légal. Le Tribunal administratif considéra d'abord que la demande en allocation d'une indemnité de procédure procède « *d'une cause juridique particulière et autonome, à savoir de la disposition de l'article 33 de la [Loi de 1999 de sorte qu'elle] ne s'évanouit pas de plano par les effets du désistement* » ⁽³⁰⁸⁾. Cependant, et s'agissant du mérite de cette demande, le tribunal considéra « *au vu des circonstances particulières du litige, et notamment en raison de ce que par les ordonnances précitées des 30 avril et 6 mai 2014, le président du tribunal administratif a déclaré comme étant sérieux au moins certains des moyens présentés par la partie demanderesse dans le cadre de son litige au fond, sous examen, il y a lieu d'en conclure que, contrairement à l'argumentation développée par la partie tierce intéressée, la partie demanderesse n'a pas introduit son recours à la légère* ». *Au-delà de cette considération, la partie tierce intéressée n'établit pas à suffisance de droit ni quels seraient les frais engagés lors de la présente procédure dépassant les frais générés normalement par une procédure judiciaire, ni pour quelle raison il serait inéquitable de laisser à sa seule charge les frais non compris dans les frais de justice. Il s'ensuit que la demande en allocation d'une indemnité de procédure, telle que formulée par la partie tierce intéressée, est à rejeter pour ne pas être fondée* » ⁽³⁰⁹⁾. Certes, la partie tierce intéressée s'est trouvée confrontée à une procédure judiciaire et a dû exposer des frais d'avocats dont le tribunal ne saurait feindre d'ignorer l'existence, alors que le ministère d'un avocat à la Cour est obligatoire devant les juridictions administratives. En outre, sa présence dans la procédure initiée est uniquement destinée à lui rendre opposable le jugement à intervenir dans une affaire qui se meut d'abord et avant tout entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire évincé, de sorte que cette procédure ne présente pas le caractère de normalité que le tribunal lui accorde. Mais il est vrai que la demande formulée par l'adjudicataire en allocation d'une indemnité de procédure était dirigée contre le soumissionnaire évincé et non contre l'Etat qui avait retiré sa décision ⁽³¹⁰⁾.

³⁰⁷ En revanche, dans l'affaire des Travaux de construction pour les Nonnewisen où le retrait était également intervenu en cours d'instance, le Tribunal administratif mis à la charge du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat les frais de l'instance et ceux réservés à l'issue de l'instance de référé qui avait suspendu la procédure d'appel d'offres pour la réalisation du projet immobilier litigieux ; T. adm., 6 mai 2015, n° 34621. Il est à noter que le tribunal ne se prononça pas sur l'allocation d'une indemnité de procédure puisqu'elle n'avait pas été réclamée.

³⁰⁸ T. adm., 4 mars 2015, n° 34402. V. aussi T. adm., 5 mars 2008, n° 23409, jugeant que la demande en obtention d'une indemnité de procédure sort du cadre d'une simple défense à l'action et a une individualité propre. Dans l'affaire des Travaux de modernisation du centre de recyclage du SICA, le tribunal jugea « *qu'une demande en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas atteinte par les effets de la disparition de l'objet du recours, dès lors que ladite demande, procédant d'une cause juridique particulière et autonome, à savoir l'article 33 de la [Loi de 1999] a une individualité propre et doit être toisée à la demande du demandeur* ». Ainsi, la renonciation au recours respectivement la disparition de l'objet du recours ne rend pas le demandeur non recevable à réclamer une telle indemnité, v. T. adm., 15 juill. 2015, n° 34244. V. aussi C. adm. 23 nov. 2000, n° 11662C et T. adm., 7 mai 2012, n° 28625.

³⁰⁹ T. adm., 4 mars 2015, n° 34402.

³¹⁰ T. adm., 18 mai 2015, n° 34135 où le tribunal jugea classiquement que la condition d'iniquité n'était pas remplie, alors qu'il suffirait de se référer à l'absence de droit des tiers intéressés à obtenir l'allocation d'une indemnité de procédure, si une telle motivation était un tant soit peu justifiable.

Il résulte de ce qui précède que les juridictions accordent très rarement une indemnité de procédure, et encore moins au bénéfice du requérant, quand bien même il aurait prospéré en son action.

Luxembourg, le 28 février 2018



Guy PERROT

Avocat à la Cour

Président de la Commission
de procédure civile du barreau de Luxembourg
guy.perrot@harvey.lu

Liste des jugements et arrêts cités et intervenus depuis la Loi de 2009

(les décisions marquées d'un astérisque ont été rendues sur base de la loi de 2003)

- C. adm., 14 juill. 2009, n^{os} 23857C et 23871C
- C. adm., 14 juill. 2009, n° 25414C
- C. adm., 20 oct. 2009, n° 25783C
- C. adm., 12 nov. 2009, n°26116C
- T. adm., 25 janv. 2010, n° 25548
- T. adm., 3 févr. 2010, n° 26204 * (affaire de la Clôture de sécurité au centre pénitentiaire)
- T. adm., 15 mars 2010, n° 25592 *
- T. adm., 12 avr. 2010, n° 26556 (affaire des Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale)
- C. adm., 4 mai 2010, n° 28555C
- T. adm., 12 mai 2010, n° 25925 * (affaire de la Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Colmar-Berg)
- T. adm., 12 mai 2010, nos 25932 et 25933 (affaire de Fourniture d'un fourgon d'incendie de la commune Kehlen)
- C. adm., 18 mai 2010, 26683C
- T. adm., 16 juin 2010, n° 26323
- C. adm., 15 juill. 2010, n° 26698C *
- C. adm., 14 oct. 2010, n° 26860C (affaire des Travaux d'isolation et de carrelage de la piscine intercommunale)
- T. adm., 25 oct. 2010, n° 26433 *
- T. adm., 1er déc. 2010, n° 25557
- T. adm., 6 déc. 2010, n° 26567 (affaire des Travaux de construction de la Maison des Générations à Schifflange)
- T. adm., 1^{er} déc. 2010, n° 26557
- T. adm., 13 déc. 2010, n° 26633 (affaire Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie)
- T. adm., 15 déc. 2010, n° 26749 (affaire des Travaux de sécurité au lycée technique)
- T. adm., 7 mars 2011, n° 26588 (affaire Travaux d'étanchéité du complexe scolaire de Nonnewisen)
- T. adm., 27 avr. 2011, n° 26295
- T. adm., 11 mai 2011, n° 27036 (affaire des Travaux de fonçage à Luxembourg)
- C. adm., 12 mai 2011, n° 27702C (appel dans l'affaire Travaux de menuiserie intérieure pour l'extension d'une mairie)
- C. adm., 26 mai 2011, n° 27947C * (affaire des Travaux d'agrandissement d'une école)
- T. adm., 18 août 2011, n° 28970
- C. adm., 20 oct. 2011, n° 28499C (appel dans l'affaire des Travaux d'étanchéité du complexe scolaire de Nonnewisen)
- T. adm., 24 oct. 2011, n° 26988 (affaire des Travaux d'entretien de la chaussée à Grevenmacher)
- C. adm., 6 déc. 2011, n° 28707C
- C. adm., 13 déc. 2011, n°28066C
- T. adm., 30 janv. 2012, n° 27910 (affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet)
- C. adm., 13 mars 2012, n° 29559C (appel dans l'affaire des Travaux d'entretien de la chaussée à Grevenmacher)
- T. adm., 18 avr. 2012 n°27969
- T. adm., 7 mai 2012, n° 28625 (Travaux de peinture pour la Maison des Générations à Schifflange)
- C. adm., 3 juill. 2012, n° 29958C (appel dans l'affaire du Concours pour la construction du Bâtiment Jean Monnet)
- T. adm., 9 juill. 2012, n° 28929
- T. adm., 10 nov. 2012, n° 29395 (affaire de la Soumission privée)
- C. adm., 4 déc. 2012, n° 31316C
- T. adm., 7 janv. 2013, n° 29468 (affaire du Système de communications aéroportuaires)
- T. adm. 25 févr. 2013, n° 28970 (affaire des Travaux de serrurerie du Tunnel Grouft)
- T. adm., 11 mars 2013, nos 28881 et 29579 (affaire des Travaux de parachèvement de mobilier pour la Cour de Justice)

Ord. prés. T. adm., 25 mars 2013, n° 32200 (référé dans l'affaire des Travaux de fonçage à Luxembourg)

C. adm., 26 avr. 2013, n° 31896C

T. adm., 8 mai 2013, n° 30187 (Procédure négociée pour le nettoyage des bâtiments à Bertrange)

T. adm., 17 juin 2013, n° 30754 (affaire des Installations électriques et de détection incendie à l'école primaire de Luxembourg)

T. adm., 1^{er} juill. 2013, n° 30550 (affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich)

T. adm., 15 juill. 2013, n° 30934

C. adm., 3 oct. 2013, n° 32268C

C. adm., 5 nov. 2013, n° 32339C

T. adm., 16 déc. 2013, n° 31520 (affaire de la Construction de la nouvelle centrale énergétique à Gasperich)

T. adm., 26 janv. 2014, n° 33531

T. adm., 12 févr. 2014, n° 31141 (affaire de la Construction du centre sportif à Dudelange)

T. adm., 24 févr. 2014, n° 31871 (affaire de Construction du centre sportif à Dudelange)

C. adm., 25 févr. 2014, n° 31770C (appel dans l'affaire des Travaux de construction d'un réservoir d'eau à Garnich)

T. adm., 28 avr. 2014, n° 32197 (affaire de la Fourniture de pédelecs pour la Nordstad)

T. adm., 12 mai 2014, n° 32343 (affaire de la Fourniture de briques de pavage pour le Fonds Belval)

T. adm., 26 mai 2014, n°32374 (affaire des Services pour le portail guichet.lu)

T. adm., 6 oct. 2014, n° 32221 (affaire des Travaux de carrelages pour le Lycée Technique des Arts et Métiers)

T. adm., 26 nov. 2014, n° 31992 (affaire des Travaux pour l'installation de matériel de cuisine pour l'école d'Erpeldange)

T. adm., 1^{er} déc. 2014, n° 33459

T. adm., 14 janv. 2015, n° 33594 (affaire des Travaux de menuiserie de la maison-relais à Mondorf-les-Bains)

T. adm., 23 févr. 2015, n° 33821 (affaire des Travaux de menuiserie extérieure pour l'école à Soleuvre)

T. adm., 4 mars 2015, n° 34402

T. adm., 9 mars 2015, n° 31844

T. adm., 1^{er} avr. 2015, n° 34059 (affaire des Travaux pour la centrale d'eau glacée)

T. adm., 6 mai 2015, n° 34621 (affaire des Travaux de construction pour les Nonnewisen)

T. adm., 18 mai 2015, n° 34135 (affaire des Travaux de paysagiste pour le Fonds du Kirchberg)

C. adm., 14 juill. 2015, n° 35887C

C. adm., 14 juill. 2015, n° 36034C

T. adm., 15 juill. 2015, n° 34244

C. adm., 6 oct. 2015, n° 35994C

C. adm., 20 oct. 2015, n° 36094C

T. adm., 1^{er} févr. 2016, n° 35446 (Procédure négociée pour l'obtention d'un avis juridique sur les plans directeurs sectoriels)

T. adm., 22 févr. 2016, n° 34252 (affaire des Travaux pour les installations incendie des Tunnels Grouft et Stafelter)

T. adm., 16 mars 2016, n° 35736 (affaire des Travaux de construction d'un bâtiment scolaire pour la Commune de Mersch)

T. adm., 7 nov. 2016, n° 36632

T. adm., 9 janv. 2017, n°37304

T. adm., 13 févr. 2017, n° 37050

T. adm., 27 févr. 2017, n° 36591

T. adm., 27 févr. 2017, n° 37542

T. adm., 20 mars 2017, n° 37682

T. adm., 5 avr. 2017, n° 36837

C. adm., 25 avr. 2017, n° 38943C

T. adm., 9 oct. 2017, n^{os} 38104 et 38105

C. adm., 18 janv. 2018, n° 39548C