

# Marchés & Contrats Publics

## Overheidsopdrachten & -Overeenkomsten

---

2011/3

---

### Table des matières Inhoudstafel

Doctrine Rechtsleer	251	<i>Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'État 2011</i> ERIC THIBAUT ET PATRICK THIEL
	305	<i>De erkenning der aannemers : een stand van zaken na de recente arresten van de Raad van State en het Hof van Cassatie</i> GITTE LAENEN
Notes de jurisprudence Rechtspraak in het kort	317	<i>Deskundigenonderzoek in schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid inzake overheidsopdrachten</i> <i>Noot onder arrest nr. 213.960 van de Raad van State van 17 juni 2011</i> JONAS RIEMSLAGH
Actualités Actualia	323	<i>Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS
	327	<i>Jurisprudence Cour constitutionnelle / Rechtspraak Grondwettelijk Hof</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS
	329	<i>Jurisprudence Conseil d'État / Rechtspraak Raad van State</i> ERIC THIBAUT ET INGE VOS
	363	<i>Décisions judiciaires récentes / Recente gerechtelijke uitspraken</i> ISABELLE COOREMAN ET PATRICK THIEL
Mots clés Kernbegrippen	369	<i>Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX

# Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés<sup>(1)</sup>

À l'occasion de son troisième numéro, la revue lance une nouvelle rubrique consacrée à la présentation de la nouvelle réglementation relative aux marchés publics, destinée à remplacer à terme, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que ses arrêtés d'exécution des 8 et 10 janvier 1996, 18 juin 1996 et 26 septembre 1996.

Le futur cadre normatif est en cours d'élaboration depuis l'adoption des lois des 15 juin et

16 juin 2006. Afin de permettre à nos lecteurs de prendre connaissance des principales nouveautés, de manière ciblée et progressive, des fiches reprenant sous forme de mots clés (principaux et secondaires), sont jointes à la revue. Elles opèrent une comparaison entre l'ancien et le nouveau régime pour la plus grande facilité du lecteur.

Ainsi, les notions de *variantes* et d'*option* sont présentées dans le présent numéro.

## Variantes/secteur classique<sup>(2)</sup>

*Principe de l'unicité de l'offre – Principe de proportionnalité – L.24.12.1993 – L.15.06.2006 – Directives européennes – Variante libre – Variante obligatoire – Variante facultative – Comparaison des offres*

Le principe de l'unicité de l'offre était inscrit dans la réglementation de longue date<sup>(3)</sup> et a toujours été considéré comme une exigence qui tendait à lutter contre les manipulations des uns et des autres tout en assurant le respect du principe d'égalité des soumissionnaires<sup>(4)</sup>. Cette exigence et partant la jurisprudence du Conseil d'État, semblent contraires au droit européen. Le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de Justice pourrait impliquer dans l'hypothèse de la remise d'une pluralité d'offres, qu'un soumissionnaire (ou son offre) ne puisse être écarté que pour autant qu'il soit établi dans les faits que la concurrence a été faussée d'une manière ou d'une autre *in concreto*<sup>(5)</sup>. Le président du tribunal de Liège a suivi ce raisonnement dans une ordonnance inédite relative à une hypothèse de pluralité d'offres<sup>(6)</sup>, en s'écartant du prescrit de la régle-

mentation belge au motif qu'elle est contraire au droit européen.

Quoi qu'il en soit, la seule exception au principe de l'unicité de l'offre en droit belge, réside, hier et aujourd'hui encore (l'article 54 du nouvel arrêté secteur classique<sup>(7)</sup>) reprenant le principe énoncé dans l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 – contraire selon nous à la jurisprudence européenne) dans la possibilité de remettre des variantes.

Dans le régime de 1993, le cahier spécial des charges pouvait autoriser la remise de variantes (facultatives) ou l'imposer (obligatoires). La jurisprudence et la doctrine avaient une conception restrictive de la variante limitant celle-ci à des modes d'exécution alternatifs par rapport à la solution de base mais qui ne pouvaient concerner que l'exécution technique du projet établi par le pouvoir adjudicateur à l'exclusion de sa conception<sup>(8)</sup>, tirant à notre sens à tort des enseignements généraux d'un

(1) Ann Lawrence Durviaux.

(2) L'auteur se réserve la possibilité de réutiliser tout ou partie du présent texte.

(3) Voy., notamment l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(4) C.E., 13 décembre 1995, n° 42.117, *NV Drager Ballings*; C.E., 15 juillet 1999, n° 81.861, *NV JC Decaux Belgium Publicité*; C.E., 3 juin 2003, n° 120.103, *SPRL Aelterman et al.*; C.E., 7 mars 2007, n° 168.570, *SPRL Uniform Diffusion*, cités par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 805, p. 467, note 238.

(5) C.J.U.E., 19 mai 2009, *Assitur*, aff. 538/07; C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07; C.J.U.E., 15 mai 2008, *Secap*, aff. C-147/06 et 148/06; C.J.U.E., 3 mars 2005, *Fabricom*, aff. C-21/03 et 34/03.

(6) Liège (réf.), 1<sup>er</sup> décembre 2009, R.G. n° 09/913/C, *Altiplan et autre c. Centre Hospitalier Chrétien*.

(7) Ce nouvel arrêté n'est pas encore publié à la date du 8 août.

(8) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 1997, 331, n° 830; C.E., 30 juin 1988, n° 30.567, *Mewaf*.

cas d'espèce<sup>(9)</sup>. La remise de variante était autorisée tant en adjudication (à l'exclusion des variantes libres) qu'en appel d'offres, et pouvait être autorisée ou imposée en procédure négociée<sup>(10)</sup>.

Si les *directives européennes* n'autorisent pas de manière explicite la remise de variantes dans le cadre d'une procédure où le choix a lieu en vertu du prix le plus bas (selon la terminologie belge, en adjudication), la possibilité de tenir compte de variantes libres n'étant consacrée que lorsque la procédure implique de choisir sur la base du critère de l'offre économique la plus avantageuse, le régime de droit interne nous semble parfaitement conforme au droit européen dans la mesure où les variantes autorisées en adjudication ne sont pas des variantes libres<sup>(11)</sup>. Au demeurant, l'interdiction de remettre des variantes libres en adjudication n'est guère logique. En effet, des solutions innovantes peuvent également dans certaines circonstances conduire à des économies<sup>(12)</sup>.

La notion de « variante libre » a été introduite dans la loi de 1993 sur les marchés publics. Elle était censée remplacer la notion belge de « suggestion » utilisée par la loi du 14 juillet 1976 et condamnée par la Cour de Justice<sup>(13)</sup>, afin de se rapprocher de la terminologie des directives européennes et des avis de marchés standardisés, où le terme de « variante » était utilisé. L'adjectif « libre » a été ajouté afin de distinguer cette notion de la « variante » proposée ou imposée par l'administration. L'article 60 de la loi de 1993 sur les marchés

publics parle toujours à propos des critères d'attribution en matière de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications de « variantes » alors qu'il concerne en réalité des « variantes libres »<sup>(14)</sup>. Elle n'est ni proposée ou imposée par le pouvoir adjudicateur mais émane des soumissionnaires puisque les articles 16 et 60 de la loi du 24 décembre 1993 disposent qu'en appel d'offres, sous réserve de disposition contraire du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des « variantes libres » proposées par les soumissionnaires. La possibilité de remettre des variantes libres est donc ici la règle, et l'interdiction de telles variantes l'exception. La Cour de Justice impose en outre que les variantes libres soient conformes aux exigences minimales énoncées par le cahier spécial des charges<sup>(15)</sup>, précision qui a été insérée dans la dernière version des directives<sup>(16)</sup>. Pour les marchés européens, en l'absence de mention dans le cahier spécial des charges, les variantes libres n'étaient pas autorisées<sup>(17)</sup>. Les variantes libres peuvent également porter sur des aspects liés à la conception<sup>(18)</sup>, le pouvoir adjudicateur ayant intérêt à élargir la responsabilité du soumissionnaire à la conception dans cette hypothèse, par une clause explicite du cahier spécial des charges. Il existait cependant une controverse sur la question de savoir si les variantes pouvaient porter sur les conditions financières du marché. Certains soutenaient que seuls les aspects techniques pouvaient

(9) C.E., 13 décembre 1995, n° 57.019, *NV Drager Ballings*. Le Conseil d'État a précisé dans cet arrêt que la notion de variante impliquait l'exécution du marché selon un autre procédé technique ou avec d'autres matériaux (que ceux prévus dans le cahier spécial des charges), ce qui ne signifie pas encore qu'il puisse s'agir d'autre chose (voy., A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n°s 442 à 446, pp. 487 à 492).

(10) En adjudication, voy. les articles 113, al. 1<sup>er</sup> de l'A.R. du 8 janvier 1996 et 101, al. 1<sup>er</sup> de l'A.R. du 10 janvier 1996 et, en appels d'offres, les articles 115, al. 4 de l'A.R. du 8 janvier 1996 et 103, al. 4 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

(11) Voy. dans le même sens, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 1997, 333, n° 833.

(12) Contra : L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 2009, n° 818, p. 471, qui cite : C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten (klassieke sectoren)*, Livre I, Algemene inleiding – Gunning van overheidsopdrachten, Anvers, Maklu, 2004, 208; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, SDU, 2004, 335; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », *Entr. et droit*, 1999, (17) 19.

(13) C.J.C.E., 25 avril 1996, C-87/94, *Commission c. Belgique*, considérant 90.

(14) Voy. à ce sujet : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 1997, 331-333, n° 830-832.

(15) C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, considérants 25-30.

(16) Article 24 de la directive 2004/18/CE, l'article 24.2 énonce qu'à défaut d'indication, les variantes libres ne sont pas autorisées. Comp. article 36 de la directive 2004/17/CE qui ne prévoit pas quant à lui la même sanction.

(17) V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les secteurs classiques », *J.T. droit européen*, 2005, (1) 10, n° 54; F. MOISES et A. VANDEBURIE, « Éléments délicats de la décision d'attribution. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution », *Mouv. comm.*, 2008, (490) 494; L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 2009, n° 813, pp. 468-469.

(18) Dans le même sens : L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Charte, Bruges, 2009, n° 815, p. 469.

être concernés, sans argument très convainquant, l'innovation ne pouvant en soi se limiter aux aspects techniques<sup>(19)</sup>. D'autres, plus pragmatiques, estiment que rien dans les textes ne limite la possibilité de remettre une variante libre sur des aspects financiers<sup>(20)</sup>.

La variante est désormais définie dans l'arrêté comme « un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire<sup>(21)</sup> »<sup>(22)</sup>. Elle ne l'était ni dans la directive 2004/18/CE, ni dans la réglementation antérieure<sup>(23)</sup>.

Cette absence de définition donnait lieu dans la pratique à de nombreuses approximations, les pouvoirs adjudicateurs n'étant pas toujours suffisamment précis avec les termes employés, ne distinguant pas les options des variantes. Le critère de distinction entre les options et les variantes est proposé : les secondes sont nécessaires à l'exécution du marché alors que les options ne le sont pas<sup>(24)</sup>. Les variantes financières – controversées dans l'ancien régime – sont évoquées dans le rapport au Roi, suite à la suggestion du Conseil d'État<sup>(25)</sup>, comme celles qui soit s'inscrivent dans le cadre d'un marché financier, soit sont relatives au financement.

L'arrêté consacre désormais l'existence de trois type de variantes<sup>(26)</sup> : la *variante obligatoire* est celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée d'un projet de base et d'une ou plusieurs variantes; les soumissionnaires sont obligés de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante »; la *variante facultative* est celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de plusieurs variantes, dont une peut être désignée comme solution de base. Les soumission-

naires peuvent présenter une offre pour une ou plusieurs variantes. Le pouvoir adjudicateur peut imposer dans les documents du marché la remise d'une offre pour la solution de base »; et enfin, la *variante libre* est qui « peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires. Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable est obligatoire, le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'avis de marché s'il en autorise l'introduction et, dans l'affirmative, dans les documents du marché les exigences minimales auxquelles elle doit répondre ». Les variantes libres sont toujours interdites en adjudication<sup>(27)</sup>. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché de fournitures ou inversement<sup>(28)</sup>.

Le régime juridique de la variante obligatoire est identique à celui qui prévalait dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Par contre, le régime est nouveau pour les variantes facultatives<sup>(29)</sup> et quelque peu assoupli pour les variantes libres.

L'objectif poursuivi déclaré est de permettre davantage de souplesse et tout en élargissant la concurrence<sup>(30)</sup>. Il s'agit aussi de clarifier les modalités de remises d'offres pour combattre les effets dévastateurs d'une jurisprudence sans doute trop subtile pour les acteurs de la commande publique.

En synthèse, si la variante est obligatoire, le soumissionnaire doit remettre une offre pour la solution de base et pour la variante, sous peine d'irrégularité complète de son offre.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des variantes facultatives, le soumissionnaire pourra remettre une offre pour plusieurs variantes facultatives sans nécessairement remettre une offre pour la solution de base, sauf si le pouvoir adjudicateur l'exige dans les documents du marché. L'absence de remise d'une offre pour une des variantes facultatives ne compromet donc pas la régularité de l'offre.

(19) M. DISCHENDORFER, « The assessment of variants under the EC Public Procurement rules : the Traunfellner case », *P.P.L.R.*, 2004, (67) 72.

(20) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 530; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, 491.

(21) Uniquement dans l'hypothèse d'une variante libre.

(22) Article 2, 10° de l'arrêté.

(23) Rapport au Roi.

(24) Rapport au Roi.

(25) Avis n° 48.803/1 du 2 décembre 2010, spéc. pp. 15 et 16.

(26) Définies à l'article 9, §1<sup>er</sup> de l'arrêté.

(27) Article 10, §2 de l'arrêté.

(28) Article 10, §3 de l'arrêté; article 24, §4 de la directive 2004/18/CE. Le Rapport au Roi donne l'exemple d'un marché de service qui porterait sur le développement d'un logiciel par le biais d'un marché de service tandis qu'un concurrent présenterait en variante un progiciel répondant aux exigences du pouvoir adjudicateur.

(29) Rapport au Roi.

(30) Rapport au Roi.

La variante libre proposée par le soumissionnaire requiert de sa part une plus grande vigilance. Il doit en effet veiller à préciser quelle est son offre de base et les éléments qui constituent « sa » variante libre. Ainsi, selon le rapport au Roi, il peut y avoir plusieurs variantes libres pour un ou plusieurs postes du marché, sauf si les documents du marché ont limité cette possibilité<sup>(31)</sup>.

Si le marché atteint les seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit autoriser la remise de variante libre dans l'avis ou les documents de marché et déterminer les exigences minimales auxquelles ces variantes doivent répondre. Le rapport au Roi précise qu'il peut simplement s'agir de se référer aux exigences minimales des documents du marché<sup>(32)</sup>. Les pouvoirs adjudicateurs seront prudents de ne pas suivre ce conseil, au risque de violer la jurisprudence de la Cour de Justice, singulièrement son arrêt *Traunfellner*<sup>(33)</sup>.

Le rapport au Roi précise qu'en dessous des seuils européens, la remise de variante libre est toujours possible sauf interdiction du pouvoir adjudicateur et qu'en outre, sauf précision dans le cahier spécial des charges prévoyant une nullité absolue, la violation de l'interdiction est une cause de nullité relative de l'offre<sup>(34)</sup>.

Il aurait sans doute été utile d'aller au bout de la clarification dans le texte même de l'arrêté, dans un paragraphe distinct consacré au régime des variantes libres sous les seuils européens et à la problématique générale de la régularité des offres et des variantes, bien que le Conseil d'État n'en ait rien dit<sup>(35)</sup>.

En adjudication, en cas de variantes obligatoires ou facultatives, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes<sup>(36)</sup>.

En appel d'offres, sauf disposition contraire dans les documents du marché, en cas de variante obligatoire ou facultative, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes en fonction des avantages économiques qu'elles offrent du point de vue du pouvoir adjudicateur<sup>(37)</sup>. Si des variantes libres peuvent être proposées, le pouvoir adjudicateur décide de celles qu'il ne retiendra pas. Ce qui précède s'applique aux variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient<sup>(38)</sup>.

### Options/secteur classique

#### *Article 9, 1° de la directive 2004/18/CE – Option obligatoire – Option libre*<sup>(39)</sup>

L'article 9, 1° de la directive 2004/18/CE évoquait la notion en prévoyant que « Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors T.V.A., estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles ». Ni le droit européen ni le droit belge ne définis-

saient cependant la notion d'option, ni la manière dont elle devait être prise en considération lors de la comparaison des offres. En pratique, il s'agit de prestations pour lesquelles le pouvoir adjudicateur demande un prix ou pour lesquelles un prix est proposé d'initiative par le soumissionnaire<sup>(40)</sup>. La directive précisait simplement qu'il fallait tenir

(31) Rapport au Roi.

(32) Rapport au Roi.

(33) C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c. Österreichische Autobahn- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (ASF/NAG)*, aff. C-421/01, *Rec.*, 2003, pp. I-11941 et s.; sur cet arrêt, voy. A. BREVILLE, « Le point sur les variantes après l'arrêt *Traunfellner* », *A.C.C.P.*, 2004, n° 29, pp. 56-58; M. DISCHENDORFER, « The Assessment of Variants under the EC Public Procurement Rules : The Traunfellner Case », *P.P.L.R.*, 2004, NA 67-73; MÉNÉSIS, « Le droit communautaire des variantes », *Dr. adm.*, 2004/2, pp. 21 et s.

(34) Rapport au Roi.

(35) Rapport au Roi.

(36) Article 100, §2 de l'arrêté.

(37) Article 101, §2 de l'arrêté.

(38) Article 101, §2, alinéa 2 de l'arrêté.

(39) L'auteur se réserve la possibilité de réutiliser tout ou partie du présent texte.

(40) C.E., 23 décembre 2002, n° 114.127, *SA Goessens et fils*; F. MOISES et A. VANDEBURIE, « Éléments délicats de la décision d'attribution. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution », *Mouv. comm.*, 2008, (490) 493.

compte des options dans le cadre de l'estimation du marché.

Cette absence de définition, et de régime juridique, a suscité bien des difficultés alors que l'utilité de l'option dans un processus d'achat semble évidente; son utilisation par les pouvoirs adjudicateurs pouvait paraître quelque peu désordonnée<sup>(41)</sup>.

Dans le cadre d'une adjudication, le Conseil d'État avait précisé que « les offres à classer sont celles recueillies lors de l'ouverture des soumissions et qui ont donc été établies sur la seule base du cahier des charges. Les offres comportant des variantes doivent être intégrées au classement unique destiné à déterminer l'offre la plus basse. Les 'autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours' sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels à cette date. Il ne peut donc être question d'admettre parmi ces 'autres éléments chiffrables' des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des soumissions. Ne peuvent pas être considérés comme des éléments 'qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours' les postes qualifiés d'options par le pouvoir adjudicateur : ces postes représentent, par rapport à l'offre de base, des travaux supplémentaires dont le pouvoir adjudicateur ne savait pas s'il aurait les moyens de les faire réaliser et, partant, s'ils feraient en définitive partie du marché »<sup>(42)</sup>. La doctrine avait critiqué cette manière de considérer les options au motif qu'il convenait d'appliquer par analogie, les règles qui s'appliquent à l'appréciation des marchés publics avec des tranches fixes et variables, où la passation du marché a lieu sur la base de l'appréciation tant des tranches fixes que des tranches variables. Dans les deux cas, il est en effet question d'une partie conditionnelle dont l'exécution

dépend d'une décision du pouvoir adjudicateur, alors que le soumissionnaire s'engage par contrat à exécuter cette partie également. Selon cette approche, l'option devait être prise en compte pour l'appréciation des offres<sup>(43)</sup>.

Cette jurisprudence semblait sacrifier la technique de l'option en voulant préserver la transparence et de l'impartialité du processus de choix : en effet, si seuls peuvent être pris en considération les éléments certains à l'ouverture des offres, l'option introduite qui consiste à précisément vérifier que le budget disponible est bien suffisant semblait condamnée, puisque le calcul se fait nécessairement après ouverture des offres et analyse de celles-ci.

Le nouvel arrêté (secteur classique)<sup>(44)</sup> a amélioré singulièrement la situation des acteurs de la commande publique en établissant un nouvel équilibre entre la transparence et la flexibilité indispensable aux processus d'achats.

L'option est désormais définie comme « un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit, soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire »<sup>(45)</sup>. Les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre<sup>(46)</sup>. En adjudication, les soumissionnaires ne peuvent attacher ni supplément de prix, ni aucune autre contrepartie à la présentation d'une option libre<sup>(47)</sup>. Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion ni pendant l'exécution du marché<sup>(48)</sup>.

L'option doit être distinguée de la tranche conditionnelle<sup>(49)</sup>, soit celle prévue dans un marché fractionné comportant une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles, la conclusion du marché portant sur l'ensemble du marché mais n'engageant le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes, les tranches conditionnelles étant subordonnées à une

(41) C.E., 6 février 2011, n° 93.099; C.E., 6 novembre 2007, n° 176.478; C.E., 7 octobre 2010, n° 207.981; C.E., 26 janvier 2010, n° 200.069; C.E., 23 décembre 2002, n° 114.127, *A.P.M.*, 2003 (sommaire), liv. 1, 10; *Rev. dr. commun.*, 2003 (sommaire), liv. 3, 88; *Entr. et dr.*, 2003, liv. 2, 162, rapport P. NIHOUL, note.

(42) C.E., 23 décembre 2002, n° 114.127, *SA Goessens et fils*.

(43) L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 826, p. 475.

(44) L'arrêté n'est pas encore publié à la date du 8 août 2011.

(45) Article 2, 11° de l'arrêté.

(46) Article 10, §2 de l'arrêté.

(47) Article 10, §2, alinéa 2 de l'arrêté. Si l'option libre est autorisée en adjudication alors que la variante libre ne l'est pas, c'est en raison, selon le rapport au Roi, de son caractère accessoire. Le rapport au Roi est clair, la levée d'une option en adjudication ne peut donner lieu à aucun supplément de prix. À vrai dire, ce passage n'est pas tout à fait clair. L'option libre ne pourrait être dans ces conditions, qu'une précision des entreprises que tel élément est compris dans le prix de tel poste, puisqu'il ne peut y avoir de supplément de prix. Cette hypothèse limitée ne présente que peu d'intérêt dans la pratique.

(48) Article 10, §3 de l'arrêté.

(49) Prévue à l'article 37, §1<sup>er</sup> de la loi du 15 juin 2006.

décision particulière du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues par le marché. Cette pratique se justifie essentiellement par des motifs budgétaires<sup>(50)</sup>.

Il existe deux type d'options<sup>(51)</sup> : l'*option obligatoire*, soit celle pour laquelle « le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de l'option et les soumissionnaires sont obligés de faire offre pour cette option » et l'*option libre* « qui peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires ».

En adjudication, en cas d'options obligatoires, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus

basse est déterminé suivant l'ordre de classement des offres majorées du prix offert pour l'ensemble de ces options<sup>(52)</sup>. Lorsqu'en contradiction avec l'article 10, §2, alinéa 2, un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que ce soit possible, à défaut de quoi l'offre est irrégulière<sup>(53)</sup>.

En appel d'offres, le pouvoir adjudicateur retient les options obligatoires et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>(54)</sup>.

(50) L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 800, p. 465.

(51) Article 10, §1<sup>er</sup> de l'arrêté.

(52) Article 100, §2, alinéa 2 de l'arrêté.

(53) Article 100, §2, alinéa 3 de l'arrêté.

(54) Article 101, §2, alinéa 3 de l'arrêté.