



Recueil de considérations et remarques diverses en matière de
marchés publics et de concessions de services et de travaux

Mis à jour au 1^{er} juillet 2024

Service public de Wallonie Intérieur et Action sociale
Département des Politiques publiques locales
Direction des Marchés publics et du Patrimoine

Table des matières

Préambule..... 1

Actualités/Modifications législatives 2

Outils en matière de marchés publics..... 6

I. Marchés publics 8

A.	Compétence des organes	8
1.	Fin de plein droit des délibérations de délégation de compétences	8
2.	Ratification a posteriori.....	8
3.	Avenants.....	8
4.	Urgence impérieuse	9
5.	Renonciation à une procédure et relance du marché	9
6.	Manifestation d'intérêt	9
7.	Zones de police monocommunes – Délégations	10
B.	Avis du Directeur financier.....	10
1.	Absence de demande d'avis	10
2.	Délai.....	10
3.	Avis postérieur à la prise de décision	11
C.	Qualification du contrat.....	11
1.	Marché public et opérations immobilières.....	11
D.	Les marchés publics exclus	13
1.	L'attribution de missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public	13
2.	Marchés passés sur base de l'exception "In House"	14
a)	Circulaire informative du 27 juillet 2018 intitulée « Le contrôle in house visé à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ».....	14
b)	Représentation officielle au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée.....	14
3.	La coopération horizontale non-institutionnalisée	15
4.	La désignation d'avocats en matière (pré)contentieuse.....	17
E.	Les accords-cadres et les centrales d'achat	17
1.	Indication de la valeur/quantité maximale	17

F.	Élaboration des documents du marché	18
1.	Législation applicable	18
2.	Délai de réception des offres en cas de visite des lieux	18
3.	Allotissement.....	19
4.	Durée des marchés publics	19
5.	Discordance entre les documents du marché	19
6.	Déclaration implicite sur l'honneur.....	20
7.	Sélection qualitative, niveau d'exigence approprié et moyens de preuve ..	20
a)	Généralités	20
b)	Chiffre d'affaires	21
c)	Liste de références antérieures.....	21
d)	Application de la sélection qualitative en procédure négociée sans publication préalable	21
e)	Moyens de preuves	22
8.	Agréations multiples	22
9.	Confusion entre critères de sélection et d'attribution.....	22
10.	Ristourne consentie sur le catalogue du fournisseur	23
11.	Révision de prix.....	24
12.	Dérogation au cautionnement.....	24
13.	Facturation électronique	24
14.	Calcul du délai de publicité.....	25
15.	Publicité européenne volontaire & DUME.....	26
G.	Analyse des offres	26
1.	Vérification des motifs d'exclusion - Motivation formelle	26
2.	Vérification des motifs d'exclusion – PNSPP.....	26
3.	Vérification des prix - Motivation formelle	27
4.	Examen des prix et acceptation de la justification des prix – Motivation formelle	27
5.	Motivation de l'attribution des cotes	28
6.	Ajout de sous-critères d'attribution et/ou de sous-pondérations	29
7.	Rabais - Attribution à l'ensemble économiquement le plus avantageux de lots	



8.	Prolongation du délai d'engagement des offres	32
9.	Variantes et options.....	33
H.	Exécution du marché.....	34
1.	Modification substantielle	34
I.	Les marchés publics visant la désignation d'un réviseur	34
1.	Durée du marché public.....	34
	Compétences des organes - Intercommunales	35
2.	35
II.	<u>Concessions de services et de travaux.....</u>	36
A.	Qualification de l'opération	36
1.	Concession de services et de travaux et marché public	36
a)	Transfert du risque lié à l'exploitation	36
b)	Exemple tranché par le Conseil d'État – Enlèvement et entreposage de véhicules	36
c)	Rédaction des documents de concession	38
2.	Concession de services et de travaux et « mise à disposition ».....	38
B.	Compétence des organes.....	39
1.	Délégation du conseil vers le collège.....	39
a)	Estimation de la valeur de la concession	39
b)	Absence de distinction entre budget ordinaire et extraordinaire	40
c)	Stricte interprétation	40
2.	Modification du cahier des charges après sa publication	40
3.	Fixation des conditions et publication de l'avis : temporalité.....	41
4.	Approbation d'une convention	41
C.	Avis du Directeur financier	41
D.	Importance d'estimer la valeur de la concession	41
E.	Durée de la concession	43
F.	Motifs d'exclusion, conditions de sélection et critères d'attribution - Distinction	43
G.	Motivation.....	44
1.	Législation applicable	44
a)	Loi du 29 juillet 1991	44

b)	Loi du 17 juin 2013	44
2.	Motivation stéréotypée : les offres jugées « suffisantes »	45
3.	Méthode d'évaluation des offres.....	45
4.	Attribution de cotes identiques	46
5.	Insertion de sous-critères	46
6.	Neutralisation de critères en raison de son illégalité.....	47
7.	Présentation orale.....	47
H.	Patere legem quam ipse fecisti	48
I.	Considérations spécifiques aux concessions de services exclues du champ d'application de la législation spécifique compte tenu de leurs valeurs.....	48
1.	Mise en concurrence	48
2.	Motifs d'exclusion et conditions de sélection.....	50
3.	Critères d'attribution.....	51
4.	Rendre applicable certaines dispositions de la législation	51
5.	Modification en cours d'exécution	52
J.	Considérations spécifiques aux concessions soumises au champ d'application de la législation relative aux contrats de concession	53
1.	Calcul des délais.....	53
2.	Communication électronique	53
3.	Variantes et options.....	54
4.	Modifications.....	54
a)	L'existence d'une clause de réexamen (article 62) ;.....	54
b)	L'application d'une clause de révision de prix (article 63) ;.....	54
c)	La réalisation de travaux et services complémentaires (article 64) ;.....	54
d)	L'existence d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (article 65) ;	54
e)	Le remplacement du concessionnaire (article 66) ;.....	55
f)	La règle « de minimis » (article 67) ;.....	55
g)	Les modifications non substantielles (article 68).....	55
K.	Autres considérations.....	56
1.	Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	56
2.	Concordat.....	56



Préambule

Le présent document reprend une compilation de diverses considérations et remarques soulevées par la Direction des Marchés publics et du Patrimoine du SPW Intérieur à l'encontre de dossiers soumis à son instruction dans le cadre de l'exercice de la tutelle ou de demandes d'avis préalable en matière de marché public et de concession de services et de travaux.

Ce recueil n'a pas pour vocation de viser de manière exhaustive toutes les remarques formulées aux pouvoirs locaux ou tous les griefs d'annulation soulevés à l'encontre des délibérations instruites ni de rappeler toutes les règles applicables aux marchés publics et aux concessions. Il doit simplement permettre d'attirer l'attention des pouvoirs locaux (essentiellement les communes, provinces et intercommunales) sur diverses erreurs, incompréhension et/ou mauvaises interprétations des principes de droit administratif et des dispositions légales et réglementaires rencontrées et ainsi leur éviter de commettre certaines illégalités et/ou les aider à assurer la sécurité juridique de leurs opérations.

Il convient de constater que les remarques reprises ci-après ont été adressées aux pouvoirs locaux dans des cas spécifiques et que, par conséquent, les pouvoirs locaux doivent les adapter au cas d'espèce concrètement rencontré.

Ce document sera mis à jour tous les ans et les modifications y apportées seront mises en exergue. Il est divisé en deux grandes parties : les marchés publics et les concessions. Néanmoins, certaines considérations émises dans le cadre d'un marché public s'appliquent *mutatis mutandis* à une concession et inversement (le présent document renvoie expressément de manière non exhaustive d'une partie à l'autre).

Usage des moyens de communication électroniques en procédure négociée sans publication préalable

Depuis le 1^{er} septembre 2023, l'exception à l'usage des moyens de communication électronique, notamment en matière de transmission et de réception des offres, applicable aux marchés publics passés par la voie d'une procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil de la publicité européenne a pris fin.

Concrètement, pour toutes les procédures négociées sans publication préalable dont l'invitation à soumissionner est envoyée à partir du 1^{er} septembre 2023, les adjudicateurs doivent utiliser la plateforme **e-Procurement** en vue d'inviter électroniquement les opérateurs économiques choisis à déposer une offre. Ces opérateurs économiques déposeront alors à leur tour leur offre de manière électronique sur la plateforme.

Publication des avis d'attribution et de renonciation pour les marchés belges

Depuis le 1^{er} septembre 2023, les adjudicateurs ont l'obligation de publier **un avis d'attribution de marché simplifié** ou **de non-attribution** relatif aux résultats de la procédure de passation d'un marché dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne. Cet avis doit être envoyé au plus tard dans les trente jours suivant la conclusion du marché ou de l'accord-cadre.

Tous les marchés publics, à l'exception des marchés de faible montant, doivent dès lors faire l'objet à l'issue de leur passation d'un avis d'attribution ou de renonciation.

Cautionnement

De nouvelles règles relatives au cautionnement sont applicables aux marchés publiés ou aux marchés dont l'invitation à soumissionner a été envoyée à compter **du 1^{er} novembre 2023**.

Si le principe demeure celui d'un cautionnement équivalent à 5% de la valeur du marché, l'on relève notamment parmi les modifications notables :

- La faculté de prévoir un cautionnement inférieur à 5% de la valeur du marché ou de supprimer l'exigence de cautionnement, et ce sans que cela constitue une dérogation à l'article 25 RGE. Il n'est dès lors plus nécessaire dans ces cas d'indiquer en tête de cahier des charges et de motiver l'absence de cautionnement ou un cautionnement moindre.
- L'interdiction d'exiger un cautionnement pour les marchés dont la valeur est inférieure à 50.000 € HTVA.

- En cas d'accord-cadre mono-attributaire, la faculté de prévoir un cautionnement global pour l'accord-cadre. Ce cautionnement global équivaut à 3% de la valeur estimée de l'accord-cadre, sauf disposition expresse au sein des documents du marché fixant un pourcentage inférieur.

Adaptation des seuils de publicité européenne & du seuil de recours à la PNSPP

Au 1^{er} janvier 2024, les seuils de publicité européenne ont été adaptés. Ils s'établissent désormais comme suit :

- Travaux : montant estimé \geq 5.538.000 € HTVA
- Fournitures/Services : montant estimé \geq 221.000 € HTVA

Le seuil de recours à la procédure négociée sans publication préalable sur base de l'hypothèse de la dépense à approuver [art. 42, § 1^{er}, 1^o, a)] s'établit désormais à 143.000 € HTVA.

Avances – Indemnités de soumission – Classement provisoire

Le 22 décembre 2023, le législateur fédéral adoptait une loi modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés.

Cette loi comporte des dispositions nouvelles relatives :

- À l'octroi d'avances, entrées en vigueur **au 1^{er} janvier 2024** ;
- À l'octroi d'une indemnité de soumission, entrées en vigueur **au 1^{er} février 2024**;
- À l'information des soumissionnaires quant au classement provisoire à l'ouverture des offres, entrées en vigueur **au 1^{er} juin 2024**.

Les informations détaillées quant à ces nouveautés peuvent être consultées [ici](#).

Application de la facturation électronique aux marchés de faible montant

Depuis le 1^{er} mars 2024, l'obligation de facturation électronique s'applique également aux marchés publics dont le montant estimé est inférieur à 30.000 € HTVA.

Ceci met ainsi fin à l'entrée en vigueur progressive de la facturation électronique. La facturation électronique s'applique désormais à tous les marchés publics.

L'obligation de facturation électronique au sein des marchés publics connaît **une seule exception** : en effet, elle n'est pas applicable aux marchés publics dont le montant estimé est inférieur à 3.000 € HTVA.

Relèvement du seuil des classes d'agrément des entrepreneurs de travaux

Par un arrêté royal du 14 avril 2024 modifiant l'arrêté royal du 26 septembre 1991, lequel fixe notamment le seuil des classes d'agrément des entrepreneurs de travaux, lesdits seuils de classe sont relevés comme suit **à partir du 1er juin 2024** :

Valeur maximale de la soumission à un marché de travaux pouvant être confié à un entrepreneur :

	Jusqu'au 31.05.2024	À partir du 01.06.2024
Classe 1	135 000 € HTVA	162 000 € HTVA
Classe 2	275 000 € HTVA	330 000 € HTVA
Classe 3	500 000 € HTVA	600 000 € HTVA
Classe 4	900 000 € HTVA	1 080 000 € HTVA
Classe 5	1 810 000 € HTVA	2 172 000 € HTVA
Classe 6	3 225 000 € HTVA	3 870 000 € HTVA
Classe 7	5 330 000 € HTVA	6 396 000 € HTVA

Ce relèvement des classes d'agrément vise à répondre à l'évolution des coûts et des prix dans le secteur de la construction et à ainsi permettre aux entrepreneurs agréés de conserver la faculté d'exécuter des travaux d'une ampleur équivalente à leur classe au moment où ils ont été agréés mais dont la valeur excède aujourd'hui le seuil en raison de l'augmentation des coûts et des prix.

Décrets du 28 mars 2024 en vue de simplifier le fonctionnement des organes des pouvoirs locaux

Les décrets du 28 mars 2024 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de simplifier le fonctionnement et l'organisation des organes communaux et provinciaux, ainsi que modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale en vue de simplifier le fonctionnement et l'organisation de leurs organes, apportent diverses modifications.

Ces modifications entrent en vigueur au :

- 1^{er} septembre pour les COMMUNES et les PROVINCES.
- 1^{er} octobre pour les CPAS.

Nous relevons notamment celles qui suivent.

- Relèvement du seuil financier concernant l'avis de légalité obligatoire, écrit, préalable et motivé du directeur financier

Le seuil financier à partir duquel le directeur financier est chargé de remettre un avis de légalité écrit, préalable et motivé sur les projets de décisions, suite à la transmission du dossier, est relevé à 30.000 € HTVA.

- Suppression de la prise d'acte en cas d'exercice des compétences du conseil par le collège ou le bureau permanent en raison d'une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles

Constatant que la « prise d'acte » donnait lieu à diverses interprétations et pratiques, elle a été supprimée.

Il importe, en cas de d'exercice des compétences du conseil par le collège ou le bureau permanent en raison d'une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, que communication en soit faite au conseil, sans vote nécessaire et avec une mention dans le procès-verbal de cette communication.

- Faculté de délégation du collège communal/du conseil de l'action sociale au directeur général ou au directeur général adjoint, des compétences de vérification, en vue de leur paiement, des prestations effectuées, ainsi que le cas échéant d'invitation à facturer et de fixation du montant à facturer

Anticipant une modification annoncée par le législateur fédéral concernant la réduction des délais de paiement au sein des marchés publics, le législateur régional estime qu'il convient dès lors de permettre au collège communal/au conseil de l'action sociale de déléguer leurs compétences en la matière afin d'accélérer les étapes de paiement.

Cette faculté n'est pas reconnue au COLLÈGE PROVINCIAL.

Outils en matière de marchés publics

Nouveau

➤ *Solliciter un avis préalable de l'administration chargée de l'instruction des dossiers soumis à la tutelle :*

- **Sur quel objet ?** une question spécifique, des projets de délibération ou de documents de marché.

Aucun avis n'est rendu sur des documents ou des délibérations adoptées.

- **Par quel canal ?**

- **Via le Guichet des Pouvoirs locaux** – Formulaire « Demande d'avis préalable sur un marché public/concession ».

Uniquement pour les demandes d'avis sur les projets de délibération et de documents de marché/concession des COMMUNES, PROVINCES, INTERCOMMUNALES ET ASSOCIATIONS CHAPITRE XII.

- **Par courriel** à l'adresse :
 - pour les **CPAS** en fonction de leur province :
 - hainaut.interieur@spw.wallonie.be
(du Hainaut)
 - liege.interieur@spw.wallonie.be
(pour les CPAS de la province de Liège)
 - luxembourg.interieur@spw.wallonie.be
(pour les CPAS de la province de Luxembourg)
 - namur.brabantwallon.interieur@spw.wallonie.be
(pour les CPAS des provinces de Namur et du Brabant wallon)
 - pour les **AUTRES POUVOIRS LOCAUX** soumis à la tutelle générale d'annulation du Ministre des Pouvoirs locaux :
 - marchespublics.interieur@spw.wallonie.be
(pour les marchés publics)
 - patrimoine.interieur@spw.wallonie.be
(pour les concessions et les opérations patrimoniales)

- La circulaire du 19 février 2024 relative aux compétences et à la tutelle générale à transmission obligatoire en matière de marchés publics et de concessions

Cette circulaire a pour objet, à la suite des dernières modifications légales intervenues en la matière, d'explicitier et de commenter les règles de compétence et la tutelle générale d'annulation à transmission obligatoire applicables à la matière des marchés publics et des concessions de services et de travaux.

Conçue comme un outil pratique, elle synthétise l'ensemble de la matière de manière structurée.

- Le Portail des Pouvoirs locaux

En matière de marchés publics et de concessions, ce portail fournit une information générale sur les actes soumis à la tutelle générale d'annulation à transmission obligatoire.

Il héberge par ailleurs le Recueil de considérations et remarques diverses, ainsi que les anciens numéros de la présente newsletter.

Il dispense une information relative à l'ensemble des matières traitées par le Département des Politiques publiques locales du SPW Intérieur et Action sociale.

- Le Portail des marchés publics en Wallonie

Ce portail dispense une information générale et spécifique en matière de marchés publics au travers de divers outils dont un dictionnaire des marchés publics, une foire aux questions, des actualités, des fiches thématiques, achats publics responsables...

Il héberge également de multiples modèles de documents et clauses-types (cahiers des charges, décision motivée, courriers...).

- La Newsletter des Marchés publics du SPW Intérieur et Action sociale

Sans périodicité spécifique, elle diffuse une information législative, jurisprudentielle et thématique directement aux agents des pouvoirs locaux.

I. Marchés publics

A. Compétence des organes

1. Fin de plein droit des délibérations de délégation de compétences

En application des articles L1222-3, § 4, et L2222-2, § 4, du code de la démocratie locale et de la décentralisation, toute délégation octroyée par le conseil prend fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.

A dater de ce moment, ces délibérations ne peuvent plus fonder la compétence du collège ou des personnes déléguées. Le conseil nouvellement installé doit alors adopter une nouvelle délibération s'il souhaite déléguer ses compétences en matière de marchés publics.

2. Ratification a posteriori

Toute décision emportant des effets juridiques définitifs doit être adoptée par l'organe compétent initialement et antérieurement à ses effets. Un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification.

Le Conseil d'État en donne un exemple dans son arrêt n°249.291 du 18 décembre 2020 :

« La décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable doit être prise par l'autorité compétente avant le lancement de la procédure. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert a posteriori par une ratification. C'est d'autant plus le cas en l'espèce que la décision de recourir à ce type de procédure exclut des opérateurs économiques de la possibilité d'y participer et produit de la sorte des effets juridiques avant l'adoption de la décision d'attribution du marché censée procéder à ladite ratification par les autorités compétentes ».

3. Avenants

En vertu de l'article L1222-4 du CDLD, il appartient exclusivement au collège communal d'apporter aux marchés publics toute modification en cours d'exécution. En conséquence, une délibération par laquelle le conseil communal approuve une modification est illégale.

4. Urgence impérieuse

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège peut d'initiative exercer certaines compétences du conseil en matière, notamment, de choix de la procédure de passation et de fixation des conditions des marchés publics (articles L1222-3 et suivants et L2222-2 et suivants du CDLD).

Il importe que la délibération adoptée par le collège justifie formellement et adéquatement ladite urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles à la lumière des circonstances du cas d'espèce.

Compte tenu du prescrit des dispositions susmentionnées du CDLD, cette urgence ne peut être légalement justifiée lorsque les problèmes rencontrés ne sont pas apparus de manière subite mais durent, au contraire, depuis plusieurs semaines et que le collège a connaissance de cette récurrence. Ainsi, le retard de l'auteur de projet, déjà constaté dès le mois de février, ne peut constituer un événement imprévisible pour le pouvoir adjudicateur lors de l'approbation de la procédure de passation et des conditions du marché de travaux, en juillet.

5. Renonciation à une procédure et relance du marché

En application des articles L1222-4 et L2222-2bis du CDLD, la renonciation à l'attribution d'un marché ressort de la compétence du collège au titre de sa compétence relative à l'attribution des marchés publics.

Malgré l'arrêt isolé et critiqué n°224.643 du Conseil d'État, la relance du marché public abandonné ressort, sauf délégation conforme, de la compétence du conseil s'agissant de l'adoption d'une nouvelle procédure de passation et d'un nouveau marché public.

6. Manifestation d'intérêt

En suite des arrêts C-216/17 et C-23/20 de la Cour de Justice de l'Union européenne quant à l'indication, concernant les accords-cadres, de la valeur et/ou quantité maximale de prestations pouvant être exécutées en vertu d'un accord-cadre et après laquelle il prend fin par épuisement de ses effets, la pratique s'est répandue parmi les centrales d'achat d'adresser aux potentiels pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires une sollicitation à manifester leur intérêt aux marchés à passer dans le cadre de la centrale et à estimer leurs besoins. Certaines de ces manifestations d'intérêts, selon les centrales d'achat et leurs conditions, peuvent être contraignantes en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires s'engagent à commander un minimum de prestations et/ou à ne pas excéder le maximum estimé.

Suite aux modifications apportées par le décret du 6 octobre 2022 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de simplifier les dispositions relatives aux marchés publics et aux concessions de services et de travaux, la manifestation d'intérêt, contraignante ou non, ressort explicitement de la compétence du conseil communal ou provincial, qui peut toutefois la déléguer, sans que le CDLD n'y impose aucune condition, au collègue, au directeur général (adjoint), ainsi qu'à tout autre fonctionnaire à l'exclusion du directeur financier.

Nouveau

7. Zones de police monocommunes – Délégations

Dans le cadre de la passation des marchés publics relevant de la zone de police monocommune, le collègue communal peut recevoir du conseil communal délégation des compétences relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché :

- concernant les dépenses relevant du budget ordinaire : dans les limites des crédits inscrits.
- concernant les dépenses relevant du budget extraordinaire : lorsque la valeur du marché est inférieur au seuil fixé pour le recours à la procédure négociée sans publication préalable sur base de l'hypothèse de la dépense à approuver (actuellement 143.000 € HTVA).

Ainsi, selon que la commune agisse ou non dans le cadre de ses attributions de police, les seuils de délégation en matière de passation des marchés publics varient.

B. Avis du Directeur financier

1. Absence de demande d'avis

Conformément à l'article L1124-40 du CDLD, l'avis du directeur financier pour les marchés publics ayant un impact financier ou budgétaire supérieur à 22.000 euros [30.000 € HTVA, à compter du 1^{er} sept. 2024 pour les communes et provinces/à compter du 1^{er} octobre pour les CPAS] doit être sollicité.

Cet avis doit être écrit, préalable et motivé et, en matière de marchés publics, doit être demandé tant sur les décisions en matière de choix du mode de passation, que sur les décisions d'éventuelle relance, d'attribution ou de modifications du marché pour autant que le seuil précité soit dépassé.

2. Délai

L'article précité prévoit que le directeur financier dispose d'un délai de 10 jours ouvrables à partir de la réception du dossier contenant le projet et ses annexes pour remettre son avis.

Il n'est pas opportun de solliciter cet avis à la dernière minute, en ne respectant pas le délai prescrit.

3. Avis postérieur à la prise de décision

L'avis du directeur financier doit être préalable à la décision du conseil ou du collège.

Dès lors, il n'est pas opportun qu'il soit remis postérieurement, voire demandé postérieurement.

C. Qualification du contrat

1. Marché public et opérations immobilières

Deux arrêts du Conseil d'État relatifs à la prise en location par la Région de Bruxelles Capitale de bâtiments (nouvelle cité administrative) méritent d'être mis en exergue dans la mesure où ils soulignent l'importance de s'interroger, dans le cadre de toutes opérations immobilières, sur l'application ou non de la législation relative aux marchés publics.

Dans le premier recours dirigé contre l'appel à projet de l'opération en cause, le Conseil d'État (arrêt n° 242 094 du 12 juillet 2018) a conclu à l'absence de marché public de travaux pour les motifs suivants :

« Les actes attaqués portent sur un bien déjà construit ou un bien dont la conception a été arrêtée antérieurement à la manifestation de volonté de la partie adverse puisqu'il y est explicitement prévu que l'immeuble doit "être un immeuble existant ou pour lequel une demande de permis d'urbanisme a été déposée antérieurement à l'envoi du présent appel à manifestation d'intérêt".

Ces actes n'ont donc ni la conception ni l'exécution d'un ouvrage pour objet. Il n'est pas démontré que la partie adverse exerce une influence déterminante sur la nature ou la conception d'un des immeubles qu'elle demande qu'on lui présente.

L'importance des travaux de mise en état locatif et d'installation dépendra de l'état des immeubles présentés à la partie adverse puis du bâtiment retenu par celle-ci. Elle sera donc variable. Il n'est pas actuellement établi que ces travaux dépassent l'accessoire dans l'éventuelle future opération d'acquisition selon un mode encore indéterminé au moment de l'adoption des actes attaqués. La perspective de ces travaux ne permet pas d'admettre que la partie adverse exerce une influence déterminante sur la nature ou la conception d'un immeuble.

Il n'est donc pas établi que les actes attaqués sont relatifs à un marché public de travaux ni que la loi du 17 juin 2013, précitée, serait applicable

pour une autre raison. ».

Cependant, dans le deuxième recours dirigé contre la décision « d'attribution » de ladite opération, le Conseil d'État (n° 242 755 du 23 octobre 2018), à la lumière de l'évolution de la procédure, a conclu à la qualification de marché public de travaux pour les raisons suivantes :

« la qualification de "marché public", en général, ou de "marché public de travaux", en particulier, ne peut être exclue sur la seule base de l'arrêt n° 242.094 du 12 juillet 2018, et ce dès lors que celui-ci s'est prononcé sur la qualification de l'opération litigieuse à un moment où il pouvait ne pas être question d'un marché public, alors que les données de la présente cause imposent – au vu de l'évolution de cette opération – de procéder à un nouvel examen de cette question.

(...) il ne peut être question de s'en tenir à la seule qualification que les parties déclarent ou entendent donner à une opération susceptible d'être qualifiée de différentes manières.

En l'espèce, il n'est pas douteux que l'opération litigieuse a vocation à s'inscrire dans le cadre d'une relation contractuelle entre la partie adverse, dont la qualité de "pouvoir adjudicateur" est bien établie, et le bénéficiaire de l'acte attaqué, qui peut, à l'évidence, être qualifié d'"opérateur économique".

Par ailleurs, le caractère onéreux du contrat est également vérifié : d'une part, celui-ci a pour objet une prestation qui comporte un intérêt économique direct pour la partie adverse, à savoir le droit de jouir de l'immeuble pendant une durée minimale de dix-huit ans ; d'autre part, cette prestation est assurée en échange d'une contrepartie revêtant la forme du loyer au paiement duquel la partie adverse sera tenue.

Il reste enfin à déterminer si le contrat a bien pour objet la réalisation de "travaux", au sens précité. Il s'impose avant tout d'observer que – dès lors que le contrat de bail porte sur un immeuble encore inexistant – l'opération litigieuse a nécessairement pour objectif prioritaire la construction de cet immeuble. L'objet principal de ce contrat, et sans lequel il ne peut y avoir de mise en location, est donc bien la réalisation d'un ouvrage, au sens des dispositions précitées. Ensuite, et quand bien même l'ouvrage à réaliser serait un immeuble de bureaux "standard", susceptible de répondre tant aux besoins d'un pouvoir public qu'à ceux d'un opérateur privé, il ne peut être perdu de vue que cet immeuble doit répondre à des exigences fixées par la partie adverse, relatives notamment à sa localisation, à son accessibilité, à sa surface, aux services annexes qu'il doit comprendre (parking, cafétéria, ...), à une préférence pour son caractère "mono-occupant" et au délai de mise à

disposition de l'immeuble (délai auquel annonce se conformer le planning des travaux indiqué par le bénéficiaire de l'acte attaqué). Il peut donc être considéré, sur la base d'un examen effectué en extrême urgence, qu'il s'agit bien d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par la partie adverse. Enfin, les données relatives à la chronologie de l'affaire, à la publication des besoins de la partie adverse au cours des dernières années, aux dates d'introduction des demandes de permis d'urbanisme et de permis modificatifs ainsi qu'à l'obligation contractuelle d'organisation d'un contrôle de conformité de l'ouvrage, une fois réalisé, aux prescriptions convenues entre les parties, constituent, prima facie, autant d'indices de l'exercice d'une influence déterminante de la partie adverse sur la nature ou la conception de cet ouvrage. »

D. Les marchés publics exclus

1. L'attribution de missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public

En vertu des obligations de services publics confiées aux gestionnaires de réseau de distribution par le Décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'AGW du 6 novembre 2008 relatif à l'obligation de service public imposée aux gestionnaires de réseaux de distribution en termes d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public, les gestionnaires de réseau de distribution jouissent quant à ces missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public d'un droit exclusif. Afin de respecter le prescrit de l'article 29 de la loi, il convient dès lors de considérer ses travaux comme étant des prestations accessoires de pose et d'installations.

En revanche, toute autre intervention relative aux installations d'éclairage public, telle que leur renouvellement ou l'extension du réseau d'éclairage public, devrait faire l'objet d'un marché public en bonne et due forme, sauf à faire l'objet d'un marché public passé sur base du "In House" ou à s'inscrire dans le cadre de la prestation d'activités d'achat centralisées d'une centrale d'achat du gestionnaire de réseau de distribution à laquelle le pouvoir local aura préalablement adhéré.

Il convient par ailleurs de bien distinguer la notion de droit exclusif (visée à l'article 29 de la loi du 17 juin 2016) de celle de l'exclusivité permettant de recourir à la procédure négociée sans publication préalable en invitant un unique opérateur économique à déposer offre (procédure visée à l'article 42, §1er, 1°, d), iii, de la loi du 17 juin 2016).

2. Marchés passés sur base de l'exception "In House"

- a) Circulaire informative du 27 juillet 2018 intitulée « Le contrôle in house visé à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics »

Les conditions d'application de cette exception ont été détaillées au sein de [la circulaire informative du 27 juillet 2018 intitulée « Le contrôle in house visé à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics »](#) et diffusée à l'ensemble des pouvoirs locaux.

Cette circulaire insiste sur les trois éléments suivants :

- les conditions d'application de l'article 30 ;
- le caractère facultatif du recours au "In House", et donc non obligatoire dans le chef de l'adjudicateur ;
- les compétences de organes délibérants (une délibération de passation relevant, sauf délégation, de la compétence du conseil et une délibération d'attribution relevant de la compétence du collège).

- b) Représentation officielle au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée

En vue d'exciper d'une relation « in house » conjointe avec d'autres pouvoirs adjudicateurs à l'égard d'une personne morale contrôlée, l'article 30, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose, entre autres conditions, l'existence d'un contrôle analogue conjoint sur la personne morale contrôlée.

Afin qu'un tel contrôle analogue puisse être reconnu dans le chef de chacun des pouvoirs adjudicateurs conjoints, l'article 30, § 3, al. 2, 1°, précise que les organes décisionnels de la personne morale contrôlée doivent être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants.

Par son arrêt du 22 décembre 2022, dans les affaires jointes C-383/21 et C-384/21, la Cour de Justice de l'Union européenne vient préciser que cette représentation doit s'effectuer de manière officielle, et non purement factuelle.

En l'espèce, les parties à l'opération considéraient que l'exigence de représentation de tous les pouvoirs adjudicateurs participants était satisfaite de par la participation à l'organe décisionnel de la personne morale contrôlée d'un conseiller communal, effectivement désigné par la commune en vue de la représenter auprès de la personne morale contrôlée, également membre du conseil d'administration de la société de logement de service public, laquelle bien que membre de la personne morale contrôlée n'avait pas officiellement désigné de représentant parmi les organes décisionnels de la personne morale contrôlée.

La Cour dit ainsi : « Afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur ».

3. La coopération horizontale non-institutionnalisée

L'article 31 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise qu'un « marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :

1° le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 30, § 4. »

Cette coopération doit être un partenariat basé sur des engagements (droits et devoirs) réciproques (mais pas forcément équivalents) entre les partenaires. La délégation pure et simple d'une mission par une partie à l'autre n'entraîne aucune coopération.

En d'autres termes, la coopération public-public n'est pas une simple alternative à l'exception dite « in house » lorsque, par exemple, l'intercommunale cocontractante en cause est mixte. Si « l'idée d'une rémunération pour service presté est la base du in house ; elle est, par contre, exclusive de l'hypothèse de la coopération. »¹.

En outre, il ne semble pas que cette rémunération puisse excéder le simple remboursement de frais engagés par d'autres partenaires à la coopération. Les

¹ De Beys, B., Dubois, C., « La mutualisation des ressources publiques – Dans quelles conditions les pouvoirs publics peuvent-ils directement coopérer entre eux ? » in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2013-2014 / Chronique des Marchés Publics 2013-2014*, Bruxelles, EBP Consulting, 2014, p. 854.

transferts financiers entre les partenaires à la coopération apparaissent donc exclusifs de tout bénéfice au profit des partenaires.

Concrètement, la coopération réciproque entre les parties doit être explicite. En effet, à titre d'exemple, le simple fait pour l'un des affiliés d'une intercommunale de mettre à disposition un local dûment équipé et de rémunérer ladite intercommunale pour les services prestés apparaît insuffisant à prouver l'existence d'un véritable partenariat.

L'on se reportera utilement au récent arrêt C-429/19 de la Cour de Justice de l'Union européenne consacré à la notion de « coopération » et dégageant une exigence d'effectivité de la coopération et des critères d'appréciation d'une authentique coopération.

Toute coopération doit ainsi répondre à une exigence d'effectivité, excluant par-là l'ensemble des contributions réciproques consistant en de simples déclarations d'intentions ou encore dérisoires, voire sans objet.

Par ailleurs, une authentique coopération requiert l'indispensable *“participation conjointe de toutes les parties à l'accord de coopération”*, sachant que *“cette condition ne saurait être réputée satisfaite lorsque l'unique contribution de certains cocontractants se limite à un simple remboursement des frais”*. En effet, *“si un tel remboursement des frais suffisait à lui seul à caractériser une « coopération » [...], aucune différenciation ne pourrait être établie entre une telle « coopération » et un « marché public »”*.

Enfin, *« la conclusion d'un accord de coopération entre entités appartenant au secteur public doit apparaître comme l'aboutissement d'une démarche de coopération entre les parties à celui-ci. L'élaboration d'une coopération entre entités appartenant au secteur public présente, en effet, une dimension intrinsèquement collaborative, qui fait défaut dans une procédure de passation d'un marché public relevant des règles prévues par la directive 2014/24. Ainsi, la préparation d'un accord de coopération présuppose que les entités du secteur public qui envisagent de conclure un tel accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter. [...] Il s'ensuit que l'existence d'une coopération entre entités appartenant au secteur public repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération, et nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics »*.

Notons encore que la Cour de Justice s'est clairement exprimée au sein de l'arrêt C-796/18 quant à la fourniture non conjointe de services publics par les partenaires à la coopération : *« Ladite disposition se borne à évoquer une communauté d'objectifs, sans exiger la fourniture conjointe d'un même service public. En effet, ainsi qu'il ressort du considérant 33, premier alinéa, de la directive 2014/24, « [l]es services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs*

participants [à une telle coopération] ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires ». Il n'apparaît donc pas indispensable que l'activité de service public soit assurée en commun par les personnes publiques participant à la coopération. Il s'ensuit [...] qu'il autorise indifféremment les pouvoirs adjudicateurs participants à assurer, aussi bien conjointement que chacun individuellement, une mission de service public, pourvu que leur coopération permette d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ».

4. La désignation d'avocats en matière (pré)contentieuse

L'article 28, § 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics exclut de l'application des procédures de passation le marché public visant la désignation d'un avocat en vue de fournir un conseil sur un objet à forte probabilité contentieuse, ainsi que la désignation d'un avocat en vue de la préparation et de la représentation légale dans le cadre d'une procédure contentieuse.

Conformément au second paragraphe de l'article 28 de la loi précitée, le Roi a cependant usé de la faculté lui offerte afin de soumettre de tels marchés publics à une mise concurrence. Ainsi aux termes de l'article 125 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ces marchés publics demeurent soumis aux principes généraux du Titre Ier de la loi, hormis ceux relatifs au paiement pour un service fait et accepté et à l'usage des moyens électroniques. Par ailleurs, ces marchés publics doivent être passés après consultation, si possible, des conditions de plusieurs avocats, néanmoins sans obligation de solliciter formellement l'introduction d'offres. Une simple consultation des conditions et tarifs directement accessibles peut, le cas échéant, suffire. La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

À titre indicatif, il est signalé que la désignation d'un avocat en dehors d'un cadre (pré)contentieux relève du régime assoupli applicable aux services sociaux et autres services spécifiques.

La désignation d'un avocat n'est donc jamais exempte, sauf motivation particulière propre au cas d'espèce, d'une forme de mise en concurrence.

E. Les accords-cadres et les centrales d'achat

1. Indication de la valeur/quantité maximale

Suite aux arrêts C-216/17 et C-23/20 de la Cour de Justice de l'Union européenne, il est à présent requis que l'avis de marché ou, le cas échéant,

l'invitation à déposer une offre relatif à un accord-cadre mentionne, outre la quantité et/ou la valeur estimée, une quantité et/ou une valeur maximale des prestations à fournir en vertu dudit accord-cadre avec pour conséquence qu'une fois cette dernière limite atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets et prendra fin qu'importe que sa durée soit ou non échue.

L'arrêt C-23/20 précise qu'une mention globale de la valeur et/ou quantité maximale des prestations est suffisante à garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Néanmoins, rien ne s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur, pour parfaire l'information des soumissionnaires et leur permettre d'apprécier au mieux l'opportunité de présenter une offre, fixe des exigences supplémentaires et subdivise la quantité ou la valeur globale maximale des prestations à fournir au titre de l'accord-cadre afin de caractériser les besoins du pouvoir adjudicateur et ceux des pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires.

F. Élaboration des documents du marché

1. Législation applicable

La législation applicable à un marché public est celle en vigueur au moment de la publication, ou à défaut de l'envoi des invitations à déposer offre, dudit marché public.

La réglementation applicable aux marchés publics publiés ou dont l'invitation à remettre offre a été envoyée à compter du 30 juin 2017 est :

- La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- L'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ;
- L'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Aucun marché public publié ou dont l'invitation à remettre offre a été envoyée à compter du 30 juin 2017 ne peut plus être fondé sur la réglementation antérieure abrogée, sauf en vertu d'une disposition transitoire prévue par la nouvelle réglementation applicable.

2. Délai de réception des offres en cas de visite des lieux

En application de l'article 59, §2, de la loi du 17 juin 2016, lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents étayant les documents du marché, les délais de réception des offres doivent être supérieurs aux délais minimaux fixés aux

articles 36 à 41 de la loi et arrêtés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leur offre.

3. Allotissement

En vertu de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'allotissement d'un marché public de travaux, de services et de fournitures doit être envisagé dès lors que le montant estimé de ce marché atteint le seuil de publication européen applicable aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux quant à leurs marchés publics de services et de fournitures.

En cas de non-allotissement, il convient d'en mentionner les raisons principales dans les documents du marché.

4. Durée des marchés publics

De manière générale, il est admis que la durée des marchés publics ne peut excéder quatre années à compter de leur conclusion, sauf motivation expresse fondée sur les circonstances concrètes et particulières du marché concerné.

Il est toutefois des marchés pour lesquels une réglementation spécifique impose la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Tel est le cas, par exemple, de la désignation d'un Service externe pour la prévention et la protection au travail.

Il convient dans ce cas de prévoir, conformément à la réglementation spécifique applicable, une durée indéterminée au contrat à conclure résultant du marché public tout en veillant à se réserver la faculté de résilier le marché moyennant l'envoi d'un préavis. Au plus tard à l'approche de l'échéance des quatre années, le pouvoir adjudicateur veillera à notifier son renon dans les formes et le délai de préavis légal et/ou convenu afin de pouvoir opérer la résiliation du marché une fois la quatrième année échue et veillera à procéder en parallèle à la relance d'un marché public de même objet visant à désigner le nouvel adjudicataire chargé d'assurer la continuité des services de l'ancien adjudicataire.

5. Discordance entre les documents du marché

Il convient de veiller à la concordance exacte des divers documents du marché fixant les conditions de celui-ci. Une telle discordance dans les conditions du marché n'est en effet pas sans conséquence sur la suite de la procédure, pouvant entraîner une impossibilité dans le chef des soumissionnaires de remettre une offre correcte et cohérente et empêchant corrélativement l'adjudicateur de procéder à un examen des offres.

Il va de soi, en outre, que les conditions fixées au sein des documents du

marché correspondent également aux conditions arrêtées par l'organe compétent.

6. Déclaration implicite sur l'honneur

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le simple fait d'introduire une demande de participation ou une offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés par les motifs d'exclusion.

La déclaration implicite sur l'honneur ne vaut toutefois, sauf disposition expresse contraire des documents du marché, que pour les documents ou certificats relatifs aux situations d'exclusions qui sont gratuitement accessibles pour le pouvoir adjudicateur par le biais de banques de données nationales des États membres. En Belgique, sont ainsi directement et gratuitement accessibles aux pouvoirs adjudicateurs au travers de l'application Télémarch les attestations relatives aux dettes sociales et fiscales ainsi que leur situation juridique.

Pour les éléments qui ne relèvent pas de la déclaration implicite, les documents et certificats qui démontrent que l'opérateur économique ne se trouve pas dans une situation d'exclusion, sont présentés avant la date et l'heure limites d'introduction des demandes de participation ou des offres. Ainsi, sauf disposition expresse contraire étendant la déclaration implicite sur l'honneur à l'extrait de casier judiciaire, les candidats ou les soumissionnaires doivent présenter leur extrait de casier judiciaire avec leur demande de participation ou leur offre.

Pour les marchés dont l'estimation atteint les seuils européens, il convient de solliciter la remise du Document Unique de Marché Européen (DUME). Il s'agit bien de se fonder sur la valeur estimée du marché et non sur le niveau supérieur de publicité conféré éventuellement volontairement au marché. Il en résulte qu'un marché estimé sous le seuil européen, mais pour lequel le pouvoir entend assurer une publicité européenne, ne peut exiger la remise d'un DUME.

7. Sélection qualitative, niveau d'exigence approprié et moyens de preuve

a) Généralités

La sélection qualitative est applicable à tous les marchés publics, hormis les marchés passés en procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, les marchés exclus ainsi que les marchés passés selon une procédure *sui generis*.

Les documents du marché doivent ainsi, lorsque la sélection qualitative est

applicable, fixer des prescriptions relatives à la sélection qualitative.

En vertu de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'est plus tenu de fixer à la fois un critère de capacité économique et financière ainsi qu'un critère de capacité technique et professionnelle.

Chaque critère prévu dans les documents du marché doit être assorti d'un niveau d'exigence approprié, conformément à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Si le pouvoir adjudicateur arrête un critère de sélection ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau d'exigence, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un autre critère de sélection afférent aux mêmes capacités assorti, lui, d'un niveau d'exigence approprié.

Pour de plus amples détails, [la circulaire du 4 juin 2018 relative à la sélection qualitative à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses arrêtés d'exécution](#) peut être consultée.

b) Chiffre d'affaires

La disposition de l'article 67, §3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise que le chiffre d'affaires annuel minimal requis ne peut excéder le double de la valeur estimée HTVA du marché. Ainsi, si votre marché public est estimé à 1.000.000 € HTVA, le chiffre d'affaires minimal requis ne pourra excéder 2.000.000 € HTVA.

c) Liste de références antérieures

L'exigence de précision afférente à la fixation des critères de sélection qualitative et de leur niveau minimal d'exigence recommande d'éviter l'emploi de l'adjectif "similaire" en vue de qualifier les références antérieures exigées, ce terme n'étant pas suffisamment précis. Il est recommandé de qualifier ces références selon leur nature précise et un montant minimum, en sus de réclamer un nombre minimum de références antérieures.

d) Application de la sélection qualitative en procédure négociée sans publication préalable

En vertu de l'article 42, § 3, al. 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'article 71 concernant les critères de sélection n'est pas applicable, sauf disposition contraire au sein des documents du marché, à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne.

Dans son arrêt n° 256.147 du 27 mars 2023, le Conseil d'État considère que la

fixation d'une prescription relative à la sélection qualitative au sein des documents du marché constitue une disposition dérogatoire au sens de l'article 42 susvisé par laquelle le pouvoir adjudicateur rend applicable à son marché l'article 71 de la loi ainsi que les articles de l'arrêté royal du 18 avril 2017 pris en exécution de cet article.

Autrement dit, la fixation d'une prescription relative à la sélection qualitative au sein des documents du marché passé par procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne entraîne *ipso facto* l'application de l'article 71 de la loi et des dispositions de l'arrêté royal du 18 avril 2017 afférentes à la sélection qualitative.

e) Moyens de preuves

Dans son arrêt n° 256.147 du 27 mars 2023, le Conseil d'État considère que les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques énoncés à l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques constituent une liste exhaustive de laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut s'écarter.

8. Agrégations multiples

Conformément à l'article 5 §7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, le pouvoir adjudicateur se doit, lorsque le marché comprend des travaux classés dans plusieurs (sous-)catégories, de requérir la (sous-)catégorie d'agrégation dominante, c'est-à-dire celle dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant estimé du marché.

En cas d'importance relative égale de plusieurs (sous-)catégories, celles-ci peuvent être réclamées de manière alternative ; ce qui signifie que les soumissionnaires ne devront être agréés que dans l'une d'entre elles afin de répondre à l'exigence de sélection qualitative sur base de l'agrégation. Il est donc impossible de réclamer pour un même marché ou un même lot plusieurs agrégations cumulatives dans le chef des soumissionnaires au stade de la sélection qualitative.

9. Confusion entre critères de sélection et d'attribution

Les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution ne doivent être confondus, dès lors qu'ils ont pour objectif d'apprécier des éléments d'ordre distincts. En effet, alors que les critères de sélection portent sur les capacités techniques, professionnelles, économiques et/ou financières des candidats et des soumissionnaires, les critères d'attribution visent à déterminer l'offre

économiquement la plus avantageuse et ainsi à apprécier la valeur des offres, et non celles de la personne du candidat ou du soumissionnaire. La confusion entre ces deux ordres de critères entraîne *ipso facto* la fixation d'un critère sans lien avec l'objet de l'appréciation poursuivie et donc disproportionné.

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics permet toutefois de fixer un critère d'attribution relatif à l'organisation, les qualifications et l'expérience *du personnel assigné à l'exécution du marché*, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché *et à condition* que ce critère ne figure pas déjà à titre de critère de sélection. Si le prescrit de l'article 81 n'impose aucune exigence de motivation formelle quant à l'usage de cette faculté, il est recommandé de conserver la motivation des conditions ci-énoncées dans le dossier administratif du projet.

10. Ristourne consentie sur le catalogue du fournisseur

La pratique visant à solliciter un prix sur un ensemble de fournitures clairement identifiées au sein de l'inventaire du marché et à solliciter une réduction sur le reste des fournitures similaires appartenant au catalogue du fournisseur a été condamnée par le Conseil d'État.

Dans son arrêt n°251.143 du 29 juin 2021, le Conseil d'État indique :

« Le cahier spécial des charges comporte un « catalogue des produits » qui figure également dans le formulaire d'offre annexé à celui-ci.

Le second sous-critère tend à apprécier l'importance de la ristourne sur les « produits du soumissionnaire « hors marché ». La portée des termes « hors marché » n'est pas claire dès lors qu'elle dépend de ce qu'est l'objet du marché.

Soit le marché est entendu comme ne portant que sur les viandes mentionnées dans le catalogue. À suivre cette interprétation, l'objectif du pouvoir adjudicateur serait de profiter du présent marché pour obtenir un avantage dans le cadre de commandes qui ne ressortiraient pas de ce marché. Dans ce cas, le sous-critère n'apparaîtrait pas lié à l'objet du marché dès lors qu'il ne porterait pas sur la manière dont les prestations seront réalisées dans le cadre du présent marché mais bien sur ce que la partie adverse pourrait obtenir grâce à ce marché mais dans un contexte qui lui est extérieur.

Soit le marché porte sur la fourniture de toutes viandes fraîches et produits alimentaires, le catalogue repris dans le cahier des charges ayant pour objectif de comparer les offres. Dans ce cas, le sous-critère paraît pouvoir être considéré comme étant en lien avec l'objet du marché.

En tout état de cause, s'agissant de la seconde critique formulée par le moyen, il semble qu'en tendant à apprécier l'importance d'une ristourne sur des viandes ou des produits alimentaires dont le prix n'est pas connu, le sous-critère en cause soit dépourvu de pertinence dès lors qu'il n'apparaît pas en mesure

d'assurer la comparabilité des offres. En effet, ainsi que l'expose à juste titre la requérante, une ristourne de 20 % sur des prix très élevés peut donner lieu à un prix final supérieur à un prix plus bas sur lequel est appliquée une ristourne de 10 %. À cet égard, l'assertion de la partie adverse selon laquelle « un prix de base élevé implique par définition une qualité de viande supérieure » est dépourvue de pertinence à propos d'un critère relatif au prix, et ce alors même qu'un critère, le deuxième, tend à apprécier la qualité des produits ».

11. Révision de prix

En application de l'article 38/7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés public, une clause de révision de prix doit obligatoirement être fixée au sein des documents du marché relatif à un marché de travaux ou un marché de services visés à l'annexe 1 de cet arrêté royal, à moins que la valeur estimée de ce marché soit inférieure à 120.000 € HTVA et que la durée d'exécution initiale soit inférieure à 120 jours ouvrables ou 180 jours calendrier.

Modifié

12. Dérogation au cautionnement

Suite aux modifications apportées à l'article 25 RGE et entrées en vigueur au 1^{er} novembre 2023, l'absence de cautionnement ou l'exigence d'un cautionnement inférieur à 5% de la valeur du marché ne constitue plus une dérogation audit article.

Dès lors, l'absence de cautionnement ou l'exigence d'un cautionnement moindre ne nécessite plus son indication en tête du cahier des charges ni sa motivation formelle.

Modifié

13. Facturation électronique

La facturation électronique est applicable depuis :

- **le 1^{er} novembre 2022** pour les marchés publics et les concessions, dont la **valeur estimée est égale ou supérieure au** seuil de publicité européenne ;
- **le 1^{er} mai 2023** pour les marchés et les concessions dont la **valeur estimée est inférieure au** seuil de publicité européenne ;
- **le 1^{er} mars 2024** pour les marchés et concessions dont la **valeur estimée est inférieure à 30.000 euros HTVA**.

En bref, la facturation électronique est dorénavant obligatoire pour tous les marchés publics, quels qu'en soient le type, la procédure de passation ou la valeur estimée.

Les adjudicateurs doivent mentionner l'obligation de facturation électronique dans les documents du marché.

Les adjudicateurs n'étant pas encore techniquement aptes à réceptionner et

à traiter les factures électroniques peuvent recourir à la plateforme Mercurius. Il en est de même pour les adjudicataires ne disposant pas encore de la faculté de transmettre de manière électronique leur facture.

La facturation électronique ne se confond pas avec l'envoi par courriel d'une facture.

Une **exception** subsiste : les marchés publics dont le montant estimé est égal ou inférieur à 3.000 € HTVA ne sont pas soumis à l'obligation de la facturation électronique. Publicité

14. Calcul du délai de publicité

L'article 167 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics renvoie en la matière au Règlement européen n°1182/71 du conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

En vertu de l'article 3 dudit règlement :

- un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ;
- les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis, sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables ;
- si le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un samedi ou un dimanche, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

À noter que depuis la réforme des marchés publics, entrée en vigueur le 30 juin 2017, **il n'y a plus de différence de délai entre les publicités belges et européennes.**

Exemple : Ainsi, dans le cas d'un avis de marché à passer par procédure ouverte, à publier au niveau belge et/ou européen, en respectant un délai de 35 jours, si l'avis est publié le 1^{er} mars, le délai commence à courir le 2 mars et se termine au plus tôt le 5 avril à minuit. La séance d'ouverture des offres n'aura dès lors pas lieu le 5 avril mais bien le 6 avril s'il s'agit d'un jour ouvrable. Si cependant, le 5 avril est par exemple un samedi, la séance d'ouverture aura lieu au plus tôt à l'expiration du premier jour ouvrable suivant (qui est le lundi 7 avril à minuit), c'est-à-dire le mardi 8 avril.

Les délais de publicité sont maintenant réglés aux articles 36 et 37 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 8 à 23 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

15. Publicité européenne volontaire & DUME

Conformément aux articles 38 et 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'usage du DUME est conditionné par l'atteinte du seuil fixé pour la publicité européenne, et non par la publicité effectivement réservée au marché public. Autrement dit, en présence d'une publication européenne volontaire réservée à un marché dont la valeur estimée HTVA n'atteint pas le seuil fixé pour la publicité européenne, le DUME ne peut en aucun cas être requis.

G. Analyse des offres

Outre les considérations détaillées ci-dessous, il est renvoyé mutatis mutandis à celles émises au point II. G et H.

1. Vérification des motifs d'exclusion - Motivation formelle

Dans la mesure où la motivation des actes administratifs doit notamment, en matière de marchés public, permettre aux opérateurs économiques d'apprécier l'opportunité d'introduire un recours à l'encontre d'une délibération relative à la sélection ou à l'attribution d'un marché public, la vérification des motifs d'exclusion doit formellement apparaître au sein du rapport d'analyse des offres ou de la délibération d'attribution, conformément à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il s'agit en effet d'une considération de fait déterminante dans le cadre de l'analyse des offres et servant de fondement à l'attribution des marchés publics, dont tout soumissionnaire doit être en mesure d'en apprécier la correcte application par les adjudicateurs.

2. Vérification des motifs d'exclusion – PNSPP

Conformément à l'article 42, §3, al. 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les motifs d'exclusion facultatifs ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés inférieurs au seuil de publicité européenne, sauf disposition contraire au sein des documents du marché.

Demeurent néanmoins applicables obligatoirement à cette procédure et doivent donc faire l'objet d'une vérification :

- Les motifs d'exclusion obligatoires ;
- Les motifs d'exclusion relatifs aux dettes sociales et fiscales.

3. Vérification des prix - Motivation formelle

Il convient à l'adjudicateur de démontrer formellement qu'il a bien été procédé à la vérification des prix, voire à leur examen en cas de prix apparemment anormaux.

Le Conseil d'État a développé à cet égard une jurisprudence abondante, dont l'essentiel est ainsi résumé : « *Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère normal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. En indiquant que la vérification des prix est "sans objet", le rapport d'examen, que la décision d'attribution fait sien, démontre que celle-ci n'a pas eu lieu. En tout état de cause, l'estimation de la valeur du marché ne peut tenir lieu de vérification des prix* ». (C.E., 10 décembre 2019, n° 246 363)

Pour autant qu'une telle vérification des prix, ou un examen de ceux-ci, a été démontré, le Conseil d'État ne saurait substituer son appréciation quant à la normalité des prix d'une offre à celle de l'adjudicateur, sauf erreur manifeste d'appréciation.

Modifié

4. Examen des prix et acceptation de la justification des prix – Motivation formelle

De même, en présence de prix apparemment anormaux à l'issue de l'opération de vérification des prix, il incombe à l'adjudicateur de solliciter la justification desdits prix.

Eu égard aux obligations de motivation formelle qui pèsent sur l'adjudicateur, celui-ci ne peut se contenter d'observer au sein du rapport d'analyse des offres ou de la délibération d'attribution que les justifications sont acceptables sans autres motifs. En effet, « *il ressort notamment de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose - notamment pour l'application de l'article 36, § 3 - un examen concret et effectif de ces justifications. La réalité et l'effectivité de cet examen doivent ressortir à suffisance de la décision d'attribution du marché ou, à tout le moins, du dossier administratif* » (C.E., 5 avril 2019, arrêt n° 244.197).

Ainsi, « lorsque le pouvoir adjudicateur confie certaines opérations - telles celles qui ressortissent à l'examen des justifications de prix - à un auteur de projet, il ne peut - sans méconnaître l'obligation d'examen effectif qui lui incombe en vertu de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017- se borner à faire sien un rapport d'examen des offres établi par cet auteur de projet et qui ne permettrait pas d'établir que celui-ci a effectivement procédé à l'examen requis » (Ibidem).

Il importe également que l'adjudicateur n'omette pas de conclure son analyse en se prononçant explicitement, au terme de l'analyse effective des justifications de prix reçues, quant au caractère finalement (a)normal des prix suspectés.

Enfin, rappelons, que ne constitue pas une justification acceptable d'un prix apparemment anormal le prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire. Une justification du prix du sous-traitant est alors nécessaire.

5. Motivation de l'attribution des cotes

L'objectif des critères d'attribution consiste à départager les offres quant à leur contenu en vue de déterminer celle qui se révèle économiquement la plus avantageuse eu égard aux critères d'attribution spécifiques arrêtés au sein des documents du marché.

Par conséquent, la motivation des cotes attribuées aux différentes offres doit avoir pour objet de présenter les forces et les faiblesses du contenu des offres eu égard à chacun des critères d'attribution fixés et eu égard aux offres concurrentes, et ce en (1) relevant les éléments et caractéristiques relatifs au contenu de chacune des offres eu égard au critère d'attribution évalué et (2) en expliciter les raisons pour lesquelles ces éléments et caractéristiques constituent des forces/avantages/intérêts ou des faiblesses/désavantages/inintérêts.

Il importe particulièrement d'éviter deux écueils :

- d'une part, d'évaluer la *qualité formelle* de l'offre, et non le contenu de celle-ci et ses qualités intrinsèques. Le Conseil d'État relève ainsi dans son arrêt n° 244.226 du 9 avril 2019 : « *Une telle motivation formelle se limite à indiquer que les trois soumissionnaires proposent [1] du personnel qualifié "en suffisance", ce qui ne constitue pas une appréciation des mérites de chaque offre, [2] que les moyens mis en œuvre sont "clairement identifiés" et que la planification des évacuations est "clairement détaillée" pour chaque site, ce qui constitue une qualité formelle de l'offre mais pas une qualité intrinsèque au regard du critère annoncé* ».
- d'autre part, de dresser l'inventaire des éléments offerts par chacune

des offres sans en expliciter le caractère avantageux ou désavantageux. Le Conseil d'État s'exprime ainsi dans son arrêt n° 235.817 du 21 septembre 2016 : *« En l'espèce, en ce qui concerne l'évaluation du critère de l'approche méthodologique, le rapport d'examen des offres, que l'acte attaqué fait sien, procède à une synthèse des principales caractéristiques de différentes offres au regard de ce que la partie adverse désigne dans sa note d'observations comme autant d'éléments d'appréciation. Cette synthèse ne constitue toutefois pas, en elle-même, une évaluation. À cet égard, l'acte attaqué semble, à première vue, se limiter à une description du contenu des différentes offres, sans indiquer en quoi certaines se révéleraient, à son estime, plus ou moins intéressantes que d'autres. Il ne procède pas à une comparaison des différentes offres au regard des "éléments d'appréciation" retenus et n'indique pas davantage si, parmi ceux-ci, la partie adverse attachait une plus ou moins grande importance à certains d'entre eux ».*

6. Ajout de sous-critères d'attribution et/ou de sous-pondérations

Il est renvoyé au point II.G.4 ci-après.

Nouveau

7. Rabais - Attribution à l'ensemble économiquement le plus avantageux de lots

L'attribution des lots d'un marché en présence de rabais consentis par l'un ou plusieurs soumissionnaires en cas d'obtention de plusieurs lots ne poursuit plus une logique d'attribution individualisée des lots (une attribution lot par lot), mais bien une logique d'attribution par ensemble le plus avantageux de lots.

Cette logique d'attribution particulière, fondée sur l'article 87, §1^{er}, al. 5, ARP, vise à éviter d'aboutir au résultat économiquement aberrant où un soumissionnaire devrait se voir attribuer, sur base d'une comparaison individuelle des lots, certains de ces lots parce qu'il y présente pour ces lots l'offre économiquement la plus avantageuse tandis que, considéré par ensemble de lots, un autre soumissionnaire présente pour cet ensemble une offre (considérée donc globalement pour l'ensemble des lots groupés, et non lot par lot) économiquement la plus avantageuse.

Il s'agit en définitive, considérant un critère d'attribution unique relatif au prix, de confectionner, sur la base des prix remis par les soumissionnaires et selon les rabais consentis par eux en cas d'attribution de plusieurs lots, le groupement de lots le moins onéreux et de l'attribuer au soumissionnaire présentant cette offre globalisée la moins onéreuse, alors même que pour l'un des lots ainsi attribués il présenterait un prix plus onéreux qu'un autre soumissionnaire. En ce

cas, le désavantage économique de ce prix plus onéreux pour ce lot aura été compensé par le prix préférentiel proposé pour un ou plusieurs autres lots.

Il convient d'observer que parmi les lots ainsi assemblés pour l'attribution peut figurer un lot sur lequel aucun soumissionnaire n'aurait consenti de rabais, pourvu qu'en le groupant avec un ou plusieurs autres lots sur lesquels ont été consentis des rabais, il apparaît que cet ensemble de lots est économiquement le plus avantageux et qu'il convient donc d'attribuer ce lot à un soumissionnaire qui n'a pas présenté l'offre la moins onéreuse (sur base d'une comparaison « lot par lot ») mais une offre (globalisée) la moins onéreuse pour cet ensemble de lots. En bref, le groupement de lots peut comprendre un lot sur lequel aucun rabais n'a été consenti.

Ceci vaut pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas interdit la proposition de rabais en cas d'attribution de multiples lots. En outre, il convient également de procéder à la vérification et, le cas échéant, à l'examen des prix ainsi rabaisés, ce contrôle des prix s'effectuant toujours lot par lot. L'on ne saurait attribuer un ensemble de lots à une offre globalisée comportant des prix anormaux non-justifiés pour un des lots concernés par le rassemblement.

En fonction du nombre de lots et de la manière dont les soumissionnaires déterminent le rabais consenti (soit en identifiant clairement des groupements de lots, soit en consentant un rabais pour autant que x lots leur soient attribués), les configurations possibles à comparer peuvent être plus ou moins nombreuses. Le pouvoir adjudicateur pourrait, afin de les réduire, déterminer lui-même au sein des documents du marchés les groupements de lots sur lesquels des rabais peuvent être consentis.

Un exemple (issu de [la fiche thématique « Marchés à lots »](#)) **étayant les règles théoriques exposées ci-dessus s'impose :**

Un marché réparti en 3 lots (1, 2 et 3) pour lesquels trois soumissionnaires (A, B et C) ont remis offre pour plus d'un lot.

		Soumissionnaires		
		A	B	C
Lots	1	800	1000	1200
	2	250	300	200
	3		500	400

A propose un rabais de 10% sur les lots 1 et 2 en cas d'attribution groupée de ces lots.

B propose un rabais de 10% sur le lot 2 et de 5% sur le lot 3 en cas d'attribution groupée de ces lots.

C ne propose aucun rabais.

Sur base du prix, le classement des offres pour chaque lot est le suivant :

Lot 1	Lot 2	Lot 3	Prix global
A 800	C 200	C 400	1400
B 1000	A 250	B 500	1750
C 1200	B 300	A /	1500

Le prix global le plus bas pour l'ensemble des lots 1, 2 et 3 **en cas d'attribution lot par lot** serait donc de 1400€.

En cas d'attribution groupée de certains lots, selon les propositions de rabais de A et B :

Proposition de A				Proposition de B			
Lots	Offre	Rabais	Total	Lots	Offre	Rabais	Total
Lot 1	800	10%	720	Lot 2	300	10%	270
Lot 2	250	10%	225	Lot 3	500	5%	475
Lot 3 (C)	400	/	400	Lot 1 (A)	800	/	800
Prix global 1345				Prix global 1545			

Sur base d'une comparaison des lots assemblés selon les rabais proposés, il ressort que :

- la proposition de A + la meilleure offre pour le lot 3 = un prix global de 1345€.
- la proposition de B + la meilleure offre pour le lot 1 = un prix global de 1545€.

Le marché sera attribué à A pour le groupement de lots 1 et 2, et à C pour le lot 3.

8. Prolongation du délai d'engagement des offres

Deux dispositions règlent la prolongation du délai d'engagement des offres : l'article 58 et l'article 89 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ARP).

L'article 58 ARP concerne **la prolongation du délai d'engagement des offres alors que ce délai n'a pas encore expiré**. Le pouvoir adjudicateur peut solliciter des soumissionnaires qu'il prolonge le délai d'engagement de leur offre. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de recourir à cette faculté, cette sollicitation est au moins adressée à tous les soumissionnaires sélectionnés dont l'offre est régulière. Dans le cadre de cette sollicitation, les soumissionnaires ne peuvent modifier en aucune manière leur offre, sauf à solliciter la prolongation du délai d'engagement des offres concomitamment, le cas échéant, à l'amélioration des offres.

L'article 89 ARP concerne **la prolongation du délai d'engagement des offres alors que ce délai a expiré sans que le marché ne soit conclu**. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur, avant d'attribuer le marché, demande par écrit au soumissionnaire premier classé s'il consent au maintien de son offre.

Si ledit soumissionnaire y consent sans réserve, le pouvoir adjudicateur procède à l'attribution et à la conclusion du marché.

Si le soumissionnaire concerné ne consent au maintien de son offre qu'à la condition d'obtenir une modification de celle-ci, le marché est attribué et conclu compte tenu de la modification demandée pour autant que le soumissionnaire justifie la modification par des circonstances survenues postérieurement à la date et l'heure limites de l'introduction des offres et que l'offre ainsi modifiée demeure celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent pas au maintien de son offre ou que la modification demandée ne s'avère pas justifiée ou que l'offre modifiée ne demeure pas économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur :

- soit s'adresse successivement, suivant l'ordre de classement, aux autres soumissionnaires réguliers et attribue et conclut le marché avec le soumissionnaire dont l'offre, éventuellement modifiée en raison de circonstances survenues postérieurement à la date et l'heure limites de l'introduction des offres, est la plus avantageuse économiquement ;
- soit demande simultanément à tous les autres soumissionnaires réguliers de revoir leur offre sur la base des conditions initiales du marché, et attribue et conclut le marché en fonction de l'offre devenue économiquement la plus avantageuse. Pour qu'elles soient prises en compte, les modifications demandées doivent être justifiées sur la base

de circonstances qui se sont produites après la date et l'heure limites de l'introduction des offres. Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, la révision visée à peut uniquement avoir trait au prix de l'offre.

L'article 89 ARP ne s'applique formellement qu'aux procédures ouverte et restreinte. À défaut toutefois d'avoir prévu des modalités spécifiques au sein des documents du marché, le respect de la présente procédure est conseillé dans le cadre des autres procédures de passation lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite prolonger le délai d'engagement des offres alors que ce délai a expiré.

9. Variantes et options

Le pouvoir adjudicateur peut avoir exigé et/ou autorisé des variantes et/ou des options. Pour les marchés inférieurs aux seuils européens, les soumissionnaires pourraient également avoir soumis librement des variantes ou des options.

Concernant les variantes, le pouvoir adjudicateur décide dans un premier temps, le cas échéant, des variantes libres qu'il retient. Ensuite, il établit un classement unique des offres de base et des variantes qu'il a retenues, autorisées et exigées. Le marché est attribué sur base de ce classement unique à l'offre de base ou à la variante économiquement la plus avantageuse en application des critères d'attribution arrêtés au sein des document du marché.

Pour rappel, les critères d'attribution doivent toujours être applicables aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales fixées ainsi qu'aux offres de base.

Concernant les options, de même, le pouvoir adjudicateur décide dans un premier temps, le cas échéant, des options libres qu'il retient. L'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ARP) dispose ensuite que l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, « *majorées des avantages économiques offerts par les options* » qu'elles soient libres et retenues, autorisées ou exigées. L'absence de précision quant à la manière de procéder peut être regrettée. Le Rapport au Roi précise néanmoins qu'un système similaire à ce qui prévu en matière de variantes est également d'application pour les options. Les options exigées s'accompagnant d'un supplément de prix s'accommoderont aisément de l'établissement d'un classement unique. Les options libres et autorisées ne peuvent toutefois en principe être assorties d'un tel supplément de prix, aussi est-il conseillé afin d'objectiver les avantages économiques offerts par les options et le classement unique à établir de s'assurer, dans la mesure du possible, que les critères d'attributions soient également applicables aux options ou de prévoir un critère d'attribution relatif à l'avantage offert par les options. La réglementation ne

l'impose toutefois pas, à l'inverse des variantes.

L'article 87 ARP ne s'applique formellement qu'aux procédures ouverte et restreinte. À défaut toutefois d'avoir prévu des modalités spécifiques au sein des documents du marché, le respect de la présente procédure est conseillé dans le cadre des autres procédures de passation. Si des modalités spécifiques sont prévues, celles-ci ne peuvent conférer au pouvoir adjudicateur une liberté de choix illimitée et indéfinie sous peine de laisser planer un doute de favoritisme. Il est conseillé d'objectiver la méthode de départage et de classement des offres de bases, des variantes et des options.

H. Exécution du marché

1. Modification substantielle

Il est renvoyé *mutatis mutandis* aux considérations émises au point II.J.4.g)

I. Les marchés publics visant la désignation d'un réviseur

1. Durée du marché public

Pour la désignation des réviseurs, il convient de prendre en compte l'article 3:61 du Code des sociétés qui prévoit, en son § 1^{er}, que « *Le commissaire est nommé pour un terme de trois ans renouvelable.* »

La durée du mandat du réviseur est donc, au maximum, de 3 ans. Un marché public doit être lancé pour une durée de 3 ans portant sur le contrôle légal des comptes annuels des exercices comptables X, X+1, X + 2.

Pour les intercommunales, il y a lieu de tenir compte également de l'article 1523-24, § 2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation qui prévoit que « *le ou les réviseurs sont nommés par l'assemblée générale, pour une durée maximale de 3 ans, renouvelable une seule fois de façon successive au niveau d'un même cabinet ou d'un même réseau* ».

Un même réviseur peut donc voir son mandat renouvelé une seule fois par l'assemblée générale. Ce renouvellement doit être effectué à l'issue d'une nouvelle procédure de marché public.

Un même réviseur ne peut pas exercer un contrôle de plus de 6 ans au sein de la même intercommunale. L'esprit de cette législation est d'assurer une saine concurrence entre les cabinets révisoraux et une totale indépendance de ceux-ci envers les institutions contrôlées.

 Nouveau

2. Compétences des organes - Intercommunales

S'agissant de la désignation du réviseur d'entreprises au sein d'une intercommunale, il convient d'être attentif au fait que l'article L1523-24 CDLD disposant que l'assemblée générale nomme le ou les réviseurs ne dispense pas de respecter les règles statutaires de compétences relatives à la passation des marchés publics.

Cette décision de nomination ne se confond en effet pas avec la décision d'attribution du marché, laquelle en vertu des statuts ne relève généralement pas de la compétence de l'assemblée générale.

La nomination du réviseur d'entreprise par l'assemblée générale ne pourra ainsi intervenir que postérieurement à l'adoption de la décision d'attribution du marché relatif à la désignation du réviseur d'entreprise par l'organe statutairement compétent pour procéder à l'attribution dudit marché public.

II. Concessions de services et de travaux

A. Qualification de l'opération

1. Concession de services et de travaux et marché public

La qualification de l'opération dépend, notamment, des desideratas du pouvoir local en ce qui concerne l'exploitation des services et/ou ouvrages en cause et, dès lors, des clauses du cahier des charges/de la convention.

a) Transfert du risque lié à l'exploitation

L'une des principales différences entre les notions de marché et de concession réside dans le transfert du risque lié à l'exploitation. En effet, l'attribution d'une concession de services ou de travaux implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable.

À cet égard, il peut être utile de rappeler que l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession préconise en cas de doute manifeste du pouvoir adjudicateur sur la qualification du contrat qu'il entend passer de faire application des règles de passation (publicité et procédure) des marchés publics.²

b) Exemple tranché par le Conseil d'État – Enlèvement et entreposage de véhicules

Dans son arrêt du 2 septembre 2020, n° 248.196, le Conseil d'État a dû se prononcer sur la qualification d'un contrat portant sur l'enlèvement et l'entreposage de véhicules à la requête d'une zone de police (dépannages administratifs).

La Haute juridiction a ainsi précisé :

² Projet de loi relatif aux contrats de concession, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2015-2016, n°1708/001, p. 20.

« À la suite des définitions des notions qui font débat en l'espèce et du rappel de certaines des considérations qui les ont inspirées et en commandent l'interprétation, deux observations doivent être formulées en l'espèce :

- d'une part, et selon ce que permettent de constater les pièces de la procédure (et, en particulier, le cahier des charges), l'objet du contrat litigieux consiste en prestations de services à effectuer au bénéfice et pour les besoins de la seule partie adverse, exclusivement à la requête et sur les ordres de ses services. Aucune prestation ne paraît, en revanche, être destinée à un public d'usagers dont la demande serait susceptible d'exposer l'opérateur économique désigné à un risque d'exploitation. La circonstance que les propriétaires des véhicules soient tenus au paiement des frais de dépannage, n'autorise pas à les identifier comme les bénéficiaires d'un service presté à leur demande et en réponse à leurs besoins ;
- d'autre part, et plus généralement, les requérantes n'indiquent pas –et le Conseil d'État n'aperçoit pas en procédure d'extrême urgence –ce qui attesterait que sont en jeu, dans l'opération litigieuse, une « gestion de services » qui –du point de vue de leurs objets respectifs –permet de distinguer la concession de services du marché public de services, d'une part, et un « droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat » accordé en contrepartie à l'opérateur, d'autre part.

Il suit de ces deux observations que ne peut être identifié le risque d'exploitation transféré à l'opérateur économique, qui, conformément à la directive 2004/23/UE et à la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, découle du droit d'exploitation dont doit nécessairement bénéficier cet opérateur pour que l'opération puisse être qualifiée de concession de services : un tel droit d'exploitation n'apparaît pas être en jeu et son octroi à l'opérateur choisi semble même contredit par l'absence de toute liberté dans l'organisation des services qu'il est chargé de prester.

Dans ces circonstances, c'est vainement que les requérantes invoquent certains aléas (liés notamment au mode de rémunération des prestations ou à la responsabilité que la partie adverse fait supporter par l'opérateur choisi), puisque –même à supposer que de tels aléas puissent, dans le cadre d'autres opérations, participer du risque d'exploitation –l'opération litigieuse n'apparaît pas présenter les caractéristiques d'objet et de contrepartie desquelles, conformément à la notion légale de « concession de services », doit nécessairement découler le risque d'exploitation.

Au vu des développements qui précèdent, la qualification de « marché public de services » retenue par la partie adverse à propos du contrat dont la décision d'attribution constitue l'acte attaqué par le présent recours n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, devoir être remise en

cause. »

c) Rédaction des documents de concession

Afin d'éviter toute méprise, les concessions de services et de travaux doivent être distingués des marchés publics. À cet égard, il est à noter :

- qu'il n'apparaît pas opportun d'utiliser les termes « marché de concession » ;
- qu'il n'existe pas, à proprement parler de « mode de passation » en matière de concession. Aussi, il n'est pas opportun de « justifier » le type de procédure choisie par une disposition applicable aux marchés publics (par exemple, en renvoyant vers l'article 89, §1, 2° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

2. Concession de services et de travaux et « mise à disposition »

Ici également, la qualification de l'opération dépend, notamment, des desideratas du pouvoir local en ce qui concerne l'exploitation des services et/ou ouvrages en cause et, dès lors, des clauses du cahier des charges/de la convention.

La qualification de « mise à disposition » (bail de droit commun, bail commercial, bail emphytéotique, concession domaniale, etc.) ne pourra pas être envisagée si des contraintes (pouvant être exigées en justice) quant à la gestion des services/ouvrages en cause sont fixées (obligations quant aux heures d'ouverture, quant aux services proposés, quant aux tarifs pratiqués, etc.).

Il convient d'être particulièrement prudent dans le cadre des procédures visant l'octroi d'un bail emphytéotique comprenant une contrainte liée à la destination spécifique du bien en cause. Les sanctions prévues ne peuvent pas permettre de poursuivre l'exécution forcée des clauses du contrat portant sur l'exploitation des services et/ou la réalisation des travaux tels qu'imposés par le pouvoir local. Par ailleurs, il est fréquent que dans le cadre de telles procédures, des critères d'attribution portant sur le projet poursuivi par le cocontractant soient fixés. En partant du postulat que l'opération soit qualifiée de simple opération immobilière, la question même de l'opportunité de comparer des offres sur un projet que le candidat désigné ne sera pas obligé de réaliser peut se poser. À notre estime, un tel procédé est source de réclamation/recours. En effet, comment réagira un candidat évincé qui constaterait que le candidat dont l'offre a été choisie/valorisée ne réalise pas le projet qu'il avait présenté et qui lui a permis d'obtenir le plus de points ?

Par ailleurs, en ce qui concerne plus particulièrement les concessions

domaniales, la doctrine souligne que « ce qui distingue les concessions de travaux ou de services, des concessions domaniales, c'est - comme pour les marchés publics - le fait que les concessions de travaux ou de services ont pour objet de « confier » à un opérateur économique l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, destinés à servir l'intérêt public. Tel n'est pas l'objet principal des concessions domaniales, qui visent la mise à disposition d'un bien du domaine public au profit d'un opérateur économique, sans que l'affectation économique de ce bien ne serve des objectifs d'intérêt général. »³

En d'autres termes, « si l'objet véritable de la concession domaniale est de faire réaliser, par le concessionnaire, des (...) services qui répondent aux intérêts économiques ou besoins de l'autorité concédante, une requalification du contrat en concession de travaux ou de services est probable »⁴

Néanmoins, « la requalification n'aura toutefois lieu que si l'exécution de ces travaux ou la prestation de ces services constitue l'objet principal du contrat. »⁵

L'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 précitée précise que « si la concession (autorisation) domaniale n'est qu'un élément indissociable et accessoire d'un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l'exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu'il définit et dont il peut exiger/forcer l'exécution, contre le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services, le contrat sera qualifié de concession au sens du présent projet »⁶.

B. Compétence des organes

Outre les remarques reprises ci-après, il est renvoyé au point I.A. ci-avant.

1. Délégation du conseil vers le collège
 - a) Estimation de la valeur de la concession

Conformément aux articles L1222-8 et L2222-2sexies du CDLD, dans le cadre de l'éventuelle délégation du conseil vers le collège, la valeur de la concession correspond au montant estimé (lors du lancement de la procédure) du chiffre d'affaires à percevoir par le concessionnaire multiplié par le nombre d'années

3 Ervyn, G., « Égalité, non-discrimination et transparence dans l'attribution des concessions domaniales » in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2015-2016 / Chronique des Marchés Publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 251.

4 Ervyn, G., *Op. cit.*, p. 256.

5 Ervyn, G., *Op. cit.*, p. 258.

6 Exposé des motifs, *Projet de loi relatif aux contrats de concession*, Chambre des représentants, Doc 54, 1708/001, p. 16.

de la concession et non pas à la redevance à percevoir par le pouvoir adjudicateur.

Seule une estimation adéquate permet d'assurer la sécurité juridique de la mise en œuvre de la délégation.

b) Absence de distinction entre budget ordinaire et extraordinaire

Contrairement aux dispositions applicables aux marchés publics, les articles L1222-8 et L2222-2sexies dudit Code ne font pas de distinction entre les concessions dont les dépenses relèvent du budget ordinaire et celles dont les dépenses relèvent du budget extraordinaire.

Dès lors, le seuil prévu à ces articles en matière de délégation reste inchangé peu importe si les dépenses relèvent du budget ordinaire ou extraordinaire.

c) Stricte interprétation

Un organe ne peut fonder sa compétence sur une délégation octroyée dans le cadre de la passation des marchés publics. En effet, toute délégation doit s'interpréter restrictivement en ce qu'elle constitue une dérogation au principe général. Il convient dès lors d'approuver, le cas échéant, une délégation propre aux concessions.

2. Modification du cahier des charges après sa publication

L'organe compétent (au regard des statuts de l'intercommunale, conformément au CDLD, etc.) doit adopter expressément les modifications à apporter à un cahier des charges après sa publication.

En effet, il est à noter que le Conseil d'État considère que :

- *« Il s'impose, par ailleurs, d'observer qu'à l'égard de décisions prises par l'organe compétent d'un pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet d'approuver le cahier des charges d'une concession et l'avis de concession destiné à être publié, la publication des documents de la concession procède de l'exécution matérielle de ces décisions. Elle requiert donc l'adoption préalable de telles décisions et - lorsque s'impose la rectification ultérieure d'informations antérieurement publiées à propos d'une concession, par l'ajout de conditions que l'organe compétent n'avait pas préalablement fixées - cette rectification doit elle-même prendre appui sur une décision régulièrement prise à cette fin par cet organe compétent » (arrêt n° 244.389 du 03 mai 2019) ;*

- compte tenu des circonstances du cas d'espèce, « tant l'ampleur que l'importance des diverses modifications qui ont été apportées à la version du cahier spécial des charges (pondération des sous-critères d'un critère d'attribution et insertion de sous-critères pondérés dans d'autres critères d'attribution), telle qu'initialement approuvée par le comité de gestion, justifiaient que la version adaptée soit, à nouveau, soumise à l'approbation de ce comité, ce qui n'a donc pas été le cas. Sous cet aspect également, le deuxième moyen de la requête est aussi sérieux. » (arrêt n° 234.085 du 09 mars 2016).

3. Fixation des conditions et publication de l'avis : temporalité

La publication de l'avis de concession doit intervenir postérieurement à l'adoption des conditions de ladite concession par l'organe compétent.

4. Approbation d'une convention

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide de conclure une convention compilant les dispositions du cahier des charges, l'offre de l'adjudicataire désigné et le résultat des éventuelles négociations, cette dernière doit être approuvée lors de l'attribution de la concession par l'organe disposant de cette compétence d'attribution.

En d'autres termes, à titre d'exemple, cette convention ne doit pas être approuvée par le conseil communal mais par le collège communal.

C. Avis du Directeur financier

L'incidence financière ou budgétaire du projet de décision communal ou provincial n'est pas déterminée par la valeur de la concession mais, notamment, par l'éventuelle redevance perçue par le pouvoir adjudicateur, l'éventuel prix payé par lui ou l'éventuelle prise en charge de frais en matière d'eau ou d'électricité par le pouvoir adjudicateur.

Au surplus, il est renvoyé aux considérations émises au point I.B ci-avant.

D. Importance d'estimer la valeur de la concession

En ce qui concerne les concessions de services, la législation spécifique ne s'applique que si la valeur de la concession dépasse le seuil fixé à l'article 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, actuellement, 5.538.000 €.

En ce qui concerne les concessions de travaux, ladite législation prévoit des dispositions spécifiques suivant la valeur de la concession en cause.

Cette valeur doit, dès lors, pour toute concession, être **préalablement estimée** conformément aux articles 35 et 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Par ailleurs, cette valeur doit **également être estimée lors de l'attribution** de la concession dans la mesure où ledit article 35 prévoit que *« si la valeur de la concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de vingt pourcent à sa valeur estimée, la valeur appropriée est la valeur de la concession au moment de l'attribution »*.

En d'autres termes, la législation prévoit que, dans l'hypothèse où l'adjudicateur n'aurait pas fait usage d'une procédure répondant aux exigences de la législation relative aux contrats de concession et où, à l'issue des négociations, la valeur de l'offre retenue dépasse de vingt pourcent l'estimation initiale et de ce fait, est égale ou supérieure au seuil financier déterminant l'application de la loi du 17 juin 2016 susvisée, l'adjudicateur est contraint d'abandonner sa procédure de passation et de relancer une nouvelle procédure.

Dans la mesure où cette estimation doit se baser sur l'offre concrètement remise par le candidat désigné, pour en faciliter l'établissement, il est utile de prévoir, dans le cahier des charges, l'obligation pour les candidats de remettre un plan financier prospectif (pour toute la durée du contrat, reconduction comprise).

Il importe de souligner que le Conseil d'État, dans un arrêt du 06 février 2018⁷, a annulé, à la suite de l'introduction d'une requête par un soumissionnaire évincé, la délibération d'une commune relative à l'attribution d'une concession de services portant sur l'exploitation de la cafétéria du centre sportif pour 9 ans. Le Conseil d'État a considéré qu'à défaut de pouvoir démontrer qu'une estimation avait eu lieu, la commune aurait dû respecter la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Le Conseil d'État considère que la loi est applicable à moins qu'après l'estimation visée à l'article 35, il s'avère que le seuil n'est pas atteint et qu'une poursuite de l'application de la loi ne s'impose pas.

Au surplus, compte tenu des dispositions susvisées, il importe :

- que la méthode de calcul utilisée pour estimer la valeur de la concession apparaisse expressément dans les délibérations concernées ;
- qu'une estimation des éventuels subsides octroyés au concessionnaire (peu importe le pouvoir subsidiant en cause) soit prise en compte dans le cadre de l'estimation de la valeur de la concession.

7 N° 240.673.

E. Durée de la concession

Les concessions ne peuvent être conclues pour une durée indéterminée. Si des tacites reconductions sont prévues, il importe d'en limiter expressément le nombre.

Par ailleurs, en ce qui concerne les concessions soumises au champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, il est à noter que l'article 37 de ladite loi précise que « *Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques.*

Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession. ».

F. Motifs d'exclusion, conditions de sélection et critères d'attribution - Distinction

Les motifs d'exclusion sont fondés sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à l'opérateur économique concerné, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les services/travaux couverts par la concession à laquelle il soumissionne.

Les conditions de sélection sont des éléments permettant de vérifier la capacité économique, financière et technique d'un opérateur économique à exécuter la concession en cause.

Les critères d'attribution sont des éléments permettant de comparer les offres pour déterminer à quel candidat il convient d'attribuer la concession.

À cet égard, les considérations suivantes peuvent être émises :

- Il n'apparaît pas opportun de fixer, comme critère d'attribution, la transmission d'une attestation dans la mesure où le candidat doit simplement la joindre à son offre.
- L'utilisation des termes « etc. », « notamment », etc. dans les (sous)critères ou leur explication n'apparaît pas opportune. En effet, tel que rédigé, un tel critère laisse sous-entendre que d'autres éléments (non portés à la connaissance des candidats) que les (sous)critères utilisés seront pris en compte dans l'analyse des offres.

G. Motivation

1. Législation applicable

a) Loi du 29 juillet 1991

En vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif au sens de l'article 1^{er} – c'est-à-dire tout acte juridique unilatéral de portée individuelle (telle l'attribution d'une concession) – doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

Selon la jurisprudence du conseil d'état en la matière, cette motivation doit être claire, complète, précise, suffisante et adéquate, c'est-à-dire exacte et propre au cas dont il s'agit, afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. Par ailleurs, l'étendue de la motivation doit être proportionnelle à l'importance de la décision prise.

Les motifs de droit tiennent dans la mention des textes auxquels l'autorité se réfère pour prendre la décision en cause tandis que les motifs de fait sont fournis par les circonstances concrètes qui ont amené l'autorité à adopter une telle décision.

Concrètement, les motifs censés expliciter les points obtenus par chaque candidat doivent permettre de déterminer les différences qui peuvent exister entre les offres et donc entre les cotations attribuées. En d'autres termes, ils doivent permettre de comprendre les raisons pour lesquelles un candidat obtient moins de points pour tel critère qu'un autre candidat. Aussi, le rapport d'analyse doit exposer les points forts et les points faibles des offres et souligner à suffisance leurs différences ou leurs similitudes.⁸

b) Loi du 17 juin 2013

Contrairement à la loi du 29 juillet 1991 susvisée, la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés [publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions s'applique uniquement aux concessions qui relèvent de la loi relative aux concessions.

⁸ CE, arrêt du 11 juin 2013, n°223.826.

2. Motivation stéréotypée : les offres jugées « suffisantes »

Dans un souci de sécurité juridique, il convient d'éviter de se contenter, dans le rapport d'analyse des offres et/ou dans la délibération d'attribution, de juger que les différentes offres reçues sont « suffisantes ».

En effet, dans un arrêt du 09 avril 2019, le Conseil d'État⁹ a déjà estimé, qu'en l'espèce, la motivation formelle de l'acte attaqué était stéréotypée et non adéquate, notamment, dans la mesure où elle se limitait à indiquer que les trois soumissionnaires proposaient du personnel qualifié « en suffisance ».

À cet égard, il estime que « l'objectif d'un critère d'attribution n'est pas de déterminer si les soumissionnaires satisfont aux exigences qu'il énonce, mais d'identifier le soumissionnaire qui y répond le mieux. » (arrêt n° 244.226 du 09 avril 2019).

3. Méthode d'évaluation des offres

En ce qui concerne la méthode d'évaluation des offres, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁰ que :

- dans le cadre du respect du principe d'égalité, la manière dont s'effectue l'évaluation des offres doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels.
- à défaut d'indication dans le cahier des charges, la méthode d'évaluation doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de la délibération d'attribution/du rapport d'analyse, en sorte que les soumissionnaires concernés puissent s'assurer que l'évaluation des offres a été effectuée dans le respect du principe d'égalité.
- le recours ex post à une méthode d'évaluation des critères d'attribution qui n'a pas été préalablement portée à la connaissance des soumissionnaires n'est admissible que sous réserve du respect des trois

⁹ « Une telle motivation formelle se limite à indiquer que les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié "en suffisance", ce qui ne constitue pas une appréciation des mérites de chaque offre, que les moyens mis en œuvre sont "clairement identifiés" et que la planification des évacuations est "clairement détaillée" pour chaque site, ce qui constitue une qualité formelle de l'offre mais pas une qualité intrinsèque au regard du critère annoncé. S'il est indiqué que la différence de points attribués à la requérante et aux deux autres soumissionnaires s'explique par le fait que la planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est moins détaillée dans l'offre de cette dernière que dans celle de ses concurrentes, il n'en demeure pas moins que cette motivation, qui se limite, pour l'essentiel, à indiquer que les trois soumissionnaires répondent aux exigences formulées dans le critère concerné, est en défaut de faire apparaître une appréciation sur les éléments annoncés dans le cahier spécial des charges » (arrêt n° 244.226 du 09 avril 2019)

¹⁰ Voir, notamment, arrêts n°235.817 du 21 septembre 2016, n° 231.072 du 30 avril 2015, n° 234.235 du 22 mars 2016.

conditions suivantes : le recours à cette méthode d'évaluation ne doit tout d'abord pas avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du marché définis dans les documents du marché ou d'altérer la pondération annoncée de ces mêmes critères, notamment en ayant pour effet de privilégier le poids d'un critère sur un autre alors que cela n'avait pas été préalablement annoncé; cette méthode d'évaluation ne peut ensuite pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation; enfin, cette méthode ne peut avoir été adoptée d'une manière qui a pour effet de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un impact discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

4. Attribution de cotes identiques

L'attribution d'une cote identique à plusieurs, voire à tous les soumissionnaires, ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de motiver adéquatement cette absence de départage entre les offres.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré dans son arrêt n° 233.900 du 23 février 2016 : *« Dans l'hypothèse où toutes les offres se voient, comme en l'espèce, attribuer une note identique pour l'un des critères d'attribution, la motivation doit permettre à chaque soumissionnaire et au juge chargé de contrôler la légalité de la décision de comprendre pourquoi cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres ».*

5. Insertion de sous-critères

Il convient de ne pas scinder (sans le préciser dans le cahier des charges) un (sous-)critère en (sous-)sous-critère qui n'ont pas le même poids/ne valent pas le même nombre de points.

En effet, le Conseil d'État considère que : *« Il n'est pas interdit à un pouvoir adjudicateur de spécifier plus en détail un critère d'attribution préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires, de le diviser en "rubriques", "subdivisions", et d'accorder à celles-ci une pondération. Néanmoins lorsqu'il procède de la sorte, le pouvoir adjudicateur doit veiller à assurer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et le principe de transparence.*

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur spécifie un critère d'attribution par exemple en "rubriques" ou "subdivisions" non annoncées dans le cahier spécial des charges ou dans d'autres documents du marché, la question qui se pose, en premier lieu, est de déterminer si celles-ci consistent en de "simples" "éléments d'appréciation" ou en réalité, en des sous-critères d'attribution. Lorsqu'une "rubrique" d'un critère d'attribution est mise en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres et que de la même manière, une note

est donnée pour chaque offre au regard de cette "rubrique", celle-ci doit être qualifiée de sous-critère d'attribution.

L'utilisation de tels sous-critères d'attribution doit se faire, comme il a été rappelé ci-dessus, dans le respect des principes d'égalité et de transparence. C'est pourquoi leur légalité n'est admise que s'ils répondent à trois conditions. Premièrement, ils ne peuvent modifier les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges ou dans les autres documents du marché. En deuxième lieu, ils ne peuvent contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation. Et enfin, ils ne peuvent avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. » (voir notamment, arrêt n° 229.009 du 03 novembre 2014 mais également arrêt n° 230.648 du 25 mars 2015).

6. Neutralisation de critères en raison de son illégalité

Il convient de ne pas « neutraliser » un (sous-)critère sans motivation formelle adéquate.

En effet, le Conseil d'État considère, en matière de marché public, que : « même si un élément préalablement annoncé dans les documents du marché, au titre de critère ou de sous-critère d'évaluation, apparaît par la suite comme étant illégal a posteriori (...) ou non pertinent (...), le pouvoir adjudicateur ne peut tout simplement pas se contenter de "neutraliser" ledit critère ou sous-critère lors de la procédure d'évaluation des offres, car il ne peut, en effet, pas être purement et simplement préjugé de l'influence que l'élément ainsi "neutralisé" pourrait avoir sur la nouvelle organisation des critères et sous-critères d'attribution du marché qui résulte de cette "neutralisation". Il appartenait, en conséquence, à la partie adverse d'établir, d'une part, que l'"élément" litigieux pouvait être "neutralisé" en cours de procédure d'évaluation et, d'autre part, que cette "neutralisation" n'avait aucune influence sur la poursuite de l'analyse des offres, en ce que l'élément ainsi "neutralisé" ne permettait, en tout état de cause, pas de valoriser une offre plutôt que l'autre. » (arrêt n° 237.907 du 06 avril 2017).

7. Présentation orale

Si une présentation « orale » des offres peut être prévue, il est cependant nécessaire que, comme en matière de marchés publics, les pouvoirs locaux suivent la procédure suivante :

1. Ils sollicitent l'envoi d'une offre écrite,
2. Ils demandent aux soumissionnaires de défendre oralement leurs offres,
3. Ils attribuent des points quant aux projets des candidats sur base du

document écrit et de la défense orale.

En effet, il n'apparaît pas opportun de coter séparément l'écrit d'une offre et sa défense orale. Par ailleurs, le fait qu'un candidat est « *plus convaincant* » à l'oral et qu'il « *vend bien son projet* » n'apparaît pas être un motif adéquat permettant de déterminer l'offre la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.

H. Patere legem quam ipse fecisti

En vertu du principe « *patere legem quam ipse fecisti* », le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les règles qu'il a lui-même fixées dans le cahier des charges :

- Il convient de vérifier que le candidat ne se trouvait pas dans un des cas d'exclusions y visés.
- À défaut d'avoir indiqué dans les documents de concession qu'il s'est donné un pouvoir d'appréciation quant à la transmission imposée sous peine d'irrecevabilité de divers documents, un pouvoir adjudicateur ne peut décider de déclarer recevable les candidatures pour lesquelles tous les documents sollicités n'ont pas été transmis.
- Dans la mesure où le cahier des charges spécifie que la concession en cause sera attribuée au candidat dont la proposition sera la plus intéressante sur base de critères fixés par le pouvoir adjudicateur dans ledit cahier des charges, il n'est pas opportun de tenir compte du fait qu'un candidat n'a pas exécuté la précédente concession en respectant son offre rendue dans le cadre de la précédente procédure.

En effet, un tel fait ne permet pas d'évaluer l'offre rendue dans le cadre de ladite procédure.

I. Considérations spécifiques aux concessions de services exclues du champ d'application de la législation spécifique compte tenu de leurs valeurs

1. Mise en concurrence

De manière générale, dans le cadre de l'attribution de leurs contrats (en ce compris l'attribution des concessions de services et de travaux exclues du champ d'application de la législation susmentionnée relative aux contrats de concession), les pouvoirs locaux sont tenus notamment de respecter en fonction du cas d'espèce :

- les grands principes de droit administratif tels notamment les principes d'égalité et de non-discrimination issus des articles 10 et 11 de la

Constitution.

- les principes généraux de l'égalité de traitement, de la non-discrimination et de la transparence issus des articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsque l'opération projetée vise à attribuer un contrat à un opérateur économique et présente un intérêt transfrontalier certain.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, il ressort de ce principe de transparence que, sauf motivation adéquate, un degré de publicité adéquat, permettant d'assurer que les opérateurs économiques intéressés puissent manifester leur intérêt, doit être assuré.

En ce qui concerne l'intérêt transfrontalier certain, la doctrine¹¹ précise :

- o « qu'en pratique, cette exigence est facilement satisfaite » ;
- o qu'il suffit d'un « quelconque intérêt, même potentiel, pour des entreprises établies dans d'autres États membres » ;
- o que la Cour de Justice de l'Union européenne « se contente d'un intérêt hypothétique » dans la mesure où il n'est pas « requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt »¹².

Cet intérêt peut découler¹³ (sans que ces éléments soient nécessairement cumulatifs) de :

- o l'importance économique de la convention projetée ;
- o la localisation de l'opération qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers (région frontalière). À cet égard, la « configuration géographique » de la Belgique est telle que les pays frontaliers sont relativement proches ;
- o la complexité technique du contrat.

Si, selon les circonstances du cas d'espèce, il est parfois possible de consulter directement (sans mesures de publicité) un nombre limité d'opérateurs, il ne pourra jamais être reproché à un pouvoir adjudicateur d'avoir effectué des mesures de publicité adéquates permettant à tout opérateur économique de remettre une offre.

Aussi, dans un souci de sécurité juridique, à défaut de jurisprudence spécifique,

11 V. HATZOPOULOS, « Du principe de non-discrimination (au niveau européen) au principe de bonne administration (au niveau national) ? », C.D.E., 2016/1, pp.317 et 318.

12 C.J.U.E., arrêt C-221/12 du 14 novembre 2013, point 31. La Cour ajoute : « Il en est spécialement ainsi lorsque, comme dans le cadre de l'affaire au principal, le litige porte sur l'absence de transparence ayant entouré la convention en cause. En effet, dans un tel cas, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres n'ont pas de réelle possibilité de manifester leur intérêt à obtenir cette concession ».

13 Voir notamment : CJUE, arrêt C-65/17, Oftalma Hospital Srl, 17 avril 2018, point 40.

il ne peut qu'être conseillé de procéder à la mise en concurrence de ce type de concession par le biais de mesures de publicité adéquates.

Effectuer des mesures de publicité permet :

- de s'assurer du respect de l'intérêt général et, dans certains cas, de l'intérêt financier du pouvoir local en ce que ces mesures entraînent la possibilité d'obtenir une meilleure offre ;
- de se prémunir, dans une certaine mesure, contre d'éventuelles réclamations.

La publicité effectuée (durée, diffusion, etc.) doit également être adéquate, c'est-à-dire adaptée au cas d'espèce, à la localisation géographique du pouvoir adjudicateur (proximité de frontières), à l'intérêt que peut avoir la concession envisagée pour d'éventuels candidats, etc.

La durée de la publicité doit être suffisante pour permettre aux candidats intéressés de remettre une offre et doit donc être déterminée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

Quels que soient les vecteurs de publicité utilisés, il apparaît que l'avis de concession doit mentionner les éléments essentiels (objet de la concession, date ultime et mode de remise des offres, conditions essentielles de la concession, etc.). Il peut également renvoyer à une personne de contact au sein du pouvoir adjudicateur pour tout renseignement utile notamment quant aux conditions de la concession. Pour limiter les frais, la publicité réalisée dans les journaux peut en outre renvoyer au(x) site(s) internet choisi(s).

2. Motifs d'exclusion et conditions de sélection

Aucune procédure n'étant imposée légalement pour l'attribution de concessions de services qui ne sont pas soumises à la loi du 17 juin 2016, les pouvoirs adjudicateurs sont libres d'organiser, dans le respect des grands principes de droit administratif, la procédure comme ils le souhaitent, sans formalisme particulier.

Néanmoins, il y a lieu de constater que prévoir des motifs d'exclusion et des conditions de sélection dans un document de concession peut s'avérer intéressant/utile. À cet égard, il est renvoyé au point II.F ci-avant

Par ailleurs, il importe de préciser expressément les documents qui doivent être transmis par les candidats (ou le concessionnaire pressenti en cas de déclaration sur l'honneur) afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que ceux-ci ne se trouvent pas dans un des cas d'exclusion visés.

En ce qui concerne plus particulièrement les motifs d'exclusion liés aux paiements des cotisations de sécurité sociale, de la TVA et des impôts, il convient de constater qu'à défaut d'application de la législation relative aux

marchés publics ou aux contrats de concession, en précisant – sans plus de précision – que le candidat doit être en règle quant aux paiements des cotisations de sécurité sociale, de la TVA et de ses impôts, le pouvoir adjudicateur impose que le candidat ne soit redevable d'aucune somme envers ces administrations/organismes.

Or, en règle générale, ces administrations/organismes rendent (notamment via l'application Télémarc) une attestation précisant que le candidat n'est pas redevable d'une somme supérieure à 3.000 euros. En d'autres termes, elles ne permettent pas de déterminer si le candidat satisfait – entièrement – à ses obligations relatives au paiement de ses taxes et impôts.

En effet, lesdites attestations correspondent à celles qui sont transmises dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou d'une concession soumise à la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Les différentes dispositions précisent que le candidat ou le soumissionnaire est en règle s'il n'a pas de dette en cotisations ou de dette fiscale à l'égard du SPF Finances supérieure à 3.000 euros.

Par conséquent, dans un souci de clarté, il convient, dans le cahier des charges, soit de mentionner clairement que le candidat ne doit pas être redevable d'une somme supérieure à 3.000 euros, soit d'attirer l'attention des candidats sur le fait que l'attestation qu'ils devront rendre doit explicitement mentionner que le candidat ne doit être redevable d'aucune somme.

3. Critères d'attribution

Dans un souci d'obtenir des offres qui répondent au mieux aux attentes du pouvoir adjudicateur et afin de motiver plus aisément/adéquatement l'attribution de la concession de services ou de travaux, il importe de fixer, dans le cahier des charges, des critères d'attribution et de les expliciter.

4. Rendre applicable certaines dispositions de la législation

Il n'est pas opportun de renvoyer – sans plus d'explication – vers certains articles de la législation relative aux contrats de concession et/ou aux marchés publics (lorsque celle-ci ne s'applique pas). En effet, une telle pratique manque de clarté pour les candidats dans la mesure, notamment, où certaines de ces dispositions renvoient vers d'autres non visées dans le cahier des charges en cause (la question de leur application pose, dès lors, question), utilisent des notions non définies dans le cahier des charges, etc.

Il est, dès lors, préférable de reprendre, *in extenso*, les éventuelles dispositions (adaptées au cas d'espèce) qu'un pouvoir adjudicateur voit appliquer à la

concession de services à conclure.

5. Modification en cours d'exécution

À défaut d'application d'une législation spécifique, s'il est possible de modifier un contrat de concession de services en cours d'exécution, il importe d'être très prudent.

En effet, excepté l'application d'une clause de réexamen claire, précise et sans équivoque prévue dans le cahier des charges, cette modification ne doit pas être substantielle, en quel cas, il s'agit d'un nouveau contrat nécessitant de relancer une procédure d'attribution.

Plus particulièrement, le Conseil d'État (n° 236.642 du 1^{er} décembre 2016) a déjà affirmé que : *« s'il n'y a pas lieu, pour évaluer leur caractère "substantiel", d'examiner les modifications querellées à la lumière des critères retenus par l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cette directive n'étant pas applicable en la cause actuellement examinée, ces modifications peuvent être confrontées aux indices identifiés par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans l'arrêt Pressetext Nachrichtenagentur GmbH prononcé le 19 juin 2008, en l'affaire identifiée sous la référence C-454/06, arrêt maintes fois évoqué à l'audience et dont l'enseignement – certes développé à propos des marchés publics de services – est, dans une large mesure, transposable aux concessions de services, ainsi que cela ressort – du reste – de l'arrêt Wall AG, prononcé par la même juridiction le 13 avril 2010, en l'affaire identifiée sous la référence C-91/08.*

Pour rappel, les extraits pertinents de cet arrêt se lisent comme suit :

"34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C 337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des

services non initialement prévus. [...].

37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial ».

Par ailleurs, malgré l'absence de législation spécifique, les hypothèses de modification visées par la loi du 17 juin 2016 susmentionnée et ses arrêtés d'exécution pourraient fournir un point de comparaison pertinent pour déterminer l'importance de la modification. Il convient, néanmoins, de constater l'absence de jurisprudence spécifique permettant de confirmer qu'une telle manière de procéder obtiendrait – en toute hypothèse – l'aval d'une juridiction telle que le Conseil d'État.

J. Considérations spécifiques aux concessions soumises au champ d'application de la législation relative aux contrats de concession

1. Calcul des délais

Le délai de réception des offres commence à courir le lendemain du jour de l'envoi de l'invitation à présenter une offre et l'ouverture des offres doit avoir lieu, au plus tôt, le lendemain du dernier jour du délai conformément à l'article 60 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession renvoyant au Règlement CEE, Euratom n°1182/71. En ce qui concerne ce dernier, il est renvoyé aux considérations émises au point I.F.14.

2. Communication électronique

En ce qui concerne les moyens de communication utilisés, l'article 32 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession prévoit « ...*les adjudicateurs utilisent, sauf les cas fixés par le Roi, des moyens électroniques pour toutes les communications et tous les échanges d'informations avec les opérateurs économiques, candidats, soumissionnaires et concessionnaires...* ».

L'article 14 de l'Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession mentionne les cas dans lesquels les adjudicateurs ne sont pas tenus d'utiliser des moyens électroniques.

Aussi, le choix de ne pas recourir à des moyens de communication électroniques – en, par exemple, n'imposant pas, dans le cahier des charges, que les offres ou demandes de participation soient remises/déposées par voie électronique - doit pouvoir se justifier au regard d'un des cas prévus à l'article 14 de l'Arrêté royal susmentionné.

3. Variantes et options

Il convient de constater que la législation relative aux contrats de concession n'est pas très explicite quant aux conséquences, notamment en matière d'analyse des offres, liées à l'insertion de variantes et/ou d'options.

En l'absence de jurisprudence contraire, il apparaît opportun de se référer, *mutatis mutandis*, aux principes évoqués en matière de marché public. Il est renvoyé, à cet égard, au point G. 9 ci-dessus.

4. Modifications

Les concessions soumises au champ d'application de cette législation spécifique ne peuvent être modifiées sans une nouvelle procédure de passation que dans les cas prévus aux articles 62 à 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession à savoir :

a) L'existence d'une clause de réexamen (article 62) ;

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le cadre d'une clause de réexamen pour autant qu'elle ait été prévue dans le cahier des charges/contrat initial et ce, dans le respect du prescrit de l'article 62 de l'arrêté royal susmentionné.

Il est à noter que la clause du cahier des charges/contrat à appliquer doit être claire, précise et sans équivoque et doit indiquer le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Par ailleurs, la nature globale de la concession ne doit pas être modifiée par exemple en remplaçant les travaux ou services à exécuter par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession.

En l'espèce, il convient de s'assurer que la clause telle que rédigée dans le cahier des charges/contrat s'applique concrètement à la situation particulière en cause. En d'autres termes, une clause présentant une portée trop générale peut ne pas être applicable.

b) L'application d'une clause de révision de prix (article 63) ;

c) La réalisation de travaux et services complémentaires (article 64) ;

d) L'existence d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (article 65) ;

Le rapport au Roi dudit arrêté royal précise que cette notion de circonstances

imprévisibles « renvoie à des circonstances qu'un adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation de l'attribution initiale, n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature ou des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dument en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible (considérant 76 de la directive 2014/23/UE) ». Le caractère imprévisible de la circonstance qui permet de modifier la concession est donc à évaluer « *in concreto* ».

En pratique, il conviendra de motiver adéquatement et donc concrètement une éventuelle modification, compte tenu de la concession en cause, du fait que la modification est rendue nécessaire par les circonstances, que la modification envisagée ne modifie pas la nature globale de la concession et que l'augmentation qui en résulte n'est pas supérieure à cinquante pour cent du montant initial de la concession.

Il est à noter qu'un « avis de modification » devra être publié (sauf s'il s'agit de modifier une concession de travaux dont la valeur estimée est inférieure à 5.538.000 €).

- e) Le remplacement du concessionnaire (article 66) ;
- f) La règle « de minimis » (article 67) ;

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le respect de l'article 67 de l'arrêté royal susmentionné.

Cette hypothèse - qui vise les modifications de valeur financière mineure pour autant qu'elles ne changent pas la nature globale de la concession - ne peut être envisagée que si le montant de la modification est inférieur à 5.538.000 € et à dix pour cent du montant de la concession initiale. Il est à noter que par « modification », cette disposition vise tant une diminution qu'une augmentation de valeur.

- g) Les modifications non substantielles (article 68).

La modification d'une concession en cours d'exécution peut également être envisagée dans le respect de l'article 68 de l'arrêté royal susmentionné si la modification peut être considérée comme non substantielle.

En l'occurrence, il conviendra de démontrer que la modification :

- n'introduit pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de la concession ;

- ne modifie pas l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ;
- n'élargit pas considérablement le champ d'application de la concession.

Le caractère substantiel ou non de la modification envisagée dépend des circonstances spécifiques du cas d'espèce et doit, dès lors, être adéquatement et concrètement motivée.

K. Autres considérations

1. Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

L'article 10 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession précise que : « *Un contrat conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :*

1° le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de vingt pourcents des activités concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 9, § 4. »

L'exposé des motifs de la loi concession précise, notamment, que : « *Pour que ces trois conditions soient remplies, indique le considérant 47 de la directive 2014/23/UE, "il convient que la coopération soit fondée sur la notion de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de coopérer à l'exécution de la mission de service public en question" ».*

Il est renvoyé au point I.D.3 repris ci-avant.

2. Concordat

Le concordat a fait place à la réorganisation judiciaire depuis la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (voir actuellement le Code de droit économique). Par ailleurs, il importe de rappeler que l'article XX.56 du code susmentionné précise notamment que : « *§ 1^{er}. Nonobstant toutes stipulations*

contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution.

Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement en s'exécutant dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire. »

