

Lignes directrices du 4 mai 2020

de la Commission des Marchés publics

Les marchés à tranches

A. CADRE LÉGAL

La possibilité de fractionner un marché en tranches est offerte par les articles 57 et 135 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, respectivement pour les secteurs classiques et secteurs spéciaux, ainsi que par l'article 33 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Cependant, ces lignes directrices sont rédigées sur la base de l'article 57 de la loi du 17 juin 2016. Elles ne reprennent donc pas les particularités qui s'appliquent dans les secteurs spéciaux et dans les domaines de la défense et de la sécurité.

B. QU'EST-CE QU'UN MARCHÉ À TRANCHES ?

Un marché public peut être fractionné en plusieurs tranches. Ces tranches peuvent être de deux types : des tranches fermes et des tranches conditionnelles.

Les tranches fermes sont les tranches pour lesquelles le pouvoir adjudicateur est engagé par la conclusion du marché. Cette dernière implique nécessairement que l'exécution de ces tranches sera demandée. Chaque tranche ferme peut néanmoins faire l'objet d'un ordre distinct de commencer l'exécution.

Les tranches conditionnelles sont les tranches pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'est pas engagé par la seule conclusion du marché. Bien que l'adjudicataire ait obligatoirement remis une offre pour ces tranches et qu'il soit engagé par celle-ci, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de les commander. Pour que ces tranches soient exécutées, le pouvoir adjudicateur doit communiquer à l'adjudicataire sa décision de les exécuter.

La division du marché en tranches permet notamment d'étaler l'exécution du marché dans le temps.

Il est possible de prévoir un marché contenant une ou des tranches fermes et une ou des tranches conditionnelles. Il n'est par contre pas possible d'élaborer un marché uniquement avec des tranches conditionnelles.

Le marché à tranches ne doit pas être confondu avec le marché à reconductions. Le marché à reconductions prévoit l'exécution d'une même prestation et dans les mêmes conditions que ce qui est prévu dans le marché initial alors que dans le marché à tranches, les prestations peuvent être différentes, bien que chaque tranche participe à un ensemble cohérent et est en lien avec les tranches antérieures.

Le marché à tranches ne doit pas non plus être confondu avec un accord-cadre. Dans le cadre d'un accord-cadre, la conclusion de l'accord-cadre n'implique pas en soi la commande effective de prestations. Les marchés subséquents à un accord-cadre conclu sont indépendants les uns des autres. Bien que les conditions des marchés subséquents (p.ex. les prix unitaires et/ou forfaitaires) soient fixées dans le cadre d'un cadre contractuel commun, certains éléments sont susceptibles d'être précisés au moment de la passation de chaque marché subséquent (p. ex. les quantités à exécuter). L'adjudicataire ne doit exécuter que les prestations formellement commandées suite à la passation de tels marchés subséquents, le cas échéant après une mini-compétition entre les participants à l'accord-cadre conclu. Dans le cadre d'un marché à tranches, chaque tranche doit faire l'objet d'une commande

formelle auprès de l'adjudicataire, sans remise en concurrence. Toutes les tranches font partie d'un seul marché et doivent avoir un lien entre elles, en rapport avec l'objet du marché. Si leur contenu peut varier d'une tranche à l'autre, il doit être clairement défini à l'avance. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de commander les tranches fermes du marché qu'il a conclu. L'absence de commande formelle des tranches conditionnelles aura pour conséquence que l'adjudicataire du marché ne peut pas exécuter les prestations liées à ces tranches.

La tranche conditionnelle ne doit pas non plus être confondue avec l'option. Lorsqu'un marché comporte une ou plusieurs tranches fermes ou conditionnelles, la conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché, mais n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes, les tranches conditionnelles étant subordonnées à une décision particulière du pouvoir adjudicateur. Cette décision est portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues par les documents du marché.

A. QUAND PEUT-ON UTILISER UN MARCHÉ À TRANCHES ?

La législation prévoit que le pouvoir adjudicateur doit démontrer la nécessité d'utiliser des tranches.

Le pouvoir adjudicateur peut donc uniquement utiliser cette possibilité si le marché le nécessite. Il ne peut diviser le marché artificiellement si celui-ci peut être exécuté en une tranche sans inconvénient. Les raisons de recourir à un marché à tranches doivent ressortir du dossier administratif du pouvoir adjudicateur. Dans un souci de transparence, ce dernier peut également indiquer dans les documents du marché les motifs qui l'ont conduit à utiliser un marché à tranches.

Il est important de ne pas confondre les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur procède via un marché à tranches avec les conditions dans lesquelles les tranches conditionnelles peuvent être levées. Ces dernières doivent apparaître très clairement dans les documents du marché (voir point E).

B. EQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU MARCHÉ

Les pouvoirs adjudicateurs doivent également être attentifs à élaborer leurs documents du marché de manière à ce que l'exécution du marché soit économiquement viable pour les opérateurs économiques.

Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs doivent notamment se demander dans quelle mesure les coûts fixes ont un impact sur la tranche conditionnelle. Si un coût fixe est significatif et pèse lourdement sur la tranche conditionnelle, le pouvoir adjudicateur doit se demander s'il ne vaudrait pas mieux le classer dans un poste distinct et le classer dans la tranche ferme (par exemple, un poste relatif à l'installation du chantier ou un poste relatif à l'étude de faisabilité). En effet, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation pour décider de créer un poste distinct.

C. COMMENT DOIT-ON METTRE EN ŒUVRE UN MARCHÉ À TRANCHES ?

1. La législation prévoit que l'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.
2. Les clauses prévoyant des tranches fermes et conditionnelles doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Il est important dans la mise en œuvre d'un marché à tranches de définir clairement l'objet de chaque tranche.

Chaque tranche doit constituer un ensemble cohérent et doit se suffire à elle-même.

Enfin, la clause des documents du marché traitant des tranches doit définir la manière (le moyen de communication à utiliser, le calendrier, ...) dont les tranches conditionnelles seront commandées, le cas échéant. Une tranche conditionnelle ne peut rester pendante sans limite dans le temps. L'adjudicataire doit savoir, qu'à partir d'un certain moment, la tranche ne pourra plus être commandée. Il ne sera alors plus lié par son offre, pour la partie qui concerne la tranche conditionnelle non commandée.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai par tranche, mais il peut également prévoir uniquement un délai pour le marché total, aucune tranche ne pouvant être levée passé ce délai. Certaines modalités particulières pourraient également être prévues sur la question des délais, notamment la possibilité d'une indemnité développée au point F. De plus, le délai pour lever la tranche ne doit pas nécessairement être formulé sous la forme d'une date. La référence à une période ou à un événement peut dans certains cas être plus opportune. Il peut par exemple être prévu qu'une tranche ne pourra plus être levée trois mois après l'obtention du permis d'urbanisme.

La levée d'une tranche conditionnelle doit être effectuée dans sa totalité. Il n'est pas possible de commander une partie de tranche.

3. L'estimation de la valeur du marché doit tenir compte de toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché¹.

D. QUESTION PARTICULIÈRE : L'INDEMNITÉ

Dans certains cas, notamment lorsque les tranches sont très étalées dans le temps, le pouvoir adjudicateur pourrait prévoir un système d'indemnité. Ce système devrait être clairement défini dans les documents du marché.

Il est, par exemple, possible de prévoir une date limite de levée de la tranche sans indemnité et une période complémentaire dans laquelle la tranche pourrait être commandée moyennant le paiement d'une indemnité d'attente définie dans les documents du marché. Cette période doit également être définie dans le temps.

Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir une indemnité de dédit dans le cas où une tranche conditionnelle n'est pas commandée.

E. ANALYSE DES OFFRES

Dans le cadre de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de l'existence de ces tranches. Ces dernières doivent faire l'objet d'une évaluation, que ce soit de manière globale ou qu'un critère d'attribution y afférant ait été prévu dans les documents du marché.

F. LES TRANCHES ET L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

Lors de l'exécution du marché, certaines particularités liées à la présence de tranches conditionnelles peuvent apparaître.

L'article 25, § 2, alinéa 4, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics prévoit que « *le cautionnement est constitué par tranche à exécuter* ». Le cautionnement sera proportionnel au montant de la tranche et devra être constitué dans les 30 jours qui suivent la levée de la tranche.

Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un certain nombre de conditions d'exécution qui sont spécifiques par tranche. Il est notamment conseillé de fixer un délai d'exécution par tranche, en plus du délai total. Il faut également s'assurer que les règles de paiement soient compatibles avec l'exécution en tranches.

Un marché à tranches conditionnelles peut être résilié dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que tout autre marché public. La résiliation du marché entraîne la résiliation des tranches conditionnelles qu'elles aient été ou pas commandées.

¹ Article 7, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, article 7, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et article 25, alinéa 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Annexe - réglementation utile

Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

Marché à tranches fermes et à tranches conditionnelles et clauses de reconduction

Art. 57. Lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Bien que la conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché, elle n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché initiaux. L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.

Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour l'utilisation des marchés à tranches fermes et conditionnelles, ainsi que pour l'utilisation des clauses de reconduction.

Marché à tranches fermes et à tranches conditionnelles et clauses de reconduction

Art. 135. L'entité adjudicatrice peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. La conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché mais n'engage l'entité adjudicatrice que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de l'entité adjudicatrice portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché initiaux. L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.

Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser huit ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour l'utilisation des marchés à tranches fermes et conditionnelles, ainsi que pour l'utilisation des clauses de reconduction.

Arrêté royal du 18 avril 2018 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Art. 7. § 1^{er}. Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par le pouvoir adjudicateur. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants :

...

4° toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché ;

Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux

Art. 7. § 1^{er}. Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par l'entité adjudicatrice. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants :

...

4° toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché ;

Loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité

Art. 33. § 1^{er}. Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché public fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. La conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché public mais n'engage le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à sa décision portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché concerné.

§ 2. Dès sa conclusion, un marché public peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

Arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité

Art. 25. L'estimation du montant du marché est fondée sur la durée et la valeur totales de celui-ci telle qu'effectuée par le pouvoir adjudicateur, en prenant en compte :

4° toutes les tranches au sens de l'article 33, § 1^{er}, de la loi ;