

## ***La motivation, l'information, le délai d'attente et les voies de recours***

Outre les règles de publicité au moment du lancement de la procédure de passation d'un marché public<sup>1</sup>, le pouvoir adjudicateur est également tenu d'assurer une certaine publicité de ses décisions d'attribution notamment, par l'information des candidats non sélectionnés et des soumissionnaires évincés.

Le pouvoir adjudicateur doit aussi, dans certains cas, laisser s'écouler un délai d'attente – « *standstill* », litt. « arrêt » – avant la conclusion du marché avec le soumissionnaire choisi, afin que ces mêmes candidats non sélectionnés et soumissionnaires évincés puissent valablement exercer un recours susceptible de conduire à la suspension, voire à l'annulation de la décision d'attribution (ce qui pourrait éventuellement mener à une réattribution à leur profit), non simplement à l'octroi de dommages et intérêts.

C'est la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui est actuellement le siège de la matière. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013 et a subi toute une série d'adaptations à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'actuelle réglementation des marchés publics le 30 juin 2017, afin notamment de la rendre applicables aux concessions.

### **1. Les marchés et concessions atteignant les seuils de publicité européenne**

Les règles qui suivent sont celles applicables aux marchés et aux concessions atteignant les seuils de publicité européenne.

Lorsque l'estimation initiale du marché ou de la concession est inférieure au seuil de publicité européenne, mais que le montant HTVA de l'offre à approuver s'avère néanmoins supérieur de plus de 20 % à ce seuil, les règles applicables en matière de motivation, information, délai d'attente et voies de recours au-delà des seuils européens trouveront finalement à s'appliquer.

#### ***A. La motivation***

S'agissant des marchés publics, le pouvoir adjudicateur établit une décision motivée :

1. lorsqu'il décide de recourir à une procédure négociée sans publication préalable ou à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable ;
2. lorsqu'il décide de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation ;
3. lorsqu'il décide de recourir au dialogue compétitif ;
4. lorsqu'il décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification ;
5. lorsqu'il décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation ;
6. lorsqu'il décide, dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, de ne pas admettre un participant ;
7. lorsqu'il décide, dans le cadre du dialogue compétitif, de déclarer le dialogue conclu ;
8. lorsqu'il attribue un marché, quelle que soit la procédure ;
9. lorsqu'il renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

---

<sup>1</sup> Voir fiche n°5 *La publicité dans les marchés publics*.

Dans le cadre de la passation d'une concession, une décision motivée doit également être rédigée dans les cas suivants :

1. choix d'appliquer une procédure sans publication préalable ;
2. sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation ;
3. attribution d'une concession, quelle que soit la procédure ;
4. renonciation à la passation d'une concession et, le cas échéant, lancement d'une nouvelle procédure.

Les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise, mais, dans certaines hypothèses, la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution.

Les décisions sont motivées en droit et en fait.

### ***B. L'information des candidats et des soumissionnaires***

En procédure restreinte, dès que le pouvoir adjudicateur a pris sa décision motivée de sélection, il communique à tout candidat non sélectionné :

1. les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision ;
2. en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection.

En cas de dialogue compétitif, dès qu'il a pris la décision portant sur la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins et à ses exigences, le pouvoir adjudicateur communique la décision motivée relative à ce choix aux participants dont la solution n'est pas retenue.

En cas de système d'acquisition dynamique, dès qu'il a pris la décision motivée, le pouvoir adjudicateur communique à tout participant non admis, les motifs de sa non-admission, extraits de la décision motivée.

En cas de marché passé selon une procédure concurrentielle avec négociation, une procédure négociée sans publication préalable, un dialogue compétitif ou un partenariat d'innovation, le pouvoir adjudicateur doit communiquer, à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre régulière ou de tout participant ayant proposé une solution, les informations relatives, selon le cas, au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue avec les soumissionnaires ou participants et ce, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite du soumissionnaire ou du participant concerné (L. 17.6.2013, art. 7/1).

En procédure restreinte, au stade de l'attribution, ainsi qu'en procédure ouverte, dès qu'il a pris sa décision d'attribution, le pouvoir adjudicateur communique :

1. à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée ;
2. à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée ;
3. à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

Cette communication comprend également, le cas échéant :

1. la mention précise de la durée exacte du délai d'attente ;
2. la recommandation d'avertir le pouvoir adjudicateur dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique prévu par la législation relative aux marchés publics ou aux concessions, dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension ;

3. la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement qu'un recours est exercé peut être envoyé.

Le pouvoir adjudicateur effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique prévu par la législation relative aux marchés publics ou aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé.

Cette communication mentionne l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes. À défaut de ces mentions, le délai d'introduction du recours en annulation prend cours quatre mois après la communication de la décision motivée

Cette communication ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et le *standstill* soient applicables.

Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises, sans préjudice des règles de confidentialité prévues par la législation relative aux marchés publics ou aux concessions.

### **C. Le délai d'attente**

La conclusion du marché ou de la concession ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée. À défaut de simultanéité entre les envois (télécopieur, courrier électronique, autre moyen électronique, envoi recommandé), le délai prend cours à la date du dernier envoi.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution est introduite dans le délai de *standstill*, le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché ou la concession avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension.

À cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir le pouvoir adjudicateur dans ce délai, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou tout autre moyen électronique prévu par la législation relative aux marchés publics ou aux concessions, de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché ou de la concession peut avoir lieu au terme du délai d'attente lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans celui-ci.

La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché ou de la concession éventuellement conclu en violation de la règle du *standstill*. Le pouvoir adjudicateur informe ainsi l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché ou de la concession.

Cela étant, lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché ou de la concession, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché ou de la concession n'est introduite dans les délais impartis, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché ou de la concession est levée de plein droit.

La conclusion du marché ou de la concession peut avoir lieu sans appliquer le délai d'attente quand :

- la publicité européenne préalable n'est pas obligatoire ;
- le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché ou la concession est attribué et en l'absence de candidats concernés ;
- il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre.

## **D. Les voies de recours**

### **1. Annulation**

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant sur les spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1. le droit européen en matière de marchés publics et de concessions, ainsi que la législation belge en la matière ;
2. les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
3. les documents de marché.

C'est la Section du contentieux administratif du Conseil d'État qui sera l'instance de recours lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative visée à l'article 14, par. 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État (c'est le cas notamment des communes, CPAS, intercommunales).

Pour les personnes qui n'ont pas cette qualité, il s'agira du juge judiciaire.

Le délai pour introduire la procédure en annulation est, à peine d'irrecevabilité, de 60 jours, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

### **2. Suspension**

Ce recours est possible dans les mêmes conditions que celles visées pour l'annulation.

L'instance de recours pour les pouvoirs locaux est en principe le Conseil d'État.

Le délai de recours est, à peine d'irrecevabilité, de 15 jours, à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

La procédure est introduite selon la procédure d'extrême urgence (ou devant le juge judiciaire selon la procédure de référé).

Le Conseil d'État va pouvoir, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence ne doive être rapportée, le cas échéant sous peine d'astreinte :

- suspendre l'exécution des décisions,
- et aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
  1. ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ;
  2. ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

La suspension ne va pas être décidée automatiquement cependant : l'instance de recours peut, d'office ou à la demande d'une des parties, tenir compte des conséquences probables de cette mesure ainsi que

des mesures provisoires, non seulement pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, mais aussi pour l'intérêt public. L'instance de recours pourrait dès lors décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution de la décision, ou les mesures provisoires, lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

### 3. Dommages et intérêts

L'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par quelque violation de la réglementation des marchés publics commise par le pouvoir adjudicateur et précédant la conclusion du marché, à condition que ladite instance considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée.

À noter qu'en procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix et que le marché doit donc être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre sera due. Cette indemnité forfaitaire sera éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999.

L'instance de recours est en principe le juge judiciaire, y compris lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État (p.ex. une commune, un CPAS ou une intercommunale), pour autant cependant qu'une indemnité réparatrice telle que visée à l'article 11bis de ces mêmes lois n'ait pas été demandée (sinon c'est alors le Conseil d'État qui est compétent).

Le délai de recours est, à peine d'irrecevabilité, de 5 ans, à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

### 4. Déclaration d'absence d'effets

À la demande de toute personne intéressée, le juge judiciaire (l'instance de recours pour cette procédure) déclare dépourvu d'effets un marché conclu dans chacun des cas suivants :

1. lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu un marché ou une concession sans une publicité européenne, alors que celle-ci était pourtant exigée par le droit européen ou la législation en matière de marchés publics et de concessions ;
2. lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu le marché ou la concession sans respecter le délai d'attente ou sans attendre que l'instance de recours statue sur la demande de suspension ou de mesures provisoires, en cas de violation « caractérisée » (quand la violation a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension, et est accompagnée d'une violation du droit européen ou de la législation en la matière et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché) ;
3. lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu le marché sur la base d'un accord-cadre sans que toutes les conditions soient fixées dans cet accord-cadre, lorsqu'il y a violation des règles procédurales déterminées par le Roi.

Cette mesure ne trouvera pas à s'appliquer lorsque l'autorité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence *ex ante* volontaire et n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins 10 jours à compter du lendemain du jour de publication dudit avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de déclaration d'absence d'effets, le juge judiciaire prononce :

- soit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ;

- soit la limitation de la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce dernier cas, elle prononce en outre une pénalité financière (sanction de substitution).

Le juge judiciaire garde la faculté de ne pas prononcer semblable mesure s'il constate, après examen, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché ou de la concession soient maintenus (l'intérêt économique à ce que le marché ou la concession produise ses effets n'est, en principe, pas considéré comme « raison impérieuse d'intérêt général »). Dans ce cas, il prononce des sanctions de substitution.

Le délai d'introduction d'une telle demande est, à peine d'irrecevabilité, de 30 jours, à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur, soit a publié l'avis d'attribution du marché ou de la concession, lorsque le pouvoir adjudicateur a décidé de passer le marché ou la concession sans publicité préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* et que l'avis d'attribution du marché ou de la concession contient la justification de cette décision, soit a informé les candidats concernés et les soumissionnaires concernés du contrat en leur communiquant simultanément la décision motivée les concernant.

Le délai de recours est porté à 6 mois à compter de la conclusion du marché ou de la concession, si l'autorité adjudicatrice n'a pas publié un avis d'attribution de marché conforme à la réglementation et n'a pas informé les candidats et soumissionnaires concernés.

## **5. Sanctions de substitution**

Le juge judiciaire (instance de recours pour ces sanctions) peut, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, abréger la durée du marché ou de la concession ou imposer une pénalité financière à charge du pouvoir adjudicateur.

Le juge judiciaire dispose d'un pouvoir d'appréciation (gravité de la violation, comportement de l'autorité adjudicatrice, ...).

La pénalité financière s'élève au maximum à 10 % du montant hors TVA du marché attribué ou 5 % de la valeur de la concession attribuée hors TVA.

Les pénalités financières sont versées au Trésor et peuvent être cumulées avec le versement de dommages et intérêts au soumissionnaire lésé.

Les sanctions de substitution seront prononcées notamment lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu le marché sans respecter le délai d'attente ou sans attendre que l'instance de recours statue sur la demande de suspension, ou de mesures provisoires, sans que cette violation soit "caractérisée".

Les recours relatifs aux sanctions de substitution sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans un délai de 6 mois à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance, selon le cas.

## **2. Les marchés et les concessions n'atteignant pas les seuils de publicité européenne**

### ***A. La motivation, l'information des candidats et des soumissionnaires et le délai d'attente***

Pour les marchés dont la dépense à approuver hors TVA dépasse 139.000 euros HTVA, seules les règles suivantes sont applicables :

- les hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur rédige une décision motivée ;
- le contenu de la décision motivée, suivant la procédure et le type de décision ;

- les obligations d'information du pouvoir adjudicateur quand la procédure comprend une première phase de sélection qualitative, après la décision y relative ;
- les exigences de communication du pouvoir adjudicateur dès qu'il a pris la décision d'attribution motivée ;
- ses obligations en cas de décision de renoncer à passer un marché ;
- la non-divulgateion de certains renseignements (contrariété à l'intérêt public, préjudice aux intérêts commerciaux légitimes, ...).

En revanche, le délai d'attente n'est en principe pas applicable aux décisions concernant ces marchés.

Règle particulière s'il en est, le délai d'attente est néanmoins applicable aux marchés de travaux et aux concessions de travaux soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant de l'offre à approuver HTVA se situe entre le seuil de publicité européenne et un montant correspondant à la moitié de celui-ci, soit, à l'heure actuelle, entre 2.675.000 et 5.350.000 euros HTVA.

Le pouvoir adjudicateur peut également rendre le délai d'attente applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils de publicité européenne (et n'étant par ailleurs pas visés par la règle particulière propre à certains marchés de travaux).

En tout cas, une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours.

Pour les concessions sous le seuil de publicité européenne, seules les règles suivantes s'appliquent :

- l'établissement de décisions motivées comme s'agissant des concessions au-delà du seuil européen ;
- l'information des candidats et soumissionnaires concernés, à nouveau comme au-delà du seuil de publicité européenne.

## ***B. Les voies de recours***

Les recours en annulation, suspension, dommages et intérêts sont applicables aux marchés sous les seuils européens.

Pour les marchés de travaux "importants", visés par le *standstill*, sont également applicables :

- les exceptions au délai d'attente (e.a. un seul soumissionnaire concerné à qui est attribué le marché) ;
- la suspension de plein droit de l'exécution d'un marché qui a fait l'objet d'une décision de suspension de l'exécution de la décision d'attribution ;
- la sanction de la déclaration d'absence d'effets ainsi que sa possible exclusion ; la prononciation de l'annulation rétroactive ou de la limitation de la portée des obligations contractuelles en cas de déclaration d'absence d'effets d'un marché ;
- les sanctions de substitution.

Pour les marchés sous les seuils européens pour lesquels le pouvoir adjudicateur aurait néanmoins choisi de faire application du délai d'attente, ne sont cependant pas applicables :

- la suspension de l'exécution de plein droit du marché en cas de suspension de l'exécution de la décision d'attribution ;
- la déclaration d'absence d'effets ;
- les sanctions de substitution.

### ***C. Les règles propres aux marchés dont le montant de la dépense à approuver ne dépasse pas 139.000 euros HTVA***

Les règles précitées relatives à la motivation et à l'information ne sont pas applicables aux "petits" marchés dont le montant de la dépense à approuver ne dépasse pas 139.000 euros HTVA.

Néanmoins, le pouvoir adjudicateur établit une décision motivée :

1. pour la sélection, quand la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation ;
2. pour l'attribution du marché, quelle que soit la procédure ;
3. lorsqu'il renonce à la passation d'un marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit :

1. tout candidat non sélectionné de sa non-sélection, lorsque la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, et ce dès qu'il a pris la décision motivée de sélection ;
2. tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné de sa non-sélection, tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ou n'a pas été choisie, du rejet de son offre ou du fait qu'elle n'a pas été choisie, et le soumissionnaire retenu, de la décision relative à son choix, et ce dès qu'il a pris la décision d'attribution.

Le pouvoir adjudicateur devra clairement indiquer s'il se limite à informer le soumissionnaire retenu ou s'il notifie la décision d'attribution et donc la conclusion du marché.

Dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi de ces informations, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit au pouvoir adjudicateur de lui communiquer les informations complémentaires suivantes :

1. tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné : les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée ;
2. tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée : les motifs du rejet, extraits de la décision motivée ;
3. tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue et l'adjudicataire : la décision motivée.

Le pouvoir adjudicateur communique par écrit ces informations complémentaires dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.

Le pouvoir adjudicateur peut cependant joindre directement à l'information, selon le cas, les motifs de la décision concernée.

La décision motivée est jointe à l'information lorsque le pouvoir adjudicateur rend applicable au marché considéré le délai d'attente.

Par ailleurs, dès qu'il a pris la décision de renoncer à la passation du marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, le pouvoir adjudicateur informe, par écrit, chaque candidat ou soumissionnaire concerné de ce fait.

Dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi de ces informations, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit au pouvoir adjudicateur de lui communiquer la décision motivée. Le pouvoir adjudicateur communique par écrit la décision motivée dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.

En outre, à défaut d'être visées par la loi particulière « marchés publics », certaines autres délibérations en matière de marchés dits de faible montant restent soumises à la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, qui impose, dans certains cas, une telle motivation formelle (c'est-à-dire que les motifs de droit et de fait qui sous-tendent la décision doivent apparaître directement dans la décision elle-même). Seuls les actes de portée individuelle sont cependant visés par cette obligation.