

LA MOTIVATION ET L'INFORMATION

2022
Janvier

Table des matières

1.	La motivation	2
1.1.	Qu'est-ce qu'une décision motivée ?.....	2
1.2.	Dans quels cas faut-il rédiger une décision motivée ?.....	3
1.2.1.	Hypothèses	3
1.2.2.	Cas de marché public de faible montant.....	3
1.3.	Que doit contenir une décision motivée ?	4
1.4.	Quand les motifs de droit et de fait doivent-ils exister ?	5
1.5.	Quand la décision doit-elle être rédigée ?.....	5
1.6.	Comment motiver de manière adéquate ?	6
1.6.1.	Quel est l'objectif poursuivi ?	6
1.6.2.	Quand une motivation est-elle adéquate ?.....	6
2.	L'information	9
2.1.	Pourquoi faut-il informer les soumissionnaires/les candidats ?	9
2.2.	Que doit communiquer le PA ?.....	10
2.2.1.	Extrait de décision motivée / décision motivée intégrale	10
2.2.2.	Les voies de recours	12
2.2.3.	Les autres informations.....	12
2.2.4.	Modalités de transmission.....	12
2.3.	Les limites de l'information	13
2.4.	Quels sont les effets de la communication des motifs ?	13
2.5.	Le délai d'attente (standstill)	13
2.5.1.	Qu'est-ce que le délai de standstill?	13
2.5.2.	Dans quels cas est-il applicable ?	13
2.5.3.	Comment se calcule-t-il ?	14
2.5.4.	Que se passe-t-il en cas de demande de suspension ?.....	14
2.5.5.	Que se passe-t-il en cas de non-respect du délai de standstill par le PA ?	15

Règlementation pertinente :

- Articles 3 à 34 de 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
- Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs
- Lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973
- Règlement européen n° 1182/71 du 3 juin 1971

La décision d'un pouvoir adjudicateur (PA) de lancer un marché et d'attribuer celui-ci à un soumissionnaire reflète l'exercice d'un choix et implique, le cas échéant, de ne pas sélectionner les autres candidats/soumissionnaires, d'écarter ou de ne pas retenir leurs offres.

Au stade de l'attribution du marché, plusieurs obligations pèsent sur le PA :

- un devoir de motivation de sa décision ;
- un devoir d'information des différents soumissionnaires/candidats ;
- un devoir de mention explicite des voies de recours.

Les objectifs poursuivis par le législateur sont :

- garantir la transparence des actes administratifs pris par l'autorité publique ;
- assurer l'effectivité des recours offerts par la loi.

1. La motivation

Afin de répondre aux objectifs du législateur, le PA est tenu de rédiger une décision motivée dans les hypothèses prévues par la loi.

Sur le portail des marchés publics, vous trouverez des modèles de décision motivée d'attribution, applicables pour les marchés passés par une procédure en une phase (procédure ouverte (PO) ou procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) ou procédure négociée directe avec publication (PNDAP)) avec niveau de publicité belge et européen.

1.1. Qu'est-ce qu'une décision motivée ?

Une décision motivée est un acte :

- **administratif** parce qu'il émane du PA ;
- **unilatéral** parce qu'il reflète la seule volonté du PA ;
- **individuel** parce qu'il produit des effets juridiques dans le chef des candidats/soumissionnaires.

Celle-ci doit transcrire de manière formelle :

- les règles légales et réglementaires auxquelles le PA se réfère pour prendre sa décision (**motivation en droit**) ;
- ainsi que les éléments de fait qui fondent celle-ci (**motivation en fait**).

1.2. Dans quels cas faut-il rédiger une décision motivée ?

1.2.1. Hypothèses

Le PA rédige une décision motivée :

- a) En cas de recours à une procédure de passation déterminée, lorsqu'il décide de recourir à :
 - **une procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) ou à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable (secteurs spéciaux) ;**
 - **une procédure concurrentielle avec négociation (PCAN) ;**
 - **un dialogue compétitif (DC);**
- b) Lorsqu'il pose un choix impactant la suite de la procédure, à savoir :
 - la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un **système de qualification** ;
 - la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation ;
 - dans le cadre d'un **système d'acquisition dynamique (SAD)**, ne pas admettre un participant ;
 - dans le cadre du **dialogue compétitif**, déclarer le dialogue conclu ;
- c) Lorsqu'il attribue un marché, quelle que soit la procédure ;
- d) Lorsqu'il renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

1.2.2. Cas de marché public de faible montant

La loi du 17 juin 2013 n'est pas applicable aux marchés publics de faible montant (montant estimé inférieur à 30.000 euros HTVA).

Le PA doit néanmoins motiver son choix de l'adjudicataire.

Pour ce faire, il lui suffit d'indiquer de manière succincte les motifs de droit et de fait qui l'ont mené à poser ce choix. A noter que cette motivation peut ressortir soit d'une décision motivée soit du rapport d'analyse des offres, dans l'hypothèse où des offres ont été déposées pour le marché de faible montant en question.

Cette motivation doit apparaître dans le dossier administratif du pouvoir adjudicateur.

1.3. Que doit contenir une décision motivée ?

Selon la procédure de passation et le type de décision, la décision motivée comporte :

- 1° le nom et l'adresse du PA, la date de la décision, l'objet et le montant du marché à approuver ;
- 2° en cas de **PCAN, PNSPP, de procédure négociée sans mise en concurrence préalable (secteurs spéciaux), ou de dialogue compétitif**, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure ;
- 3° les noms des candidats ou des soumissionnaires ;
- 4° en cas de **dialogue compétitif ou de SAD**, les noms des participants ;
- 5° en cas de **système de qualification** :
 - les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable ;
 - les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable ;
- 6° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection ;
- 7° les indications suivantes :
 - en cas de **dialogue compétitif**, les noms des participants dont la ou les solutions ont ou n'ont pas été retenues au terme du dialogue et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes ;
 - en cas de **SAD**, les noms des participants non admis et admis et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes ;
- 8° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Par exemple, les motifs sont notamment relatifs :
 - au caractère anormal des prix ;
 - et le cas échéant au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues ;
- 9° les indications suivantes :
 - les noms du soumissionnaire retenu ou du ou des participants retenus dans l'accord-cadre,
 - les noms des participants et soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie
 - et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ;
- 10° les motifs de droit et de fait pour lesquels le PA a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure de passation suivie. A titre d'exemple, voici quelques motifs admis par le Conseil d'Etat pour justifier une décision de renoncer à passer un marché :
 - les documents initiaux du marché, et en particulier le cahier spécial des charges sont illégaux¹ ;

¹ CE n°226.867 du 24 mars 2014

- le cahier spécial des charges n'est pas suffisamment précis quant au besoin à satisfaire ou quant à un élément servant à évaluer les offres² ;
- la décision d'attribution est illégale³ ;
- le PA n'obtient pas les subsides escomptés dans le cadre d'un marché⁴ ;
- le PA constate un dépassement important du prix du soumissionnaire retenu par rapport à l'estimation initiale du marché (prix inacceptables) ou le budget ne permet pas de couvrir les prix offerts (incapacité budgétaire)⁵.

Conseil : la réglementation fixe le contenu de la décision motivée en incluant toutes les hypothèses de décision motivée. Il appartient donc au PA d'adapter le contenu de sa décision motivée en tenant compte de la procédure de passation et du type de décision.

1.4. Quand les motifs de droit et de fait doivent-ils exister ?

Les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise. On ne peut pas tenir compte d'une motivation a posteriori – par exemple d'une motivation développée dans le cadre d'une procédure devant le Conseil d'État par le PA dans un mémoire en réponse - dans la mesure où cette motivation a posteriori n'est pas reprise dans la décision contestée, ni dans le dossier administratif.

1.5. Quand la décision doit-elle être rédigée ?

En principe, au moment où elle est prise.

Toutefois, la motivation du choix de recourir à la PNSPP, PCAN ou dialogue compétitif peut être rédigée a posteriori, par exemple, lors de l'établissement de la décision motivée d'attribution (DMA).

Par ailleurs, en ce qui concerne spécifiquement la décision d'attribuer un marché, si celle-ci ne peut être rédigée immédiatement, elle peut être rédigée a posteriori, et au plus tard dans les 15 jours qui suivent la décision, dans les cas suivants de recours à la PNSPP :

- en cas d'urgence impérieuse ;
- s'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières ;
- lorsque des fournitures sont achetées à des conditions particulièrement avantageuses.

² CE n°210.567 du 20 janvier 2011

³ CE n°224.430 du 31 juillet 2013

⁴ CE n°70.559 du 7 janvier 1998

⁵ CE, n° 203.347 du 29 avril 2010, RVS n° 245.100 du 4 juillet 2019

1.6. Comment motiver de manière adéquate ?

1.6.1. Quel est l'objectif poursuivi ?

La décision motivée et sa préparation doivent démontrer que :

- le PA a examiné les différentes offres de façon objective, à la lumière des prescriptions des documents du marché ;
- le choix de l'adjudicataire repose sur des motifs précis, concluants et pertinents résultant du dossier administratif.

Le choix de ne pas sélectionner les autres candidats/soumissionnaires, d'écarter ou de ne pas retenir leurs offres doit être parfaitement compris à partir de la motivation transmise.

Par ailleurs, si la décision de renoncer à passer un marché relève du pouvoir discrétionnaire du PA, il convient toutefois que cette décision soit fondée sur des motifs réels et légalement admissibles car elle est susceptible d'être contrôlée par le juge⁶ (voir supra).

1.6.2. Quand une motivation est-elle adéquate ?

La motivation est considérée comme adéquate si :

- elle est fondée sur des éléments exacts en fait, pertinents et admissibles en droit qui doivent exister au moment où la décision est prise⁷ ;
- elle permet au soumissionnaire d'évaluer s'il est judicieux de s'opposer à la décision avec les moyens que le droit met à sa disposition.

Le Conseil d'Etat est la juridiction compétente pour connaître de la motivation des décisions prises dans le cadre des marchés publics. Voici quelques enseignements tirés de la jurisprudence du Conseil d'Etat :

A) De manière générale :

La motivation doit être **pertinente**, c'est-à-dire présenter un lien avec la décision⁸.

La motivation peut être sommaire et ne doit pas nécessairement exposer les motifs des motifs. Le PA n'a ainsi **pas l'obligation de répondre à tous les arguments** contraires que peut soulever l'une ou l'autre partie intéressée à une décision qu'elle envisage de prendre⁹.

Une motivation peut être plus **succincte** en cas de décision positive qui sélectionne tous les soumissionnaires que lorsque la décision exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner¹⁰.

⁶ arrêt de la CJCE du 18 juin 2002, C-92/00 Hospital Ingénieure

⁷ CE n° 237.907 DU 6 AVRIL 2017

⁸ CE n°207.981 du 7 octobre 2010

⁹ CE n°207.981 du 7 octobre 2010

¹⁰ CE n° 245.249 du 31 juillet 2019

Une **motivation par référence** à d'autres documents (*exemple* : le rapport d'analyse des offres) constituera une motivation suffisante si¹¹ :

- le **contenu** du document auquel l'on fait référence a été **porté à la connaissance du soumissionnaire** ;
- ce **document** est lui-même **suffisamment motivé** ;
- les propositions ou conseils repris dans ce document sont **pris en considération dans la décision finale** ;
- et il n'existe **aucune contradiction** entre les deux documents.

B) En particulier pour le choix de la PNSPP, le PA doit mentionner l'hypothèse exacte visée à l'article 42 de la loi sur laquelle il se base, ainsi que la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant le recours à ce cas particulier existent effectivement.

Par exemple, s'il invoque l'urgence impérieuse, il devra non seulement mentionner l'article pertinent (en l'occurrence l'article 42 §1er, 1°, b de la loi) mais également démontrer concrètement l'urgence, les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse et le fait qu'elles sont étrangères au PA, ainsi que le fait qu'il ne peut pas respecter les délais fixés dans les autres procédures.

C) En particulier pour la comparaison des offres, la motivation a été jugée adéquate lorsque :

- La décision mentionne et compare les points forts et les points faibles de chacune des offres introduites¹².
- Pour les marchés qui prévoient plusieurs critères d'attribution, l'attribution des points repose sur des motifs et ceux-ci sont exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive, généralement sous forme textuelle¹³. Le simple fait de publier un tableau de points ne constitue pas une motivation suffisante ;
- Pour les marchés qui ne prévoient qu'un critère d'attribution relatif au prix, la décision fait ressortir en quoi l'offre retenue est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse¹⁴. La motivation de la décision d'attribution peut être succincte ;
- Dans l'hypothèse où chaque soumissionnaire se voit attribuer la même note, la motivation de la décision d'attribution permet aux soumissionnaires de comprendre pourquoi cette note leur est attribuée¹⁵.

¹¹ CE n°208.375 du 22 octobre 2010, CE n°231.836 du 1^{er} juillet 2015, CE n°237.984 du 24 avril 2017, CE n°240.773 du 22 février 2018, CE n°248.920 du 13 novembre 2020.

¹² CE n°150.423 du 19 octobre 2005

¹³ CE n°172.400 du 18 juin 2007

¹⁴ CE n°176.826 du 14 novembre 2007

¹⁵ CE n°233.900 du 23 février 2016

D) En particulier pour la sélection qualitative, la motivation a été jugée adéquate lorsque :

- Les documents manquants pour ne pas sélectionner une entreprise et les documents attestant la capacité d'un fournisseur sont mentionnés. Cette mention suffit à motiver¹⁶ ;
- Le PA arrive à la conclusion qu'un soumissionnaire ne répond pas aux exigences d'un critère de sélection. Cette constatation suffit à motiver valablement sa décision¹⁷ . En cas de procédure en une phase, le Conseil d'Etat admet que le PA ne mentionne pas en termes exprès que l'offre satisfait à la sélection qualitative, et partant que ce constat soit implicite¹⁸.

E) En particulier pour l'analyse de la régularité des offres, les enseignements du Conseil d'Etat sont :

- Les offres déposées sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée du pouvoir adjudicateur, lequel a ainsi l'obligation de vérifier, lors de l'analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges¹⁹.
- Une décision positive sélectionnant des firmes et considérant leurs offres comme régulières peut comporter une motivation plus succincte que la décision écartant un soumissionnaire²⁰.
- Le PA doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle²¹.

F) En particulier pour la vérification des prix, on retiendra que :

- Le PA dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu pour décider de mettre en œuvre la procédure de contrôle des prix unitaires apparemment anormaux et pour apprécier la pertinence des justifications fournies par le soumissionnaire dans le cours de celle-ci²². Si toutefois, face à un prix d'apparence anormal, le PA estime ne pas devoir mettre en œuvre la procédure de vérification prévue par la réglementation, il veille alors à préciser les motifs qui ont finalement permis de considérer que le prix en question ne doit pas être jugé anormal. Cette motivation peut par exemple reposer sur des informations dont le PA dispose²³ ou faire référence aux prix observés sur le

¹⁶ CE n°213.294 du 17 mai 2011

¹⁷ CE n°229.320 du 25 novembre 2014

¹⁸ CE n°213.602 du 31 mai 2011

¹⁹ CE n° 176.434 du 5 novembre 2007

²⁰ CE n°222.109 du 17 janvier 2013

²¹ CE n°227.042 du 3 avril 2014

²² CE n° 227.960 du 2 juillet 2014

²³ CE 224.168 du 27 juin 2013

marché, ou mettre en évidence la faible importance du poste concerné et son absence d'incidence sur le classement des offres²⁴.

- Lorsque face à des prix apparemment anormalement bas, le PA examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le Conseil d'Etat peut toutefois vérifier si la décision du PA repose sur une motivation suffisante et adéquate²⁵.
- Lorsque le PA estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications doit faire l'objet d'une motivation précise²⁶. Cette motivation ne peut dès lors s'apparenter à une clause de style et doit constituer une explication sur les raisons ayant amené le PA à reconnaître la pertinence des justifications apportées par les soumissionnaires²⁷. Ainsi, le PA ne peut déclarer une offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence²⁸.
- Une formulation laconique, voire stéréotypée, de la motivation, qui ne contient en réalité aucune indication quant aux motifs pour lesquels le PA a estimé que des prix anormalement bas sont en définitive, considérés comme normaux, ne permet pas de s'assurer que le PA a effectivement procédé à la vérification des prix proposés²⁹.

G) En particulier pour la passation du marché, le PA doit donner à sa décision une motivation adéquate et être en mesure de l'appuyer sur des motifs exacts et pertinents³⁰, dès lors qu'une décision de renoncer à passer un marché ne saurait être prise de manière arbitraire³¹ ou avoir pour objet d'avantager l'un ou l'autre soumissionnaire³².

2. L'information

2.1. Pourquoi faut-il informer les soumissionnaires/les candidats ?

Pour respecter les principes de transparence et de bonne administration et permettre aux soumissionnaires/candidats d'intenter, éventuellement, un recours contre la décision prise.

Pour informer les candidats/soumissionnaires de sa décision, le PA peut utiliser les modèles de lettre d'information applicables en fonction du montant de son marché qui sont disponibles sur le Portail des marchés publics.

²⁴ CE n°222.635 du 26 février 2013

²⁵ CE n°232.110 du 7 septembre 2015

²⁶ CE n°226.618 du 6 mars 2014

²⁷ CE n°226.618 du 6 mars 2014

²⁸ CE n°235.628 du 19 août 2016

²⁹ CE n°233.319 du 18 décembre 2015

³⁰ CE n°225.180 du 22 octobre 2013

³¹ CE n°214.583 du 17 juillet 2011

³² CE n°78.303 du 22 janvier 1999

2.2. Que doit communiquer le PA ?

2.2.1. Extrait de décision motivée / décision motivée intégrale

A) 1^{ère} catégorie : l'information est effectuée en 1 seul temps

Cela concerne les marchés :

- européens ;
- dont le montant estimé est inférieur au seuil européen de publicité mais dont la dépense à approuver est supérieure de 20% à ce montant ³³ ;
- belges dont la dépense à approuver dépasse 140.000 euros HTVA.

Pour ces marchés, le PA est tenu de communiquer spontanément au candidat/soumissionnaire, les motifs de sa décision, selon le cas, par un extrait de la décision motivée OU par la décision motivée dans son intégralité.

Précisément,

en cas de décision motivée de sélection en procédure restreinte et en PCAN,

- les motifs de sa non-sélection à tout candidat non sélectionné, **extraits** de cette décision ;
- en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la **décision motivée** de sélection ;

en cas de décision portant sur la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins et à ses exigences dans le cadre d'un dialogue compétitif,

- la **décision motivée** relative à ce choix aux participants dont la solution n'est pas retenue ;

en cas de décision motivée d'admission dans un système d'acquisition dynamique,

- les motifs de sa non-admission à tout participant non admis, **extraits** de la décision motivée ;

en cas de décision d'attribution d'un marché qu'elle que soit la procédure,

- à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, **extraits** de la décision motivée³⁴ ;
- à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, **extraits** de la décision motivée ;
- à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la **décision motivée** ;

en cas de décision de renoncer à la passation d'un marché et, le cas échéant, de lancer une nouvelle procédure de passation,

- la **décision motivée** aux candidats, participants et soumissionnaires concernés.

Attention, en cas de PCAN, PNSPP, dialogue compétitif ou partenariat d'innovation, le PA 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

³³ Les seuils de la publicité européenne sont fixés à l'article 11 ARP.

³⁴ Pas en procédure restreinte, communication de la décision motivée de sélection déjà effectuée : voir page 12

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.

B) 2ème catégorie : l'information est effectuée en 2 temps

Cela concerne les marchés dont la dépense à approuver ne dépasse pas 140.000 euros HTVA.

Pour ces marchés, la communication se fait en deux temps :

- dans un premier temps, le PA informe simplement le candidat/soumissionnaire de la teneur de sa décision ;
- dans un second temps, à la demande du candidat/soumissionnaire, le PA communique les motifs de sa décision, selon le cas, par un extrait de la décision motivée OU, par la décision motivée intégrale.

Dans un premier temps, le PA informe par écrit :

- 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 ;
- 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 ;
- dès qu'il a pris la décision de renoncer à la passation du marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, chaque candidat ou soumissionnaire concerné **de ce fait**.

Dans un délai de 30 jours à compter de la date d'envoi de cette information, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit au PA de lui communiquer les motifs de la décision prise.

Dans un second temps, le PA communique ces motifs, dans un délai de 15 jours à compter de la date de réception de la demande.

Précisément,

à tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné

→ les motifs de sa non-sélection, **extraits** de la décision motivée ;

à tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée

→ les motifs du rejet, **extraits** de la décision motivée ;

à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue

→ la **décision motivée** ;

à l'adjudicataire

→ la **décision motivée** ;

à tout candidat ou soumissionnaire en cas de renonciation à la passation du marché

→ la décision motivée.

Attention, le PA peut décider de joindre directement les motifs à l'information, selon le cas, par extrait de la décision motivée ou par décision motivée intégrale. Si le PA agit de la sorte, l'information se déroule en 1 seul temps et non en 2.

NB : La Commission wallonne des marchés publics recommande de communiquer l'intégralité de la décision motivée à l'ensemble des soumissionnaires/candidats même en cas de marché dont la dépense à approuver ne dépasse pas 140.000 euros HTVA.

L'absence de communication de la décision motivée n'affecte pas la régularité de la décision en tant que telle.

Par ailleurs, si le PA fait application du standstill volontaire (voir supra, page 15), alors la décision motivée est également directement jointe à l'information. Ici aussi, l'information se déroule en 1 seul temps et non en 2.

2.2.2. Les voies de recours

Le PA est tenu de mentionner l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes.

A défaut de ces mentions, le délai d'introduction du recours en annulation prend cours quatre mois après la communication de la décision motivée.

Un document relatif aux voies de recours à joindre à la lettre d'information est disponible sur le Portail des marchés publics.

2.2.3. Les autres informations

La communication comprend également, le cas échéant :

- la mention précise de la durée exacte du délai d'attente (voir point 2.5) ;
- la recommandation d'avertir le PA 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 ;
- la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement qu'un recours est exercé peut être envoyé.

2.2.4. Modalités de transmission

Les motifs ou le cas échéant, la décision motivée dans son intégralité sont communiqués immédiatement, par le PA, par télécopieur ou par courrier électronique³⁵ et, le même jour, par envoi recommandé.

³⁵ La réglementation prévoit également le recours aux plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi mais elles ne sont pas encore opérationnelles

2.3. Les limites de l'information

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,

Il convient également d'avoir égard aux règles de confidentialité prévues par la législation relative aux marchés publics³⁶.

Le PA doit faire la part des choses entre, d'une part, l'obligation de motiver la décision d'attribution et, d'autre part, la confidentialité nécessaire au secret des affaires. Dans le cadre du respect du secret des affaires, il est permis au PA d'utiliser une motivation formelle allusive afin de le protéger.³⁷

Sont considérés comme ne devant pas être divulgués, les informations techniques relatives au savoir-faire, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les parts de marché, les justifications de prix dans le cadre d'une demande d'explication³⁸....

Par contre, les prix globaux des offres³⁹ ne sont pas confidentiels.

Le PA sera donc attentif à la notion de secret des affaires qui trouve désormais une définition dans le Code du droit économique.

2.4. Quels sont les effets de la communication des motifs ?

Elle suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai d'engagement et le délai d'attente (*standstill*) soient applicables.

Attention, la communication ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu.

2.5. Le délai d'attente (*standstill*)

2.5.1. Qu'est-ce que le délai de *standstill* ?

Il s'agit d'une période de 15 jours calendrier pendant laquelle le PA a l'interdiction de conclure le marché afin de permettre aux soumissionnaires évincés d'introduire un éventuel recours contre la décision motivée d'attribution s'ils se sentent lésés par celle-ci et d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision d'attribution.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme du délai de *standstill* lorsqu'aucune demande de suspension n'a été introduite dans ce laps de temps.

2.5.2. Dans quels cas est-il applicable ?

Le délai de *standstill* s'applique d'office :

- **Aux marchés dont le montant estimé HTVA atteint le seuil de publication européenne SAUF** pour ceux pour lesquels la publication d'un avis de marché au niveau européen n'est pas

³⁶ Article 18 RGE

³⁷ CE n° 237.907 du 6 avril 2017, CE n° 237.984 du 24 avril 2017

³⁸ CE n° 240.661 du 5 février 2018

³⁹ CE n°226.867 du 24 mars 2014, CE n°244.263 du 23 avril 2019

obligatoire, et pour ceux qui se fondent sur un accord-cadre ou dont la procédure ne compte qu'un seul soumissionnaire susceptible de se voir attribuer le marché ;

- **Aux marchés de travaux soumis à la publicité belge dont l'offre à approuver dépasse 2.691.000 € HTVA** SAUF pour ceux qui se fondent sur un accord-cadre ou dont la procédure ne compte qu'un seul soumissionnaire susceptible de se voir attribuer le marché.

Dans ces hypothèses, la communication faite aux différents soumissionnaires devra également contenir les éléments suivants :

- La mention précise de la durée exacte de ce délai de standstill ;
- La recommandation d'avertir le PA, durant ce même délai, si une demande de suspension est effectivement introduite.

Pour **les autres marchés**, le PA ne doit pas respecter un délai d'attente mais il peut décider de l'appliquer de manière volontaire. Il s'agit du « standstill volontaire ».

2.5.3. Comment se calcule-t-il ?

Ce délai de 15 jours calendrier⁴⁰ prend cours à compter du lendemain de la communication de la décision motivée d'attribution.

Il faut appréhender la notion de « lendemain » de la manière suivante : il s'agit du jour calendrier qui suit la communication de la décision motivée d'attribution et non du premier jour "ouvrable" qui suit celle-ci.

Par contre, lorsqu'il s'agira de déterminer l'échéance du délai, il conviendra de prendre en considération le premier jour ouvrable si le délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié.

2.5.4. Que se passe-t-il en cas de demande de suspension ?

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution est introduite dans le délai de standstill, le PA ne peut pas conclure le marché, et l'exécution ne pourra donc pas débuter. Le PA doit attendre l'issue du recours. L'interdiction de conclure le marché ne bénéficie qu'au seul auteur de la demande de suspension.

Si le PA a conclu le marché en violation du délai de standstill et qu'un recours est introduit, il devra immédiatement en informer l'adjudicataire afin de lui ordonner soit ne pas de commencer l'exécution du marché soit de l'arrêter.

Dans l'hypothèse où l'instance de recours prononce la suspension de la DMA, cela entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché, même s'il a déjà été conclu en violation du délai de standstill.

En cas de suspension de la DMA et en fonction des griefs retenus, le PA pourra :

- Soit retirer sa décision et en prendre une nouvelle en la motivant de manière à rencontrer les griefs;
- Soit retirer sa décision, renoncer à attribuer le marché et le cas échéant, le relancer.

⁴⁰ Règlement n°1182/71 du 3 juin 1971

2.5.5. Que se passe-t-il en cas de non-respect du délai de standstill par le PA ?

"Toute personne intéressée " peut introduire un recours afin d'obtenir une "**déclaration d'absence d'effets** " du marché conclu (en d'autres termes, une annulation rétroactive du marché), pour autant que cette violation :

- (i) d'une part ait privé un soumissionnaire d'entamer ou de mener à son terme une demande de suspension de la décision d'attribution et
- (ii), d'autre part, s'accompagne d'une violation du droit des marchés publics en compromettant les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

La personne intéressée qui introduit ce recours doit en informer le PA.

Outils liés :

- Modèle – Décision motivée d'attribution – MP belges – procédure en une phase
- Modèle – Décision motivée d'attribution – MP européens – procédure en une phase
- Modèle – lettre d'information – MP européens
- Modèle – lettre d'information - MP belges dont la dépense à approuver dépasse 140.000 euros HTVA
- Modèle – lettre d'information – MP belges dont la dépense à approuver ne dépasse pas 140.000 euros HTVA
- Annexe voies de recours

Attention, les outils sont disponibles dans la rubrique « OUTILS » du Portail des marchés publics : <https://marchespublics.wallonie.be>.

Attention, la réglementation relative aux marchés publics est disponible dans la rubrique « REGLEMENTATION », du Portail des marchés publics : <https://marchespublics.wallonie.be>.