

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Circulaire informative concernant la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics**

Barcena-Fernandez, François-Xavier

*Published in:*  
Bulletin social et juridique

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*  
Barcena-Fernandez, F-X 2010, 'Circulaire informative concernant la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics', *Bulletin social et juridique*, numéro 438, pp. 14.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Circulaire informative concernant la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics

Le 28 décembre 2009 était publiée au Moniteur belge la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. L'arrêté d'exécution du 10 février 2010 est, quant à lui, paru le 16 février dernier. L'ensemble de ces dispositions est entré en vigueur le 25 février de cette année, conformément à l'article 76 de l'arrêté.

Il s'agissait en l'espèce de transposer plusieurs directives européennes<sup>1</sup> visant à renforcer les dispositions relatives à la motivation, à l'information et aux voies de recours (aussi bien pour les secteurs classiques que pour les secteurs spéciaux), et ce en vue d'assurer une plus grande transparence dans la passation des marchés publics.

Sur le plan formel, cela se traduit par l'insertion dans la loi du 24 décembre 1993 d'une seule et unique nouvelle disposition, l'article 65, lequel se subdivise lui-même en sous articles. Cette façon de procéder se justifie par le fait de ne pas perturber l'actuelle numérotation de la loi.

Le 10 août dernier paraissait au Moniteur belge une circulaire informative émanant du gouvernement wallon et relative à cette réforme législative. Deux parties ont été distinguées dans la dite circulaire : la motivation formelle et l'information (I), et les voies de recours (II).

## I. La motivation formelle et l'information

### a. La motivation formelle

Jusqu'à présent, les pouvoirs adjudicateurs étaient soumis à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Les articles 2 et 3 leurs imposaient de mentionner dans leurs actes administratifs<sup>2</sup> les considérations de droit et de fait fondant la décision adoptée.

La nouvelle législation, et particulièrement l'article 65/4, vient étendre et renforcer l'obligation de motivation, tout en opérant sur ce point une distinction entre les marchés atteignant les seuils européens et ceux ne les atteignant pas.

Pour les premiers, la disposition précitée détermine les décisions qui sont concernées par cette obligation de motivation (attribution, renonciation, ...) <sup>3</sup> ainsi que le moment de l'établissement de la motivation <sup>4</sup>. L'article 65/5 vise, quant à lui, le contenu général, c'est-à-dire les mentions que doit contenir une décision motivée.

Pour les marchés « non européens », certaines des dispositions applicables aux marchés « européens » le sont également pour eux. C'est le cas des articles 65/4 et 65/5 <sup>5, 6</sup>.

### b. L'information des participants et les délais d'attente

L'information des participants, dans le cadre de la phase d'attribution (mais aussi de sélection le cas échéant), de la décision motivée de rejet ou de non sélection doit permettre à ceux-ci, lorsqu'ils s'estiment irrégulièrement évincés, de faire valoir utilement leurs griefs <sup>7</sup>. Ils disposent pour ce faire d'un délai d'au moins 15 jours. Durant ce délai, aucune notification au soumissionnaire retenu (laquelle fait naître le lien contractuel) ne peut avoir lieu.

Sauf exceptions <sup>8</sup>, le délai d'attente n'est pas applicable aux marchés « non européens ».

## II. Les voies de recours

Plusieurs recours <sup>9</sup> cohabitent dans la nouvelle loi : l'annulation ; la suspension ; les dommages et intérêts ; la déclaration d'absence d'effets ; les sanctions de substitution. Il s'agit des sanctions qui pourraient être appliquées en cas d'illégalité constatée dans un marché public. Une d'entre elles requiert notre attention : la déclaration d'absence d'effets <sup>10</sup>.

Toute personne concernée par le marché peut initier une procédure pour demander la déclaration d'absence d'effets. Cette dernière ne peut toutefois être prononcée que dans les hypothèses suivantes <sup>11</sup> :

- lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu un marché sans une publicité européenne préalable <sup>12</sup> ;
- lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas respecté le délai d'attente visé à l'article 65/11 avant de notifier sa décision au soumissionnaire retenu ou n'a pas attendu que l'instance de recours se prononce sur la demande de suspension ou de mesures provisoires.

Cette déclaration est prononcée par le juge judiciaire siégeant comme en référé <sup>13</sup>. Le prononcé d'une telle déclaration emporte deux conséquences possibles <sup>14</sup> :

- soit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ;
- soit la limitation de la portée de l'annulation aux obligations devant encore être