



Resolved —
MARCHÉS PUBLICS

LA MOTIVATION ET LA COMMUNICATION DES DÉCISIONS D'ATTRIBUTION

Séminaire ESCALA – Gosselies, le 18 octobre 2021

Gauthier ERVYN – Avocat

OBJET DU SEMINAIRE

Principes et bases légales

Motivation des décisions d'attribution

Communication des décisions d'attribution

MOTIVATION ET COMMUNICATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Principes et bases légales

PRINCIPES FONDATEURS DE LA MOTIVATION ET DE LA COMMUNICATION

- Art. 4 LMP

« *Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.* »

- Principe de bonne administration

RAISON D'ETRE DE LA MOTIVATION

- Informer les administrés: permet de comprendre / canalise les recours
- Prévenir les illégalités: oblige le PA à la réflexion
- Prévenir l'arbitraire
- Faciliter les contrôles

Sécurité juridique et prévention des recours

LOI DU 29 JUILLET 1991 RELATIVE À LA MOTIVATION FORMELLE DES ACTES ADMINISTRATIFS

- Régime supplétif et minimal
- Acte administratif = autorités administratives
- Motivation =
 - ❖ écrit dans la décision (ou ses annexes)
 - ❖ « *indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision* ».
 - ❖ « *adéquate* » : motifs pertinents, adaptés, admissibles en droit et suffisants

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 (LREC)

- Objet: motivation, information et recours
- Issue du droit européen
- Objectifs: informer les soumissionnaires / faciliter les recours effectifs / sanctionner les illégalités
- Applicable aux MP (secteurs classiques et spéciaux), concessions et MP défense
- Applicable à tous les PA, publics et privés
- Gradation en fonction de la valeur du marché

5 GRANDS REGIMES APPLICABLES

- Régime étendu (art. 3 LREC):
 - MP européens
 - MP belges dont la dépense à approuver est supérieure de 20% à la publicité européenne
 - MP belges de travaux > 2.675.000 EUR HTVA (art. 29 et 30-32 LREC)
 - Application volontaire du standstill
- Régime intermédiaire (art. 29 LREC):
 - MP belges dont la dépense à approuver est supérieure à 139.000 EUR HTVA en secteurs classiques et 428.000 EUR HTVA en secteurs spéciaux
 - Pas d'application du standstill / déclaration d'absence d'effet – sanctions de substitution

5 GRANDS REGIMES APPLICABLES

- Régime allégé (art. 29/1 LREC):
 - MP belges dont la dépense à approuver est inférieure à 139.000 EUR HTVA en secteurs classiques et 428.000 EUR HTVA en secteurs spéciaux
 - Pas d'application du standstill / déclaration d'absence d'effet – sanctions de substitution
 - Notification de la décision sans copie de la décision ou des motifs extraits. Faculté de l'OE de demander la copie de la décision ou motifs extraits dans les 30 j. avec obligation d'envoi dans les 15 j.
- Absence de régime (art. 29/1 §7 LREC)
 - MP de faible montants (< 30.000 EUR HTVA)
 - Application des principes généraux – loi 91 pour les autorités administratives
- Régime MP Défense (Titre III)

DECRET WALLON DU 30 MARS 1995 RELATIF À LA PUBLICITÉ DE L'ADMINISTRATION

PUBLICITE ACTIVE DES ACTES ADMINISTRATIFS:

- ✓ Toute correspondance indique nom / qualité / adresse / numéro de téléphone du gestionnaire du dossier
- ✓ Obligation de mention des voies de recours lors de toute notification d'un acte administratif à portée individuelle

PUBLICITE PASSIVE DES ACTES ADMINISTRATIFS:

- ✓ Droit de toute personne d'obtenir une copie d'un document administratif, sauf exceptions limitées dont la vie privée
 - ❖ Délai (de rejet): 30 + 15 jours
 - ❖ Recours possible à la CADA dans les 30 jours. Procédure de 45+15 jours

INTERÊT POUR LES SOUMISSIONNAIRES NON-SELECTIONNES/IRREGULIERS ET LES PROCEDURES DE FAIBLE MONTANT

MOTIVATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

MOTIVATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Quelles décisions doivent être motivées?

MOTIVATION DES DÉCISIONS PRÉPARATOIRES

- Obligation de motiver le recours aux procédures extraordinaires (art. 4, al 1, 1° à 3° LREC) (pas pour les services spéciaux et spécifiques art. 3 al. 3 et 29 al.2 LREC) (PAS APPLICABLE AUX MP BELGES < 139K EUR / 428K EUR)
- Motifs existants au départ qui peuvent être rédigés a posteriori dans la décision d'attribution (art. 4 al. 2 LREC)
Cfr CE arrêt n°249.291 du 18 décembre 2020 : *négocium vs instrumentum*
- Obligation de motiver la sélection, qualification, conclusion du dialogue (art. 4, al. 1, 4° à 7° LREC)
- PS: l'adoption du CSC doit aussi faire l'objet d'une décision motivée, qui peut faire grief et peut être attaquée

MOTIVATION DES DECISIONS FINALES

- Obligation de motiver l'attribution de tout marché (art. 4, al. 1, 8°LREC)
 - ❖ immédiatement
 - ❖ a posteriori exceptionnellement (15 j) (not. urgence impérieuse art. 4 al,3 LREC) (motifs existants mais retranscrits après)
- Obligation de motiver la renonciation à l'attribution et le choix de relancer un marché suivant un autre mode (art. 4, al. 1, 9°LREC)

MOTIVATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Que contient la motivation?

CONTENU DE LA DÉCISION MOTIVÉE D'ATTRIBUTION (ART. 5 LREC)

- nom + adresse de l'autorité adjudicatrice;
- date de la décision;
- objet et montant du marché à approuver;
- Motifs de recours à une procédure négociée (s'il échet)
- nom des soumissionnaires;
- Nom des soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection;
- nom des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction, notamment:
 - caractère anormal des prix
 - non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques
 - non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;
- noms du/des soumissionnaire(s) retenu(s) 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;

CONTENU DE LA DÉCISION MOTIVÉE DE RENONCIATION À PASSER LE MARCHÉ (ART. 5 LREC)

- motifs de droit et de fait de la renonciation à passer le marché;
- le cas échéant, nouvelle procédure de passation suivie.

MOTIVATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Quelques bonnes pratiques de motivation et la structure d'une DMA

REGLES DE MOTIVATION ET BONNES PRATIQUES

- Motivation formelle (existence de la motivation dans l'acte) vs motivation matérielle (motivation adéquate)
- Motivation pertinente, précise, concrète, claire et suffisante
- Motivation de droit (règles applicables) (absence pas toujours illégale) et de fait (comparaison des offres entre elles et avec les exigences du marché)
- Motivation dans l'acte vs motivation par référence (si annexe connue du destinataire de l'acte, préalablement ou simultanément) (C.E., n° 208.375 du 22 octobre 2010)
- Interdiction de la motivation a posteriori (sauf établissement a posteriori instrumentum pour choix PNSPP/PCAN/DC ou attribution urgence impérieuse) (C.E., n° 155.076 du 15 février 2006)

REGLES DE MOTIVATION ET BONNES PRATIQUES

- Interdiction de modifier les documents de marché dans la décision d'attribution (CE n° 247.291 du 12 mars 2020 MORITZ)
- Motif déterminant vs motif surabondant
- Respect de l'égalité dans la motivation
- Respect de la proportionnalité dans la motivation
- Motivation sommaire est admissible – pas d'obligation d'exposer « les motifs des motifs »

REGLES DE MOTIVATION ET BONNES PRATIQUES

- L'urgence n'exonère pas de la motivation
- La sélection de toute les offres (ou leur régularité) peut être fondée sur une motivation plus succincte qu'un rejet (CE n°245.249 du 31 juillet 2019 KURSTJENS BV)
- Toute décision doit inclure la mention que le contrôle des prix anormaux a eu lieu (CE no 250.316 du 9 avril 2021, BASTIEN)
- Tout prix soupçonné d'anormalité ne peut être admis que moyennant motivation adéquate (CE, arrêt n° 250.312 du 8 avril 2021, NELLES FRÈRES)

REGLES DE MOTIVATION ET BONNES PRATIQUES

- Mise en évidence des points forts et des points faibles des offres est suffisante en soulignant leurs différences ou leurs similitudes (C.E., n° 230.3016 du 25 février 2015)
- Interdiction d'apprécier un critère en « inventant » des nouveaux sous-critères (C.E., n° 171.270 du 16 mai 2007)
- Interdiction d'une méthode de cotation incompréhensible ou inadéquate (offre moyenne)
- Insuffisance des clauses de style: « l'offre est plus avantageuse »
- Obligation d'explicitier les points / pourcentages / cotations attribués (CE n° 251.329 du 30 juillet 2021, JOHNSON & JOHNSON MEDICAL)
- Interdiction de donner des points identiques aux soumissionnaires avec une clause de style (C.E. n° 233.900, 23 février 2016, R.S.M. INTERAUDIT)

STRUCTURE D'UNE DECISION MOTIVEE D'ATTRIBUTION

- 1) Compétence de l'auteur de l'acte + rappel des rétroactes du marché (et confirmation choix procédure)
- 2) Identification des offres déposées et des soumissionnaires
- 3) Régularité formelle des offres: délai de dépôt, signature, formes
- 4) Absence des motifs d'exclusion (dont TVA, ISOC)
- 5) Conformité aux critères de sélection qualitative (ou présélection sur DUME)
- 6) Régularité matérielle des offres, substantielle ou relative: normalité des prix, conformité aux exigences techniques, ...
- 7) Contrôle des corrections au métré/inventaire et omissions
- 8) Appréciation des offres sur base des critères d'attribution et classement
- 9) (Le cas échéant) vérification des motifs d'exclusion et de la SQ chez l'attributaire pressenti
- 10) Désignation de l'offre régulière la plus avantageuse

MOTIVATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Conséquences du vice de motivation

QUID EN CAS DE VICE DE MOTIVATION ?

- Vice de motivation n'est pas d'ordre public: à invoquer par requérant
- Vice de motivation vicie la décision: illégalité susceptible de suspension / annulation par la tutelle ou le juge
- Droit au retrait de la décision jusqu'au terme du délai d'annulation, ou en cas de recours en annulation, jusqu'à l'arrêt
- Vice de motivation n'entraîne pas nécessairement la perte de chance d'obtenir le marché

COMMUNICATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

COMMUNICATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Les limites à la communication

LIMITES A LA COMMUNICATION

AVANT DEPÔT DES OFFRES:

Interdiction de prendre connaissance des offres avant fin délai dépôt (art. 14 §6 LMP)

LIMITES A LA COMMUNICATION

APRES DEPÔT MAIS AVANT DMA (Art. 13 LMP) :

- Interdiction au PA de divulguer les secrets des offres;
- Interdiction d'accès de tout soumissionnaire ou tiers, avant décision, aux documents du marché, y compris les offres et documents internes
SAUF: accord écrit du soumissionnaire de révéler ses infos confidentielles en cours de négociations

COMMUNICATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

A qui, quoi et quand communiquer?

A QUI COMMUNIQUER LES DECISIONS EN MP?

AU MOMENT DE LA DMA (OU DE LA DECISION DE SELECTION)

Toute personne qui a pris part à la procédure de marché:

- candidats
- soumissionnaires
- participants

PROCEDURES EN 2 PHASES PHASE DE SELECTION (ART. 7 LREC)

QUE COMMUNIQUER?

- Motifs de non-sélection aux candidats non-sélectionnés
- Classement des candidats sélectionnés si limitation de la sélection
- (Décision de sélection aux candidats sélectionnés)
- (PAS APPLICABLE AUX MP BELGES < 139K EUR / 428K EUR): extrait ou copie si demande (art. 29/1 LREC)



- Mention des voies de recours (art. 9/1 §2 + 29 + 29/1 §6 LREC) (sanction = délai débute pas avec max 4 mois pour annulation)
- Double communication: fax/email/plateforme et, le même jour, recommandé (art. 9/1 §2 + 29 + 29/1 §6 LREC)

PROCEDURES EN 2 PHASES PHASE DE SELECTION (ART. 7 LREC)

QUAND COMMUNIQUER?

- Immédiatement
- Avant l'envoi de toute invitation à faire offre
- Pas d'obligation du respect du délai de stand still

PROCEDURES AVEC NEGOCIATIONS OU DIALOGUE PHASE DE NEGOCIATION (ART. 7/1 LREC)

- Envoi des infos sur déroulement et avancement des négos / dialogue
 - à tout soumissionnaire
 - Ayant déposé une offre régulière
 - qui le demande par écrit
 - dans les 15 jours de la réception
- PAS APPLICABLE aux marchés belges

PROCEDURES EN 1 OU 2 PHASE(S) ATTRIBUTION (ART. 8 LREC)

- Extrait des motifs de non-sélection aux soumissionnaires non-sélectionnés
- Extrait des motifs d'irrégularité aux soumissionnaires irréguliers
- Décision motivée (complète) aux soumissionnaires classés, retenus ou non
- (PAS APPLICABLE AUX MP BELGES < 139K EUR / 428K EUR); extrait ou copie si demande (art. 29/1 LREC)



- Mention des voies de recours (art. 9/1 §2 + 29 + 29/1 §6 LREC) (sanction = délai débute pas avec max 4 mois pour annulation)
- Double communication: fax/email/plateforme et, le même jour, recommandé (art. 9/1 §2 + 29 + 29/1 §6 LREC)
- Mention du délai de standstill de 15 jours PAS APPLICABLE aux marchés belges
- Recommandation d'avertir le PA par fax/email/plateforme d'un recours SEU avec n°/email de contact (+ cfr art. 11 al.3 LREC) PAS APPLICABLE aux marchés belges

RENONCIATION AU MARCHE (ART. 9 LREC)

- Communication à tous
- De la décision motivée (complète)
- Mention des voies de recours (art. 9/1 §2 LREC) (sanction = délai débute pas avec max 4 mois pour annulation)
- Par fax/email/plateforme et, le même jour, par recommandé (art. 9/1 §2 LREC)
- (PAS APPLICABLE AUX MP BELGES < 139K EUR / 428K EUR): extrait ou copie si demande (art. 29/1 §2 LREC)

INDICATION DES VOIES DE RECOURS (ART. 9/1 §2 LREC)

- Indication de l'existence des recours / instances compétentes / délais
- Ou au moins, référence expresse aux articles 14, 15, 23 et 24 LREC

EXCEPTIONS A LA COMMUNICATION

- Art. 10 LRCE: des éléments peuvent ne pas être divulgués si:
 - obstacle à l'application d'une loi;
 - contraire à l'intérêt public;
 - préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou nuisance à une concurrence loyale
- Art. 13 LMP:
 - Interdiction de divulguer les renseignements qualifiés de confidentiels dans les offres + les secrets techniques/commerciaux ou autres aspects confidentiels
 - Balance des intérêts: publicité versus secret des affaires
- Art. 26 LRCE: respect de la confidentialité et secret des affaires dans les recours
 - Vs protection juridique effective

COMMUNICATION ET SECRET D'AFFAIRES

- Les offres sont couvertes par le secret des affaires (C.E., n° 211.380 du 18 février 2011)
- Les prix globaux ne sont pas secrets (CE n° 251.280 du 16 juillet 2021, JETTE CLEAN)
- Quid des prix unitaires ou secrets?
 - Principe: ils sont secrets (C.E., n° 226.098 du 15 janvier 2014)
 - Mentionnés lors du classement des offres?
 - Mentionnés dans l'analyse des prix anormaux?

Motivation brève ou allusive peut être acceptable mais doit permettre de vérifier l'existence d'un contrôle des prix et les raisons de leur acceptation (CE n°243.447 du 22 janvier 2019, INTERMÉDIANCE & PARTNERS)

COMMUNICATION DES DECISIONS D'ATTRIBUTION

Conséquences de la communication

CONSÉQUENCES D'UNE COMMUNICATION PARFAITE

- Fait courir les délais de recours:
 - à pd lendemain du dernier envoi (date email ou cachet poste + 15 j)
 - 15 j calendrier pour la suspension EU
 - 60 j calendrier pour l'annulation

CONSÉQUENCES D'UNE COMMUNICATION PARFAITE

Application du standstill: Ne crée pas d'engagement contractuel pour le soumissionnaire retenu (art. 8 §2 LREC)

- Suspend le délai de validité des offres (jusqu'à fin délai ou fin du recours avec 45j max) (art. 8 §2 LREC)
- Le contrat ne peut pas être conclu (avant fin du délai de 15 j ou, si recours en suspension, décision de rejet du recours) (art. 11 LREC)
 - Si conclu, arrêt de suspension suspend de plein droit le contrat (art. 13 LREC)
- La conclusion a lieu au moyen d'une seconde communication au soumissionnaire retenu
- Exceptions au standstill (art. 12 LREC):
 - ❖ PAS APPLICABLE aux marchés belges
 - ❖ MP européen non soumis à avis de marché obligatoire (vise les PNSPP et les services sociaux et spécifiques)
 - ❖ 1 seul soumissionnaire
 - ❖ Attribution d'un marché subséquent fondé sur accord-cadre

CONSÉQUENCES D'UNE COMMUNICATION IMPARFAITE

Sur la décision:

- ne vicie pas la décision elle-même (C.E., n° 210.753 du 27 janvier 2011.)

Sur les délais de recours:

- Communications pas le même jour: le délai de recours en suspension ne débute qu'à la réception de la 2^e communication (art. 11 al.1 LREC)
- Communication incomplète: les délais de recours ne débutent pas (sauf pour les recours qui débutent à la « prise de connaissance », ex. déclaration d'absence d'effet – art. 23 §5 LREC)
- Communication sans les voies de recours: le délai de recours ne débute pas, avec un max de 4 mois pour l'annulation (art. 9/1 §2 LREC)

Sur le contrat:

- Le marché ne peut pas être conclu

MERCI POUR VOTRE ATTENTION

Gauthier ERVYN – Avocat

ge@resolved.law

www.resolved.law

www.marchéspublics.be