

Introduction

Le contentieux des marchés publics fait l'objet d'une loi spécifique relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de concessions (dénommée ci-après « loi du 17 juin 2013 »). La loi du 17 juin 2013 comprend également un titre consacré à la motivation, l'information et les recours propres aux marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité¹, que nous n'aborderons pas dans le présent ouvrage.

Cette « loi du 17 juin 2013 » s'est inscrite dans le cadre de la réforme complète de la législation relative aux marchés publics qui a débuté en 2006, par l'adoption de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services² et s'est poursuivie par l'adoption de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses arrêtés royaux d'exécution.

Le dernier paquet législatif, dont la « loi du 17 juin 2013 » forme un des maillons est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013 et est applicable aux marchés dont l'avis de marché est publié à partir de cette date. La loi du 17 juin 2013 a ensuite été modifiée en 2017 par la loi du 16 février 2017 modifiant 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 (ci-après, la « loi du 16 février 2017 »).

La loi du 17 juin 2013 se fonde en réalité sur le droit européen régissant la matière et en particulier sur les deux directives recours (« directive recours secteurs classiques³ » et « directive recours secteurs spéciaux⁴ ») modifiées par la directive 2007/66 du 11 décembre 2007⁵.

-
1. Articles 35 à 66 de la loi du 17 juin 2013.
 2. Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, dénommée ci-après « la loi du 15 juin 2006 ».
 3. Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.
 4. Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles de l'Union européenne sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.
 5. Directive 2007/66 du 11 décembre 2007 du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

INTRODUCTION

La loi du 23 décembre 2009⁶, et ensuite, la loi du 17 juin 2013, ont transposé, en droit interne, cette directive 2007/66/CE⁷.

La loi du 17 juin 2013 reprend, en les adaptant techniquement sans autre modification de fond, les dispositions du livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 et en ajoutant des dispositions particulières relatives au dialogue compétitif et au système d'acquisition dynamique. La loi du 17 juin 2013 et ses travaux préparatoires et par la suite, la loi du 16 février 2017, apportent cependant des clarifications qui ont leur importance. Elle corrige également des erreurs et imprécisions qui s'étaient glissées dans les versions précédentes. Enfin, en vue d'une approche intégrale, la loi du 17 juin 2013 reprend les dispositions relatives à l'information dans le cadre des marchés sans publication préalable et de faible montant ainsi que les dispositions applicables en matière de concessions.

Dans la mesure où les dispositions relatives à la motivation, à l'information et aux recours avaient déjà, pour l'essentiel, été introduites par la loi du 24 décembre 2009 on se référera en particulier aux travaux préparatoires de cette loi pour analyser et expliciter les dispositions commentées. Les travaux préparatoires de la proposition de loi du 17 juin 2013⁸ et de celle du 16 février 2017 apporteront néanmoins des clarifications et explications complémentaires.

La jurisprudence citée et les éléments procéduraux concernent tant le contentieux devant le Conseil d'État que celui porté devant les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire, dans le cadre de procédures urgentes, mais également dans celui de procédures au fond.

Enfin on notera que la matière est également régie pour le surplus par les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, le Code civil et le Code judiciaire.

6. 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 fourniture et de services, *M.B.*, 28 décembre 2009, dénommée ci-après la « loi du 23 décembre 2009 ».

7. Voir sur ce sujet not. E. THIBAUT et S. WAUTHIER, « Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », in *Jaarboek Overheidsopdrachten/Chronique des Marchés Publics 2009/2010*, Bruxelles, EBP Publishers, 2010, pp. 837-887.

8. Proposition de loi 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, *Commentaire des articles, Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2012-2013, n° 2752/001, pp. 1 à 32.

Le présent ouvrage vise à faire le point sur les questions de motivation, d'information et de recours en matière de marchés publics. La question du contentieux sera examinée uniquement sous l'angle du contentieux de l'attribution.

PREMIÈRE PARTIE : MOTIVATION

Chapitre I^{er}. Introduction

La motivation relève, pour certains de ses aspects du moins, du principe général de transparence. Les soumissionnaires doivent en effet pouvoir déposer une offre en connaissant les « règles du jeu » et par la suite, être en mesure de comprendre pourquoi ils n'ont pas été choisis.

La motivation est une obligation clé à différentes étapes d'une procédure de passation. Ainsi, différents choix du pouvoir adjudicateur doivent être formellement motivés dans les documents du marché ou à tout le moins dans le dossier administratif. Il en va ainsi :

- de la décision de ne pas diviser un marché en lots, pour les marchés dépassant le seul belge de publicité ;
- de la décision de déroger à certaines dispositions des règles générales d'exécution ;
- du choix de recourir à certaines procédures
- de la décision de ne pas sélectionner des offres ou de les déclarer irrégulières ;
- de la vérification des prix ;
- de la motivation des cotes de chaque soumissionnaire au regard des critères d'attribution ;
- etc.

La loi du 17 juin 2013 aborde certains de ces éléments mais pas tous. Les autres obligations de motivation du pouvoir adjudicateur sont disséminées dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et dans ses arrêtés d'exécution.

De manière générale, la motivation est également visée par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. La communication des actes administratifs est, quant à elle, aussi visée par les législations en matière de publicité de l'administration. On a pu se poser la question de savoir si la loi recours en matière de marchés publics devait avoir priorité sur la loi sur la motivation formelle ou la loi ou les décrets et ordonnance sur la publicité de l'administration, la première étant un texte plus spécifique que les seconds, mais il a été répondu à cette question, du moins par la Commission d'accès aux documents administratifs, que ces textes de loi s'appliquaient concomitamment et que leurs obligations se superposaient⁹. La loi sur la motivation formelle des actes

9. Voir en particulier l'avis 067-12 du 19 décembre 2012 de la Commission d'accès aux documents administratifs bruxelloise qui a considéré qu'un soumissionnaire n'ayant pas participé à un marché pouvait malgré tout en obtenir la décision d'attribution complète (alors même que les non

INTRODUCTION

administratifs est d'ailleurs encore très fréquemment invoquée dans les dispositions visées aux moyens de requérants et ce aux côtés des dispositions spécifiques prévues en la matière par la loi recours.

L'obligation de motivation formelle des décisions prises dans le cadre de la passation des marchés publics est réglée par les articles 4 à 6 et 29 de la loi du 17 juin 2013.

À l'exception de l'article 6, qui concerne la communication de la décision motivée d'attribution à la Commission européenne et à quelques nuances près, les mêmes règles de motivation et d'information sont d'application pour les marchés ayant atteint les seuils européens et les marchés en dessous de ces seuils (mais dépassant le seuil belge fixé, pour 2020 et 2021, en secteurs classiques, à 139 000 €). Il a en effet été jugé opportun d'assurer un degré suffisant de transparence, sans alourdir à l'excès l'action des autorités adjudicatrices, pour ce qui concerne les marchés d'une plus faible importance¹⁰.

sélectionnés et les soumissionnaires ayant présentés une offre irrégulière n'ont quant à eux, en vertu de la loi du 17 juin 2013 droit en principe qu'à des extraits de décision).

10. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 45.

Chapitre II. Hypothèses dans lesquelles l'autorité adjudicatrice doit établir une décision motivée

Les hypothèses dans lesquelles l'autorité adjudicatrice doit prendre une décision motivée sont explicitement énumérées dans l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013. En vertu de cette disposition, l'autorité adjudicatrice établit ainsi une décision motivée, dans le cadre de la passation d'un marché :

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

L'article 4/1 de la loi recours règle quant à lui les cas dans lesquels une décision motivée est requise en matière de concessions. Les règles entourant la passation et l'attribution des concessions étant plus souples, le nombre de cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice sera amenée à rédiger une décision motivée s'en trouve par conséquent réduit.

Ces cas concernent principalement les raisons qui ont motivé le recours à la procédure simplifiée de passation prévue à l'article 43, § 2, de la loi relative aux concessions (art. 4/1, al. 1^{er}, 1^o) et les motifs de droit et de fait entourant la sélection, l'attribution et la renonciation à la passation d'une concession (art. 4/1, al. 1^{er}, 2^o à 4^o).

Ces hypothèses de rédaction d'une décision motivée sont détaillées ci-dessous.

Section 1^{re}. Recours à la procédure négociée sans publication préalable

Le recours à la procédure négociée sans publication préalable¹¹ doit faire l'objet d'une motivation dès lors que cette procédure est une procédure exceptionnelle, tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux¹². L'autorité adjudicatrice ne peut y avoir recours que dans les cas précis déterminés par la loi. La motivation du recours à cette procédure dérogatoire devra partant être exprimée dans une décision propre¹³. Le défaut de motivation pourra le cas échéant entraîner la suspension ou l'annulation de la décision d'attribution.

Cette disposition vient donner une assise législative à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière qui prévoit que les motifs de la décision de recourir à une procédure négociée¹⁴ doivent avoir été formalisés *in tempore non suspecto* par le pouvoir adjudicateur. Les motifs invoqués par ce dernier au cours de la procédure devant le Conseil d'État constituant à cet égard une motivation *a posteriori* non admissible¹⁵.

Le Conseil d'État a d'ailleurs confirmé cette jurisprudence antérieure, mais cette fois, sur la base de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993, dans un arrêt du 18 janvier 2011 dans lequel il a jugé qu'une prolongation d'un marché (qui n'avait pas été prévue dans le cahier spécial des charges) constituait en réalité un nouveau marché, passé par procédure négociée sans publicité (selon l'ancienne terminologie). Partant, le recours à la procédure négociée devait être motivé formellement, *quod non* dans l'affaire portée devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État a donc conclu à la suspension de la décision de prolongation du contrat initial¹⁶.

11. En secteurs spéciaux : procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

12. C.E., n° 221.813 du 19 décembre 2012, *SA GROUPE DE BOECK*.

13. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, pp. 13-14.

14. Que ce soit la procédure négociée avec ou sans publicité en secteurs classiques ou la procédure négociée sans publicité en secteurs spéciaux.

15. Voir en matière de recours à la procédure négociée avec publicité en secteurs classiques (le raisonnement est cependant transposable à la procédure négociée sans publicité qui est également une procédure dérogatoire) : C.E., n° 163.472 du 11 octobre 2006, *AXA & BEFIMMO c/ État belge* ; C.E., n° 192.24 du 7 avril 2009, *S.P.R.L. GAUTHIER COTON & csrts c/ Communauté française*.

16. C.E., n° 210.497 du 18 janvier 2011, *de N.V. SCA HYGIENE PRODUCTS*.

Section 2. Recours à la procédure concurrentielle avec négociation dans les secteurs classiques

Dans les secteurs classiques, la procédure concurrentielle avec négociation reste une procédure exceptionnelle dont les cas d'application sont limitativement énumérés à l'article 38 de la loi du 17 juin 2016. Le recours à une telle procédure en secteurs classiques doit donc faire l'objet d'une motivation spécifique.

Cette disposition se fonde à nouveau sur la jurisprudence du Conseil d'État en la matière qui prévoit que les motifs de la décision de recourir à une procédure négociée¹⁷ doivent avoir été formalisés « *in tempore non suspecto* » par le pouvoir adjudicateur, les motifs invoqués par ce dernier au cours de la procédure devant le Conseil d'État constituant à cet égard une motivation *a posteriori* non admissible¹⁸.

En revanche, dans les secteurs spéciaux, le pouvoir adjudicateur peut librement décider de recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Cette décision ne doit donc pas faire l'objet d'une motivation spécifique.

Section 3. Recours au dialogue compétitif

En vertu de l'article 39 de la loi du 17 juin 2016, il ne peut être recouru au dialogue compétitif que dans les situations visées par les articles 38, § 1^{er}, a) à d) et 2°. Il s'agit en général de marchés particulièrement complexes lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas à même de déterminer elle-même la solution de nature à répondre à ses besoins.

L'autorité adjudicatrice doit donc établir une décision motivée établissant les motifs de droit et de fait qui justifient le choix de cette procédure.

On notera qu'en vertu de la loi relative aux marchés publics, le recours au dialogue compétitif n'est entouré d'aucune condition d'accès dans les secteurs spéciaux.

17. Que ce soit la procédure négociée avec ou sans publicité en secteurs classiques ou la procédure négociée sans publicité en secteurs spéciaux.

18. Voir en matière de recours à la procédure négociée avec publicité en secteurs classiques (le raisonnement est cependant transposable à la procédure négociée sans publicité qui est également une procédure dérogatoire) : C.E., n° 163.472 du 11 octobre 2006, *AXA & BEFIMMO c/ État belge* ; C.E., n° 192.241 du 7 avril 2009, *S.P.R.L. GAUTHIER COTON & crts c/ Communauté française*.

Section 4. Décision de qualification ou du retrait de qualification dans le cadre d'un système de qualification

Si auparavant le système de qualification n'était prévu que dans le cadre des secteurs spéciaux le pouvoir adjudicateur peut depuis l'arrêté royal du 15 juillet 2011 également de recourir à cette technique, lorsque son marché n'atteint pas les seuils européens¹⁹.

Section 5. Décision de sélection dans une procédure en deux phases

L'autorité adjudicatrice doit établir une décision motivée lorsqu'elle décide de la sélection ou de la non-sélection des candidats dans une procédure de passation de marchés publics en deux phases : une phase de sélection et une phase d'attribution, soit les procédures restreintes ou concurrentielles avec négociation.

L'importance de la motivation de la décision relative à la sélection réside notamment dans le fait que les candidats auxquels cette décision n'est pas communiquée avant la décision d'attribution restent concernés par la procédure et pourraient notamment encore intenter un recours au stade du délai d'attente²⁰.

Section 6. Décision de non-admission d'un participant dans un système d'acquisition dynamique

Tout comme dans le cadre des procédures restreintes, il est indispensable que les candidats non sélectionnés puissent prendre connaissance des motifs de non-sélection les concernant dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique. Cette disposition a été revue par la loi du 16 février 2016 en raison de la suppression de la soumission d'offres indicatives.

19. Exposé des motifs de la loi du 23 décembre 2009, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 15.

20. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 15.

Section 7. Conclusion du dialogue

Lors de la conclusion du dialogue compétitif, l'autorité adjudicatrice décide quelles sont la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins ou à ses exigences.

Les participants dont la solution n'a pas été retenue sont donc exclus de la procédure à partir de ce stade. Ils doivent être informés de cette décision et connaître les motifs de droit et de fait y afférant, afin, le cas échéant, d'être en mesure de contester cette décision.

Il est à noter que si la décision de rejet doit être communiquée aux participants qui ne poursuivent pas la procédure, accompagnée de ces motifs, le classement des solutions ne doit quant à lui pas être transmis aux participants qui sont admis à déposer une offre et ce pour des raisons évidentes de maintien de la confidentialité.

Section 8. Décision de non-admission dans un système d'acquisition dynamique

Tout comme dans le cadre des procédures restreintes, il est indispensable que les candidats non sélectionnés puissent prendre connaissance des motifs de non-sélection les concernant dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique.

Section 9. Décision d'attribution du marché

La motivation de la décision d'attribution est évidemment d'importance fondamentale pour les soumissionnaires non choisis qui doivent comprendre pourquoi ils ne l'ont pas été pour pouvoir, le cas échéant, introduire un recours²¹.

Il y a lieu de souligner en outre que la décision motivée relative à l'accord-cadre vise tant l'attribution de l'accord-cadre lui-même que l'attribution des marchés fondés sur celui-ci²², mais dans ce dernier cas, uniquement lorsque les marchés sont conclus après une consultation supplémentaire des participants

21. Voir à cet égard C.J.U.E., affaire C-406/08, arrêt du 28 janvier 2010, *UNIPLEX*.

22. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 15.

à l'accord-cadre (en cas de « mini-compétition »). Une décision d'attribution supplémentaire n'est en revanche pas nécessaire lorsque toutes les conditions de l'accord-cadre ont été fixées et que les commandes sont simplement passées selon ces conditions.

Section 10. Décision de renoncer à passer un marché

En vertu de l'article 85 de la loi du 17 juin 2013, l'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Il peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

La décision de renoncer au marché ou de le relancer doit néanmoins faire l'objet d'une décision motivée et être communiquée aux candidats et/ou soumissionnaires. Il s'agit en effet d'un acte attaquant au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²³. Lorsque l'instance de recours est le Conseil d'État, il convient donc de ne pas omettre de mentionner les voies de recours (en particulier, le délai de 60 jours pour un recours en suspension et/ou en annulation).

En effet, certains soumissionnaires pourraient avoir un intérêt à attaquer cette décision. Le premier classé par exemple, dans le cadre d'une procédure où un rapport d'attribution aurait été établi avant la prise de décision de relancer le marché, pourrait avoir un intérêt à attaquer une décision par laquelle le pouvoir adjudicateur renonce audit marché. De même, le pouvoir adjudicateur pourrait décider de recommencer le marché pendant la période de *standstill*, alors même qu'il aurait déjà communiqué une décision d'attribution à l'adjudicataire pressenti du marché. Ce dernier aurait alors intérêt à attaquer la décision de retrait et de recommencement de la procédure. A cet égard, les juridictions, tant civiles que le Conseil d'Etat n'hésitent pas à suspendre ce type de décision, lorsqu'elles ne sont pas adéquatement motivées²⁴.

23. C.J.U.E., affaire C-92/00, arrêt du 18 juin 2002, *HOSPITAL KRANKENHAUSTECHNIK PLANUNGS-GESELLSCHAFT (HI)* ; voir également C.J.U.E., affaire C-15/04, arrêt du 2 juin 2005, *KOPPENSTEINER*.

24. C.J.U.E., affaire C-92/00, arrêt du 18 juin 2002, *Hospital Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft* ; C.J.U.E., affaire C-15/04, arrêt du 2 juin 2005, *Koppensteiner* ; C.E., n° 237.619 du 10 mars 2017, *S.C.R.L. Bruxelles-Énergie* ; C.E., n° 237.939 du 13 avril 2017, *Intermediance* ; C.E., n° 230.070 du 2 février 2015, *S.A. Carmeuse* ; C.E., n° 231.627 du 17 juin 2015, *S.A. Carmeuse* ; Civ. Bruxelles (réf.), 9 décembre 2016, inédit.

Chapitre III. Moment auquel la décision motivée doit être établie

La loi du 17 juin 2013 appréhende la question du moment auquel la décision motivée doit être établie et prévoit des hypothèses dans lesquelles l'autorité adjudicatrice est expressément autorisée à établir une motivation formelle *a posteriori*.

Section 1^{re}. Motivation concomitante à la prise de décision

En principe, la décision motivée doit être établie au moment où le pouvoir adjudicateur prend sa décision en tant que telle.

Section 2. Exceptions : établissement de la décision motivée *a posteriori*

Dans certaines hypothèses, même si les motifs doivent exister au moment où l'autorité prend sa décision, la décision motivée elle-même peut néanmoins être établie *a posteriori*.

Ces hypothèses visent deux types de décisions :

- les décisions concernant le choix de la procédure dans certains cas ;
- les décisions concernant l'attribution dans certains cas.

§ 1^{er}. *Décisions portant sur le recours à la procédure négociée ou au dialogue compétitif*

Les motifs des décisions de recourir à une procédure négociée ou au dialogue compétitif doivent exister au moment où celles-ci sont prises même si la décision formelle motivée peut être rédigée *a posteriori*.

L'article 4, alinéa 2, prévoit en effet que les motifs de la décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable (dans les secteurs classiques), sans mise en concurrence préalable (dans les secteurs spéciaux) et celle de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif (dans les secteurs classiques) peuvent être rédigés *a posteriori*, lors de l'établissement de la « prochaine » décision d'attribution.

Ces motifs doivent cependant figurer dans « la prochaine » décision soit, en cas de procédure en deux étapes, lors de la décision relative à la qualification ou à la sélection. Dans les autres cas, ces motifs devront être repris dans la décision d'attribution ou, le cas échéant, dans la décision de renoncer à passer le marché.

Cette latitude doit cependant être appliquée dans le respect des dispositions légales organiques des autorités adjudicatrices qui déterminent les organes compétents pour les différentes décisions visées. Elle pose ainsi problème pour les autorités adjudicatrices dont ces dispositions organiques déterminent des organes différents compétents pour lancer le marché, d'une part, et sélectionner les candidats ou attribuer le marché, d'autre part. C'est notamment le cas pour les communes. Ainsi, si la loi recours permet que la motivation formelle soit adoptée ultérieurement, elle devra l'être par l'organe compétent pour prendre la décision concernée (lancement de la procédure) et non par l'organe compétent pour prendre la décision de sélection ou d'attribution selon le cas et ce, au plus tard à la date à laquelle ces décisions de sélection ou d'attribution, seront prises. En réalité, pour ces autorités adjudicatrices (comme les communes), cette latitude a peu de sens voire d'utilité²⁵.

On notera enfin que la possibilité de communiquer la décision d'attribution *a posteriori* a été étendue par la loi du 16 février 2017 aux achats d'opportunité dans les secteurs spéciaux (article 124, § 1^{er}, 10^o de la loi relative aux marchés publics).

Par analogie à ce qui est prévu pour les marchés publics, la possibilité de rédiger *a posteriori* (lors de la rédaction d'une des décisions visées à l'article 4/2, alinéa 1^{er}, 2^o à 4^o) la décision formelle motivée de recourir à une procédure de passation particulière en matière de concessions (à savoir la procédure de passation simplifiée visée à l'article 43, § 2, de la loi relative aux concessions), a été ajoutée à l'alinéa 2 de l'article 4/1.

25. Exposé des motifs de la loi du 16 février 2017, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2016-2017, n° 2168/001, p. 11.

§ 2. *Décisions d'attribution*

L'article 4, alinéa 3, prévoit les autres hypothèses dans lesquelles une décision motivée peut être établie *a posteriori*. Il s'agit de décisions portant sur des attributions de marché, dans des cas où celles-ci ont dû se faire dans l'urgence. L'article 4/1 prévoit une disposition similaire pour les concessions.

Le législateur est parti du constat que dans certains cas, la mise au point d'une décision motivée d'attribution préalable à la conclusion pourrait s'avérer ardue, voire impossible, lors de marchés passés en présence d'une urgence impérieuse ou d'achats en bourse ou encore d'achats d'opportunité se présentant dans une période de temps très brève. C'est pourquoi, en cas d'impossibilité de l'établir tout de suite, cette décision motivée pourra être établie dans un délai de quinze jours suivant celle-ci²⁶.

Les hypothèses dans lesquelles un tel établissement de la décision motivée d'attribution *a posteriori* est possible sont les suivantes :

- lors de la prise de la décision d'attribution d'une procédure négociée sans publication préalable mise en œuvre en cas d'urgence impérieuse²⁷ ;
- lors de la prise de la décision d'attribution relative à l'achat de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières²⁸ ;
- lors de la prise de la décision d'attribution de fournitures achetées à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs, des mandataires chargés d'un transfert sous autorité de justice ou liquidateurs d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales²⁹.

On notera enfin que la possibilité de communiquer la décision d'attribution *a posteriori* a été étendue par la loi du 16 février 2017 aux achats d'opportunité dans les secteurs spéciaux (article 124, § 1^{er}, 10^o de la loi relative aux marchés publics).

26. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 15.

27. Articles 26, § 1^{er}, 1^o, c ; 53, § 2, 1^o, c et 66, § 2, 1^o, a, de la loi du 15 juin 2006.

28. Articles 26, § 1^{er}, 3^o, d ; 53, § 2, 4^o, c et 66, § 2, 4^o, b, de la loi du 24 décembre 1993.

29. Article 26, § 1^{er}, 3^o, e, de la loi du 15 juin 2006.