



Art. 85

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

**Art. 85.** *L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière.*

## GENÈSE DE LA LOI

Article 85 de la loi relative aux marchés publics, telle qu'instaurée par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

## AUTEURS

Gauthier ERVYN et Elsa WAUTERS

## DOCTRINE

Vastmans, M., « Commentaire de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 », in Van Garsse, S. (dir.), Commentaire article par article de la nouvelle législation sur les marchés publics. Loi du 15 juin 2006, Bruxelles, Politeia, p. 235.

Thiel, P., Mémento 2016 des marchés publics et des PPP, Bruxelles, Kluwer, 2015, pp. 695 à 699.

Laenen, G. et De Bievre, J., De beslissing tot gunning en totstandkoming van de overheidsopdracht, in D'Hooghe, D., De gunning van overheidsopdrachten, Brugge, die Keure, 2009, pp. 867 et 868.

Dor, V. et Vastmans, M., « Le contentieux des marchés publics », in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 655 à 668.

Dereau, G., « L'attribution », in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 621 et 622.

## COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

**1.** L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 consacre un principe bien établi du droit des marchés publics : le lancement d'une procédure de marché public par un pouvoir adjudicateur n'oblige pas ce dernier à attribuer ou à conclure ce marché. Le pouvoir adjudicateur est, en effet, libre de renoncer au marché ou de recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière.

Cette disposition s'applique de manière générale, tant pour les marchés des secteurs classiques<sup>1</sup> que pour ceux des secteurs spéciaux<sup>2</sup>. Elle est applicable quel que soit le mode de passation des marchés publics<sup>3</sup>. Elle s'applique également aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'annexe III de la loi, hormis lorsque ceux-ci sont passés suivant des procédures sui generis<sup>4</sup>.

La renonciation à passer le marché peut intervenir à tout moment de la procédure<sup>5</sup>, tant que le marché n'a pas été conclu.

**2.** Une disposition similaire existe depuis très longtemps dans la réglementation belge des marchés publics. Elle figurait déjà ainsi respectivement dans l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>6</sup>, dans l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>7</sup>, dans l'article 15 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>8</sup> et dans l'article 11 de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'État<sup>9</sup>.

Ce principe est également consacré en droit européen, bien qu'il ne soit pas précisément repris dans les directives européennes.

Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le droit du pouvoir adjudicateur de renoncer à passer un marché ou de recommencer une procédure d'adjudication se déduit implicitement des directives, qui prévoient notamment l'obligation d'informer les soumissionnaires d'une telle décision et que ce droit n'est pas conditionné à l'existence de circonstances graves ou exceptionnelles<sup>10</sup>.

1. Régis par le titre II de la loi du 15 juin 2016.
2. Régis par le titre III de la loi du 15 juin 2016. Cf. l'article 153, 4°, de la loi.
3. P. THIEL, *Mémento 2016 des marchés publics et des PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2015, p. 695.
4. Art. 89, § 1<sup>er</sup>, 4°, et § 5, et 159, § 1<sup>er</sup>, 4°, et § 5, de la loi du 17 juin 2016.
5. G. LAENEN et J. DE BIEVRE, *De beslissing tot gunning en totstandkoming van de overheidsopdracht*, in D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, p. 868.
6. *L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode.*
7. *L'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.*  
*Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode, à la condition qu'il se soit expressément réservé ce droit dans le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu.*
8. § 1<sup>er</sup>. *L'accomplissement d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché ; l'autorité compétente peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.*  
*§ 2. Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, l'autorité compétente a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode, à la condition qu'elle se soit expressément réservé ce droit dans le cahier des charges ou les documents en tenant lieu.*
9. Où elle a été insérée afin de consacrer le principe déjà connu de la jurisprudence du Conseil d'État, notamment en vue d'éviter les demandes d'indemnisation des soumissionnaires réguliers moins-disants. G. LAENEN et J. DE BIEVRE, *op. cit.*, p. 868, n° 1594.
10. C.J.U.E., 16 septembre 1998 (Metalmeccanica Fracasso SpA et Leitschutz Handels- und Montage GmbH), n° C27/98, n°s 21 à 25.



**3.** Le libellé de l'article 85 de la loi de 2016 est quasiment identique au prescrit de l'article 35 de la loi de 2006, à une différence près.

Ainsi, l'expression « au besoin selon un autre mode » utilisée à la fin de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 a évolué et est devenue, dans la loi de 2016, « au besoin d'une autre manière ».

Alors que l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 aurait pu laisser penser que c'était uniquement le mode de passation<sup>1</sup> du marché public qu'un pouvoir adjudicateur pouvait modifier pour renoncer à passer un marché<sup>2</sup>, l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 conforte la flexibilité qui est reconnue au pouvoir adjudicateur et confirme que tout élément de la procédure de marché peut être modifié pour renoncer à passer un marché, qu'il s'agisse du mode de passation, des critères de sélection ou d'attribution ou, encore, des conditions d'exécution du marché<sup>3</sup>.

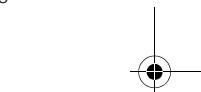
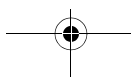
**4.** Une autre évolution intéressante est également à mentionner.

Alors que, dans les lois de 1976 et de 1993, le pouvoir adjudicateur pouvait renoncer à attribuer le marché, la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>4</sup> a intégré une évolution sémantique dans le texte en permettant au pouvoir adjudicateur non seulement de renoncer à attribuer le marché, mais également de renoncer à le conclure.

Cette précision est à mettre en lien avec l'insertion dans la loi du 15 juin 2006<sup>5</sup> d'une distinction claire entre, d'une part, l'attribution du marché définie comme étant « la décision prise par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique désignant le soumissionnaire retenu », et, d'autre part, la conclusion du marché, définie comme étant « la naissance du lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique et l'adjudicataire »<sup>6</sup>.

Le pouvoir adjudicateur peut renoncer au marché, alors même qu'il a déjà pris la décision d'attribution de celui-ci à un soumissionnaire. Tant que la conclusion du marché n'a pas eu lieu, cette renonciation est possible<sup>7</sup> et n'est pas susceptible de dommages et intérêts en faveur du soumissionnaire retenu, aucun lien contractuel n'étant né entre les deux parties<sup>8</sup>.

- 
1. Dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le mot « mode » est utilisé à quatre reprises dans le texte, chaque fois pour viser les différents « modes de passation » des marchés publics (cf. titre II, chap. IV, sect. III ; titre III, chap. II ; art. 53, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 ; art. 80, alinéa 1<sup>er</sup>).
  2. Nous nous permettons, pour la facilité de vocabulaire, d'utiliser cette expression, bien que, dans son avis n° 58.235/1 du 17 novembre 2015 relatif au projet de loi, le Conseil d'État a considéré que l'expression « renoncer à passer le marché » n'est pas appropriée. En effet, suivant le Conseil d'État, le pouvoir adjudicateur engage une procédure de passation et, donc, il ne renonce pas à « passer » le marché. Par contre, il renonce à l'attribuer ou à le conclure (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1541/001, p. 411).
  3. Le commentaire de l'article 84 de l'avant-projet de loi (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1541/001, p. 138) ne donne aucune explication à cet égard, et pour cause, puisqu'il indique (manifestement de manière erronée) que « la présente disposition reprend sans le modifier l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 » et n'appelle donc pas d'autre commentaire.
  4. Loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 29 août 2011.
  5. Art. 3, 16° et 17°, de la loi du 15 juin 2006.
  6. Cette distinction est reprise dans la loi du 17 juin 2016, en son article 2, 36° et 37°.
  7. P. THIEL, *op. cit.*, p. 699.
  8. Sur le droit de pouvoir retirer une décision d'attribution jusqu'à la conclusion du marché, cf. C.E., 27 janvier 2014, n.v. Adviesbureau voor bodemonderzoek, n° 226.228.





**5.** Le principe consacré par l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 connaît une illustration spécifique, dans les marchés à lots.

L'article 58, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 prescrit ainsi que, si le pouvoir adjudicateur passe un marché à lots, il a le droit « de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation ».

Cette disposition existait également déjà dans les précédentes lois belges relatives aux marchés publics. Dans les lois de 1976 et de 1993, le droit de renoncer à attribuer certains lots du marché était toutefois conditionné à l'obligation de l'avoir expressément mentionné dans les documents de marché<sup>1</sup>. Cette exigence a disparu à la suite de l'adoption de la loi du 15 juin 2006<sup>2</sup>.

Il faut noter que l'article 137 de la loi du 15 juin 2016 qui consacre la possibilité de passer des marchés à lots dans les secteurs spéciaux ne précise pas expressément, comme l'article 58, § 1<sup>er</sup>, pour les secteurs classiques, le droit du pouvoir adjudicateur de renoncer à attribuer certains lots. Il ne nous semble pas qu'il faille en conclure que cette faculté n'existerait pas pour ce type de marchés. Il serait toutefois utile que les documents de marché prévoient expressément cette possibilité pour le pouvoir adjudicateur, vu le silence de la loi à cet égard.

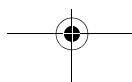
Par ailleurs, l'article 58, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2016 ne mentionne que la possibilité de renoncer à attribuer le marché et non de renoncer à le conclure. À nouveau, il ne nous semble pas que ceci implique l'interdiction de renoncer à conclure un ou plusieurs lots d'un marché, quand bien même ils auraient été attribués.

**6.** Une autre illustration du droit du pouvoir adjudicateur de renoncer à une procédure de marché se trouve aux articles 38, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, et 39 de la loi du 15 juin 2006, qui permettent au pouvoir adjudicateur de passer une procédure concurrentielle avec négociation ou de dialogue compétitif lorsqu'« en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées ».

**7.** Si l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 rappelle la liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur de renoncer à l'attribution ou conclusion du marché, une hypothèse est désormais expressément prévue par la loi, dans laquelle la renonciation au marché s'impose au pouvoir adjudicateur.

Ainsi, l'article 5, § 3, de la loi du 17 juin 2016 impose au pouvoir adjudicateur, pour autant que le marché ne soit pas encore attribué ou conclu, de renoncer à sa passation, lorsque le pouvoir adjudicateur a conçu un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la loi ou de limiter artificiellement la concurrence.

1. Cf. art. 18, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et art. 15, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.  
2. P. THIEL, *op. cit.*, p. 695.





Art. 85

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics



**8.** La loi n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à préciser, dans la décision de renoncer à passer le marché, s'il entend passer un nouveau marché ainsi que les modalités de la procédure qu'il suivra à cet égard.

En effet, comme l'enseignent V. Dor et M. Vastmans<sup>1</sup>, « une renonciation pure et simple à la passation d'un marché étant toujours possible, l'autorité adjudicatrice ne peut être tenue de recommencer un marché auquel elle a renoncé. De plus, en raison de la répartition des compétences pouvant exister entre les différents organes d'une même personne morale de droit public, il n'y a pas toujours une parfaite coïncidence entre l'organe pouvant décider de renoncer à un marché et celui compétent pour fixer le mode d'attribution ou décider d'une nouvelle procédure. C'est pourquoi le législateur n'a pas prévu d'obligation de mentionner immédiatement et concomitamment les deux décisions ».

Le pouvoir adjudicateur a donc le choix soit de renoncer définitivement à passer le marché, soit de le recommencer via une nouvelle procédure de marché<sup>2</sup>.

**9.** La renonciation à attribuer ou à conclure un marché est une décision administrative qui met un terme à la procédure de marché et doit être dûment motivée. L'article 4, 9°, 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 le prévoit expressément.

Les travaux parlementaires de la loi du 15 juin 2006 stipulent à cet égard : « La décision de renoncer à passer un marché relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur mais il n'en reste pas moins que cette décision doit être fondée sur des motifs réels et légalement admissibles et qu'elle est susceptible d'être contrôlée par le juge (arrêt de la CJCE du 18 juin 2002, C-92/00, Hospital Ingenieur) »<sup>3</sup>.

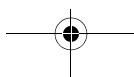
En application de l'article 5, 10°, de la loi du 17 juin 2013 précitée, la motivation doit contenir les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie.

Cette décision devra être communiquée automatiquement<sup>4</sup> aux candidats, participants et soumissionnaires concernés du marché, et ce, dès que la décision a été prise<sup>5</sup>. La notification doit, selon le Conseil d'État, contenir l'indication des voies de recours<sup>6</sup>.

Selon la doctrine<sup>7</sup>, le seul fait qu'une seule offre ait été déposée dans le cadre d'une procédure de marché, et ce malgré une publicité adéquate, ne justifie pas in se que le pouvoir

---

1. V. DOR et M. VASTMANS, « Le contentieux des marchés publics », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 655 et 656.  
2. G. LAENEN et J. DE BIEVRE, *op. cit.*, p. 867.  
3. *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2237/001, p. 55.  
4. V. DOR et M. VASTMANS, *op. cit.*, pp. 667 et 668.  
5. Art. 9 et 29 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. L'article 55 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE mentionne que cela doit avoir lieu « dans les meilleurs délais ».  
6. C.E., 25 juin 2004, n° 133.066.  
7. G. DEREAU, « L'attribution », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, de l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 621 et 622.





adjudicateur renonce au marché. En effet, « la renonciation à une procédure de passation devant reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, le pouvoir adjudicateur doit commencer par vérifier si l'offre déposée répond de manière appropriée aux conditions du marché. Dans l'affirmative, le marché peut être attribué directement au seul soumissionnaire concerné [...]. Si, par contre, à l'issue de son analyse, l'offre est considérée comme inappropriée ou comporte des éléments inacceptables, le pouvoir adjudicateur ne donnera pas suite à la procédure, conformément à l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 ».

**10.** La renonciation à passer un marché est une décision administrative qui emporte certains effets juridiques.

Elle permet de lever l'interdiction d'accès aux documents relatifs à la procédure de passation, prescrite par l'article 13 de la loi du 17 juin 2016, pour les candidats, participants, soumissionnaires et tiers du marché<sup>1</sup>. Après que la décision de renonciation de la passation du marché a été prise, le pouvoir adjudicateur peut donc, moyennant respect de certaines limitations fixées par la loi<sup>2</sup>, autoriser un accès aux documents de marché ou, parfois, aux offres des soumissionnaires.

Enfin, le pouvoir adjudicateur est tenu de conserver, dans un écrit, les motifs de droit et de fait pour lesquels il a renoncé à attribuer les marchés dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de publicité européenne<sup>3</sup>.

**11.** S'agissant d'une décision finale dans une procédure administrative, la renonciation à attribuer ou à conclure le marché peut faire l'objet d'un recours administratif.

La décision de renoncer à attribuer ou à conclure un premier marché n'est pas, comme la décision de relancer une deuxième procédure de marché, une décision préparatoire de la décision d'attribution de cette deuxième procédure, lancée à la suite de la renonciation<sup>4</sup>.

La décision de renoncer à passer un marché ne peut pas être arbitraire et il appartient au juge d'en apprécier la légalité. Ce contrôle de légalité sera toutefois exercé avec une certaine souplesse, au vu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur à cet égard<sup>5</sup>.

La décision de relancer un nouveau marché n'est pas, quant à elle, une décision qui doit être motivée, la loi ne l'exigeant pas<sup>6</sup>.

**12.** Pour qu'un soumissionnaire puisse justifier de l'intérêt à contester la décision de renonciation à conclure ou à attribuer un premier marché, il convient, lorsque celle-ci a été suivie de la passation d'un second marché, que le soumissionnaire concerné ait fait une

1. Ceci était précédemment prescrit par l'article 10 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.

2. *Doc. parl.*, Chambre, 2015/2016, n° 1541/001, p. 34.

3. Art. 164, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2006.

4. C.E., 16 août 2007, THV Kumpen-Imtech Brandwondencentrum, n° 173.992.

5. C.E., 20 mai 2003, N.V. OIP, n° 119.581.

6. C.E., 31 juillet 2013, Servitex, n° 224.430.



offre pour ce second marché. À défaut, le Conseil d'État considère que le soumissionnaire n'a pas d'intérêt à l'annulation de la décision de renoncer à la première procédure de marché puisqu'il n'aurait de toute façon pas pu être retenu dans le cadre de la seconde.

Par contre, il ne peut pas être reproché un défaut d'intérêt légal dans le chef du soumissionnaire qui conteste une renonciation à passer un marché, lorsque, bien qu'il n'ait pas pris part à la seconde procédure de marché, celle-ci a un objet différent du premier marché, de sorte que ce second marché ne pouvait plus intéresser le soumissionnaire<sup>1</sup>.

De même, le seul fait qu'un pouvoir adjudicateur puisse, par hypothèse, renoncer à passer un marché ne prive pas un soumissionnaire de contester la décision qui rejette son offre. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que, s'il est vrai que l'autorité adjudicatrice avait la faculté de renoncer à l'attribution du marché si elle avait dû constater que seul un des cinq soumissionnaires pouvait être sélectionné, rien ne permet de préjuger d'une telle décision, de sorte que pareille supposition n'autorise pas à dénier l'intérêt du soumissionnaire qui a interjeté recours contre la décision querellée<sup>2</sup>.

**13.** Le Conseil d'État s'est prononcé à de très nombreuses reprises sur la question de l'admissibilité des motifs de renonciation à attribuer ou à conclure un marché. Nous renvoyons notamment à cet égard aux divers exemples déjà donnés par M. Vastmans dans le commentaire de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006<sup>3</sup>.

Diverses décisions judiciaires et administratives ont encore récemment été rendues quant aux motivations des décisions de renonciation à passer des marchés publics.

Les motivations suivantes ont été admises par le Conseil d'État ou les tribunaux judiciaires :

la renonciation à un appel d'offres en vue de procéder à une adjudication, étant par ailleurs constaté que la partie requérante est plus chère que le fournisseur actuel<sup>4</sup> ;

la renonciation à passer un marché dont le pouvoir adjudicateur constate que les documents, en particulier le cahier spécial des charges, ont été établis en violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative<sup>5</sup> ;

le fait qu'un pouvoir adjudicateur décide de réadjudger le marché vu des modifications à apporter dans le cadre de son exécution, n'étant d'ailleurs pas démontré que celui-ci aurait pu user de son droit de modifier unilatéralement le marché en cours d'exécution puisque les modifications à y apporter ne sont pas minimales<sup>6</sup> ;

1. C.E., 22 octobre 2013, J.C.X. IMMO e.a., n° 225.180.

2. C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 16 mai 2012, n° 219.396.

3. M. VASTMANS, « Commentaire de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 », in S. VAN GARSSE (dir.), *Commentaire article par article de la nouvelle législation sur les marchés publics. Loi du 15 juin 2006*, Bruxelles, Politeia, p. 235.

4. C.E. (12<sup>e</sup> ch.), 18 janvier 2011, n° 210.497.

5. C.E. (15<sup>e</sup> ch.), 24 mars 2014, n° 226.867.

6. C.E. (12<sup>e</sup> ch.), 16 septembre 2010, n° 207.385.



le fait pour le pouvoir adjudicateur d'apporter des améliorations au cahier spécial des charges, vu le constat que l'un des objectifs visés par ce dernier n'a pas été atteint<sup>1</sup>.

L'incertitude concernant la régularité des offres<sup>2</sup>.

Par ailleurs, le fait qu'à la suite d'une première procédure, la décision d'attribution d'un marché a été suspendue par le Conseil d'État n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de décider, plutôt que de désigner le soumissionnaire injustement évincé, de relancer un nouveau marché, dès lors que « rien ne permet d'affirmer que l'objet du futur marché sera identique quant à son objet à celui auquel il est renoncé ou que les conditions de sélection qualitative ainsi que les critères d'attribution seront ceux du marché abandonné par l'autorité adjudicatrice ». De plus, le fait que le soumissionnaire injustement évincé puisse être « pénalisé » du fait de la nouvelle mise en concurrence ou encore que certaines conditions contractuelles proposées par les soumissionnaires du premier marché soient connues ne suffit pas à empêcher la relance d'une nouvelle procédure<sup>3</sup>.

Enfin, la décision de relancer un marché alors que les soumissionnaires ont eu connaissance des prix de leurs concurrents dans le cadre d'une précédente procédure ne viole pas l'égalité. Selon le Conseil d'État, « il ne peut être raisonnablement soutenu que la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux et de relancer une nouvelle procédure de passation violerait le principe de libre concurrence dès lors que tous les soumissionnaires qui ont fait offre au cours de la première procédure ont une parfaite connaissance des prix offerts par leurs concurrents, ce qui fausserait inévitablement le jeu de la concurrence. En effet, la décision attaquée a, *prima facie*, été prise conformément au prescrit de l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, précitée, qui en prévoit expressément la possibilité, sans exclure celle-ci lorsque les soumissionnaires ont, au terme de la première procédure, eu connaissance des prix offerts par leurs concurrents. Au demeurant, d'une part, les prix globaux ne constituent pas un secret puisqu'en adjudication publique, ils sont proclamés lors de la séance d'ouverture et, d'autre part, il n'est pas certain que les soumissionnaires au marché abandonné proposeront les mêmes prix pour le nouveau marché, dont rien n'indique non plus qu'il sera identique »<sup>4</sup>.

**14.** Par contre, les décisions suivantes ont été récemment considérées comme n'étant pas motivées à suffisance de droit :

la renonciation à passer un marché pour irrégularité des offres, alors que le pouvoir adjudicateur a négocié celles-ci et que le cahier spécial des charges prévoyait que la négociation n'interviendrait qu'avec les soumissionnaires ayant déposé une offre régulière<sup>5</sup>.

Enfin, notons que le Tribunal de première instance de Namur a jugé que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de recommencer une nouvelle mise en concurrence, il commet une

1. C.E. (12<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 2011, n° 216.879.  
2. Gand, 7 octobre 2011, n° 2010/AR/459, *M.C.P.-O.o.O.*, 2013, liv. 1, p. 132.  
3. C.E., 31 juillet 2013, *Servitex*, n° 224.430.  
4. C.E. (15<sup>e</sup> ch.), 24 mars 2014, n° 226.867.  
5. C.E., 22 octobre 2013, *J.C.X. IMMO e.a.*, n° 225.180.







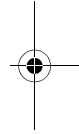
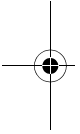
Art. 85

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

faute en modifiant fondamentalement l'objet initial de la commande, dès lors qu'il avait indiqué, à l'occasion de l'arrêt de la procédure, procéder au lancement d'une nouvelle procédure ayant le même objet<sup>1</sup>.

**15.** Lorsqu'elle est irrégulière, la décision de renoncer à attribuer ou à conclure le marché peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts<sup>2</sup>.

Il est à noter que, dans le cadre d'un recours en indemnité, le Tribunal de première instance de Namur a jugé qu'en présence d'une seule offre valable, la faculté du pouvoir adjudicateur de renoncer à attribuer le marché implique qu'il n'est pas certain que ce marché aurait été attribué. Dès lors, la relation causale entre la faute du pouvoir adjudicateur et la non-attribution du marché au soumissionnaire évincé n'est pas démontrée avec certitude<sup>3</sup>.



1. Mons, 14 septembre 2010, n° 2009/RG/468, *M.C.P.-O.o.O.*, 2011 (somm.), liv. 1, p. 138.  
2. P. THIEL, *op. cit.*, p. 699.  
3. Civ. Namur, 24 mai 2012, n° 392/11, *M.C.P.-O.o.O.*, 2012 (somm.), liv. 3, p. 444.

