

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 227.488 du 21 mai 2014

G./A.212.293/VI-20.189

En cause : **SZYMKOVICZ Charles,**

ayant élu domicile chez
Me Jean Bourtembourg, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 25 avril 2014, Charles SZYMKOVICZ sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Ministre de la Culture du 7 avril 2014 attribuant le marché relatif à la représentation de la Communauté française et à l'occupation du pavillon belge des Giardini lors de la Biennale de Venise 2015 à l'a.s.b.l. Normal, ainsi que [de] l'avis du 26 mars 2014 du comité d'experts chargé de déterminer l'offre qu'il jugera la plus aboutie du point de vue artistique et organisationnel dans le cadre du marché en question".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 avril 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 mai 2014 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai requis.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit:

- " 1. Par avis publié au Bulletin des adjudications le 20 décembre 2013 [...], la Communauté française a mis en concurrence un marché de services portant sur sa représentation et l'occupation du pavillon belge des Giardini à la Biennale d'art de Venise en 2015, au moyen d'un projet artistique inédit d'un artiste plasticien associé à un commissaire d'exposition.

La procédure retenue pour l'attribution de ce marché est l'appel d'offres ouvert.

Le budget alloué au projet est de 370.000 € TVA comprise.

2. Les documents du marché prescrivent les conditions de participation, dont, au titre des capacités, un lien ou un attachement particulier de l'artiste à la Communauté française, la participation à des expositions ou manifestations pertinentes au regard du caractère international de la Biennale d'art de Venise, la référence dans des publications incluant une monographie consacrée à l'artiste [...], et définissent les critères d'attribution du marché [...]:

«a) Qualités artistiques du projet

Le projet doit relever de l'art le plus actuel et reposer sur une recherche artistique aux intentions clairement définies, pertinentes et cohérentes.

- Critère n° 1 : pertinence des intentions artistiques, jugées sur base de la note d'intention du commissaire auquel s'associe l'artiste plasticien (25%)

- Critère n° 2 : caractère novateur/actuel, pertinence du projet artistique et cohérence entre les intentions artistiques et le projet, jugés sur base de l'exposé détaillé du projet artistique (25%)
- Critère n° 3 : qualité artistique de l'esquisse d'installation de l'œuvre/exposition au sein du Pavillon belge des Giardini (10%).

b) Qualités organisationnelles

- Critère n° 4 : qualité de l'élaboration du plan de communication, et pertinence des actions vers le grand public et les publics cibles (en ce compris les deux publications imposées), jugées sur base de la note d'intention relative au plan de communication (20%)
- Critère n° 5 : méthodologie technique et organisationnelle, et réalisme financier du projet, jugés sur base du planning prévisionnel de réalisation du projet, ainsi que du budget prévisionnel (20%)».

Il est prévu de constituer un comité d'experts chargé de déterminer «l'offre la plus aboutie du point de vue artistique et organisationnel» [...]. Le comité d'experts a été constitué, après appel à candidatures [...], par arrêté ministériel du 11 mars 2014 [...] et ses règles de fonctionnement ont été fixées dans un règlement d'ordre intérieur [...].

3. Quatorze artistes ont présenté, dans les délais, un projet pour l'attribution du marché, dont le requérant et l'artiste plasticien Vincent Meessen représenté par l'a.s.b.l. Normal, adjudicataire du marché.

[3bis. Préalablement à la réunion du comité d'experts, tenue le 26 mars 2014, sept des quatorze soumissionnaires avaient été exclus, dès lors qu'ils ne satisfaisaient pas aux critères de sélection qualitative définis par le cahier spécial des charges. Leurs offres n'ont donc pas été soumises audit comité.]

4. Après analyse de la régularité des dossiers présentés, le comité d'experts a procédé à l'analyse des projets au regard des critères d'attribution et les a évalués en motivant ses évaluations et choix, à chaque critère. Au terme de cette évaluation, il a classé le projet du requérant dernier avec une note finale de 8,4/20 points et il a classé premier le projet présenté par l'a.s.b.l. Normal, avec une note finale de 15,20 points [...] [L'avis rendu à cette occasion le 26 mars 2014 constitue le second acte attaqué].

Le 7 avril [2014], la Communauté française a décidé d'attribuer le marché à l'a.s.b.l. Normal. Cette décision exprime ses motifs, par intégration de l'évaluation du comité d'experts [...] [Il s'agit du premier acte attaqué].

5. La décision d'attribution a été notifiée aux soumissionnaires par e-mail le 8 avril [2014] (sans les motifs [...]) et par recommandé déposé à la poste le 9 avril [2014] [...].

Le requérant a accusé réception de la décision le 10 avril [2014] [...].

IV. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

L'avis rendu le 26 mars 2014 par le comité institué par la partie adverse ne produit "prima facie" aucun effet juridique définitif pour les soumissionnaires.

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte susceptible de causer grief, notamment au requérant, la demande qui tend à la suspension de son exécution doit être déclarée irrecevable.

La circonstance que la demande doit être déclarée irrecevable en tant qu'elle porte sur le second acte attaqué, n'exclut pas que la légalité de celui-ci soit, en vertu de l'article 159 de la Constitution, contrôlée à titre incident, dès le stade de l'examen de la demande de suspension ainsi limité. En effet, dès lors que la Ministre qui a adopté le premier acte attaqué a fait siennes les conclusions arrêtées par le comité d'experts et les motifs de ces conclusions, tels qu'ils ont été consignés dans l'avis du 26 mars 2014, une éventuelle illégalité de celui-ci pourrait vicier, en ses motifs, le premier acte attaqué.

V. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS"

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse oppose une première exception d'irrecevabilité déduite de la tardiveté de la demande. Elle la formule comme suit:

" 6. L'article 23, § 1^{er}, 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 prescrit que «Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits (...) à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas».

Concrètement, le délai de quinze jours imparti pour exercer le recours en suspension (devant le Conseil d'Etat, selon la procédure d'extrême urgence) prend cours le lendemain de la notification de la décision d'attribution, avec ses motifs (règlement 1182/71 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, article 3, § 1^{er}, alinéa 2 : «Si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte [ici : la notification], le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai»; par renvoi de l'article 68 de la loi du 17 juin 2013).

Les dispositions légales relatives aux modes de communication et au calcul des délais de recours transposent les dispositions des directives 89/665 et 92/13 relatives à la protection juridictionnelle dans les marchés publics(article 1^{er} de la loi); elles sont conçues pour garantir l'exercice utile des voies de recours, en empêchant la prise de cours des délais de recours tant que le pouvoir adjudicateur n'a pas mis le soumissionnaire évincé en mesure de comprendre ses choix, d'identifier les éventuelles irrégularités qui les affecteraient et d'évaluer alors l'opportunité d'exercer un recours contre sa décision. Concrètement, le délai commence à courir lorsque la notification de la décision est accompagnée de ses motifs et à partir d'un instant où il est certain que le soumissionnaire concerné pourra en prendre connaissance ou l'aura pu (voir l'article 2quater de la directive 89/665).

7. La décision a été notifiée aux soumissionnaires par e-mail envoyé le 8 avril et par courrier recommandé déposé à la poste le 9 avril (D.A., pièces 7 et 8).

La notification de la décision d'attribution par e-mail, le 8 avril, ne comporte qu'une information («nous avons le regret de vous informer que le marché ne vous

a pas été attribué»), qui ne met pas son destinataire en mesure d'identifier une éventuelle irrégularité justifiant l'exercice des recours.

Le délai de recours a donc commencé à courir par le dépôt à la poste de la notification de la décision motivée d'attribution, le 9 avril. Cette décision est motivée, elle exprime, comme le prescrit l'article 5, 9°, de la loi du 17 juin 2013, en particulier les «motifs de droit et de fait» qui justifient l'évaluation et la cotation du projet du requérant et «les caractéristiques et les avantages relatifs» du projet présenté par l'a.s.b.l. Normal.

Le délai a donc commencé à courir le lendemain, le 10 avril, et il a expiré au terme du quinzième jour, le 24 avril.

Le recours a été déposé à la poste le 25 avril, après l'expiration du délai de recours en suspension. Il est donc irrecevable".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu des articles 8 et 23 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 délai de quinze jours d'introduction de la demande de suspension visée à l'article 15 de la même loi prend cours, pour le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, avec la communication de la décision motivée d'attribution du marché. Le seul fait d'informer, sans plus, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, de l'adoption de cette décision motivée ne répond pas à l'exigence de communication imposée en vertu des dispositions précitées.

En outre, et pour les marchés qui atteignent le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par envoi recommandé.

Il n'est pas contesté que la décision d'attribution du marché litigieux était soumise à cette formalité de double communication.

Il n'est pas davantage contesté que le courrier électronique adressé le 8 avril 2014 au requérant ne contenait que l'information du fait que le marché ne lui était pas attribué et que son envoi ne participait donc pas à la double communication imposée en l'espèce.

La communication, au requérant, de la décision motivée d'attribution du marché n'a été effectuée que par envoi recommandé.

Dès lors que la décision motivée d'attribution du marché n'a pas fait l'objet de la double communication, le délai d'introduction de la demande de suspension de l'exécution de cette décision, visé à l'article 23, paragraphe 3, de la loi

du 17 juin 2013 précitée n'a pas pris cours. Il en résulte que la requête introduite le 25 avril 2014 ne l'a pas été tardivement.

L'exception doit être rejetée.

VI. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET

VI.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse oppose une deuxième exception d'irrecevabilité déduite du défaut d'intérêt du requérant. Elle la formule comme suit:

- " 8. Le requérant devant le Conseil d'Etat doit justifier d'un intérêt à agir, au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.
En droit des marchés publics, le requérant n'a d'intérêt au recours que dans la mesure où la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché le place dans une situation où il retrouve une chance de l'obtenir.
L'intérêt au recours est, ici, lié au classement du requérant. Le recours qui, en dépit des éventuelles irrégularités qu'il établit, aurait pour conséquence de placer un autre soumissionnaire en position d'obtenir le marché convoité si le pouvoir adjudicateur reprend une décision en réparant les illégalités dénoncées, ne présente pas d'intérêt pour le requérant.
9. Or, le projet du requérant a été classé dernier (sur sept projets retenus pour l'appréciation), avec une cote de 8,4/20 points (D.A., pièce 5).
Au-delà des critiques qu'il fait sur la régularité et l'appréciation du projet retenu (dont aucune n'est sérieuse, ci-dessous au titre III), le requérant devrait critiquer également les projets qui, dans le classement, le précèdent, ou démontrer que la Communauté française aurait commis une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle a confronté son projet aux critères d'attribution.
Le requérant ne prétend pas critiquer d'autre projet que celui présenté par l'a.s.b.l. Normal et il ne critique l'appréciation de son projet qu'en termes généraux (recours, p. 6 : «l'offre du requérant est manifestement traitée avec dédain et subjectivité négative») sans identifier concrètement les éléments qui révéleraient un défaut d'appréciation, ni, a fortiori, établir un tel défaut. Surtout, il ne lie le défaut d'appréciation de son projet qu'au parti-pris prétendu du comité d'experts en faveur du projet de l'a.s.b.l. Normal (idem : «ce parti pris apparaît plus clairement encore au vu des remarques formulées à l'égard du projet de l'a.s.b.l. Normal»).
10. Orienté exclusivement contre le projet de l'a.s.b.l. Normal, le recours, à le supposer recevable ratione temporis ou fondé sur des griefs apparemment sérieux, ne peut amener qu'une attribution à un autre que le requérant. Il n'a donc pas d'intérêt au recours."

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

En principe, un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission. En effet, ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité.

Il en va d'autant plus ainsi lorsque certains griefs formulés par le requérant pourraient – à les supposer sérieux – révéler des vices qui entachent toute la procédure de passation du marché ou, à tout le moins, une phase essentielle de cette procédure, comme l'est celle d'analyse des offres. Telle est précisément, en l'espèce, la portée de deux des griefs que formule le requérant, à savoir l'imprécision des critères d'attribution et de la méthodologie de notation, ainsi que le défaut d'impartialité du comité d'experts.

En outre, accueillir l'exception d'irrecevabilité ainsi formulée, au motif que, même en cas de remise en cause de la décision attribuant le marché au premier classé, le requérant ne se trouverait pas en ordre utile pour être désigné adjudicataire du marché, imposerait au Conseil d'Etat de soumettre l'offre du requérant à une appréciation concurrente à celle que doit porter à son propos la partie adverse, laquelle appréciation est d'autant plus étendue que seuls des critères d'appréciation qualitative ont été définis en vue de l'attribution du marché litigieux.

Il résulte de ce qui précède que l'exception d'irrecevabilité déduite du défaut d'intérêt du requérant ne peut être accueillie.

VII. MOYEN UNIQUE

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le requérant soulève un moyen unique, pris "de la violation du principe de la motivation interne des actes administratifs; de l'erreur dans les motifs; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du devoir de minutie, du principe d'impartialité, de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», aux articles 58 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques»; de l'erreur manifeste d'appréciation et du détournement de pouvoir". Il le formule comme suit:

- " 1. En ce que la marché a été attribué à l'ASBL Normal sans tenir compte des documents exigés pour démontrer la capacité technique du candidat; que certains documents ou mentions exigés et auxquels la partie adverse devait avoir égard ont purement et simplement été omis lors de la sélection qualitative; que les motifs de la cotation attribuée au requérant témoignent de préjugés et de parti pris et ne sont pas exacts et admissibles; que les critères d'attribution du marché sont manifestement flous et très subjectifs et ne permettent pas de comprendre la

cotation attribuée; que la procédure de dépôt d'offre n'a manifestement pas été respectée par l'ASBL Normal;

2. Alors que, première branche, en ce qui concerne tout d'abord la sélection qualitative, conformément au cahier des charges, chaque «artiste plasticien doit démontrer un lien ou un attachement particulier à la Communauté française à travers son parcours artistique (expositions, études,...) et tout autre lien permettant de juger de sa capacité à assurer pleinement l'objet du présent marché.

L'artiste plasticien sélectionné étant invité à investir le pavillon national belge des Giardini, et à y représenter la Communauté française, un lien ou attachement particulier de celui-ci à la Communauté française est indispensable en vue de remplir les objectifs du présent marché».

Que, de même, chaque soumissionnaire était tenu de fournir notamment un «curriculum vitae de l'artiste mettant en évidence les expositions ou manifestations en arts plastiques les plus pertinentes auxquelles il a pris part ces 10 dernières années afin d'expliciter la qualité intrinsèque de son parcours et démontrer son aptitude à s'intégrer dans un projet d'ampleur internationale»; que le cahier des charges précise que ces références doivent inclure au minimum :

«- une exposition personnelle (ou solo exhibition) présentée au cours des 5 dernières années au sein d'un musée ou centre d'art d'envergure internationale situé dans le pays de domicile actuel de l'artiste plasticien.

- une exposition personnelle (ou solo exhibition) présentée au cours des 5 dernières années au sein d'un musée ou centre d'art d'envergure internationale situé hors du pays de domicile actuel de l'artiste plasticien.»

Que le cahier des charges poursuit en énonçant que ces références particulières devront faire l'objet d'une présentation (textes et images) de 5 pages A4 maximum;

Que le cahier des charges énonce encore que chaque soumission doit également comporter «la présentation d'une liste de livres/ouvrages/revues et publications qui ont été consacrés à l'artiste plasticien au cours des 7 dernières années»; que le cahier des charges précise que «ces références doivent inclure au minimum une monographie dédiée au travail de l'artiste plasticien, éditée et diffusée par un éditeur reconnu», monographie devant être jointe à l'offre;

Que ces documents avaient expressément été jugés «nécessaires» ou «indispensables» pour évaluer si les exigences de capacité des candidats étaient remplies;

Qu'il est parvenu au requérant que l'offre de l'ASBL Normal ne comportait pas de curriculum vitae probant au vu des exigences de capacité technique ni de monographie dédiée au travail de l'artiste ni enfin de preuve ou de lien d'attachement particulier à la Communauté française;

3. Que, la partie adverse était pourtant tenue d'examiner sérieusement le dossier qui lui était soumis; qu'en effet, le devoir de minutie, «ressortit aux principes généraux de bonne administration et oblige l'autorité à procéder à une recherche minutieuse des faits, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier, afin qu'elle puisse prendre sa décision en pleine connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce» (v. C.E., 17 septembre 2012, n° 220.622, BROHEZ (e.a.));

4. Qu'ensuite, seconde branche, en ce qui concerne l'attribution du marché, les critères sur lesquels la partie adverse s'est fondée pour attribuer la marché à l'ASBL Normal sont flous, infiniment subjectifs et non pertinents;

Qu'ainsi, rien n'explique par rapport à quoi est jugé la «pertinence des intentions artistiques»; ce d'autant moins qu'elle est jugée par rapport à la seule note d'intention du commissaire;

Que, de même, il est fait état de «caractère novateur/actuel» sans que ce critère soit expliqué, sans qu'il soit énoncé ce que la partie adverse entend par novateur ou actuel et sans qu'il soit énoncé si le caractère novateur est lié ou indépendant du caractère actuel;

Que, encore, il est fait état de «pertinence des actions vers le grand public et les publics cibles» sans que la référence prise pour juger de la pertinence ne soit expliquée et sans que les publics cibles ne soient définis;
Que, également, la méthode de cotation de la «méthodologie technique et organisationnelle» n'est pas déterminée;

5. Que la partie adverse était tenue de mentionner dans l'acte attaqué toutes les considérations de fait et de droit sur lesquelles elle se fonde; qu'elle ne pouvait se baser que sur des motifs de droit et de faits exacts, adéquats et admissibles; que la partie adverse était également tenue au respect du principe d'impartialité; que, pourtant, les motifs de la cotation attribuée au requérant témoignent de parti pris et de préjugés, ce qui ne peut être admis;

Qu'en effet, l'offre du requérant est manifestement traitée avec dédain et subjectivité négative par le comité d'experts dont l'avis est entièrement repris par la Ministre de la Culture; que ce parti pris apparaît plus clairement encore au vu des remarques formulées à l'égard du projet de l'ASBL Normal;

Qu'il apparaît que plusieurs membres du jury sont proches de l'artiste présenté par l'ASBL Normal, Monsieur MEESEN ou ont récemment collaboré avec ce dernier; que ces membres du jury étaient ainsi prédisposés à favoriser Monsieur MEESEN au détriment des autres candidats; qu'ainsi, Madame JOSSE a déjà pu inviter Monsieur MEESEN à une exposition qu'elle organisait en 2011 au Frac Lorraine; que Madame SCHMITZ a collaboré avec Monsieur MEESEN notamment lors d'un projet artistique de 2012; que Monsieur MUTEBA LUNTUMBE a également collaboré avec Monsieur MEESEN lors d'un festival d'art en 2007; que Madame DUBOIS a consacré un article d'empathie à Monsieur MEESEN intitulé «le travail de Vincent MEESEN pose la question du double rôle»;

6. Que la partie adverse ne peut agir dans l'intention de favoriser ou de défavoriser une personne; qu'en l'occurrence, les circonstances de l'espèce démontrent que la partie adverse a manifestement agi dans le but d'avantager Monsieur MEESEN et [d']empêcher le requérant de participer à la Biennale 2015;
Le moyen est sérieux".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants:

- " 11. Bien que la requête soit affectée d'un défaut de structure argumentaire qui justifierait à lui seul le rejet du recours(les griefs ne sont pas identifiés clairement en tant que tels et ils ne sont pas développés dans une relation qui identifie la violation des dispositions et principes visés, qui est donc affirmée plutôt que démontrée; voir récemment, sur le moyen irrecevable en raison de l'absence d'indication sur la violation concrète de la disposition invoquée à l'appui du moyen, C.E., 20 mars 2014, s.c.r.l. Sustainable Energy-Services, n° 226.834, ou C.E., 26 juillet 2013, s.a. Gestanet, n° 224.399), on comprend que le requérant reproche quatre illégalités à la décision d'attribution :
- le défaut d'examen sérieux du projet de l'a.s.b.l. Normal au regard des critères de sélection;
 - une appréciation par des critères d'attribution de caractère général et à portée subjective;
 - le défaut d'indication de la méthodologie appliquée pour évaluer les qualités des projets;
 - le défaut d'impartialité du comité d'experts, dont certains membres seraient proches de Vincent Meessen, artiste qui a conçu le projet présenté par l'a.s.b.l. Normal.

12. Aucun de ces griefs n'est sérieux et, bien que la requête soit irrecevable, la Communauté française entend répondre au requérant, brièvement, sur les questions de fond sous-jacentes à ses griefs.

Par souci de clarté, chacun de ces griefs est traité comme un moyen; ils posent chacun la question de la régularité de la décision d'attribution sous un angle distinct (des règles distinctes, mais, on le rappelle, le requérant n'établit pas la relation).

III.1. Premier moyen : défaut du projet retenu au regard des critères de sélection

13. Sur le défaut d'examen sérieux du projet de Vincent Meessen présenté par l'a.s.b.l. Normal au regard des critères de sélection, le requérant a été mal informé. Le dossier de l'a.s.b.l. Normal (D.A., pièce 4, par extrait) contient tous les éléments attendus de biographie de l'artiste auteur du projet, un «curriculum vitae» en quatre pages, reprenant en suite, les expositions auxquelles il a participé, les publications de référence de son parcours et son lien ou son attachement avec la Communauté française, dans les termes du critère (cahier spécial des charges, D.A., pièce 2, article 7, c, sous a, p. 5 : «un lien ou un attachement particulier à la Communauté française à travers son parcours artistique (expositions, études, ...)»), ainsi qu'une monographie qui lui est consacrée.

On ajoutera que la forme (un «curriculum vitae probant») n'est pas une contrainte; il suffit que le dossier présenté contienne les éléments pertinents au regard des conditions de participation à la procédure, même s'ils sont dispersés. Sauf lorsqu'il a prescrit une forme à peine d'irrecevabilité ou de nullité (ce qui n'est pas le cas ici), le pouvoir adjudicateur dispose, là, d'un large pouvoir d'appréciation.

14. Le moyen repose sur une erreur de fait; il n'est manifestement pas sérieux.

III.2. Deuxième moyen : critères d'attribution imprécis

15. Sur le défaut de précision ou la subjectivité des critères d'attribution, le requérant se fourvoie.

Le droit des marchés publics poursuit l'objectif d'ouvrir les contrats publics à la concurrence la plus large possible. Pour l'atteindre, il fixe sans doute des règles, mais ces règles ne sont pas univoques. Elles se comprennent toujours par ce qu'elles tendent à réaliser, le besoin du pouvoir adjudicateur.

La liberté du pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution qui vont l'amener à attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse par rapport à son besoin ne se discute pas, ou presque, sauf le respect du principe d'égalité et l'erreur manifeste d'appréciation (voir par exemple C.E., 18 février 2010, b.v.b.a. Architekturburo Aros, n° 201.020).

16. Or, on ne traite pas l'achat d'une prestation artistique comme l'achat d'une prestation de services, d'une fourniture ou de travaux ordinaires. L'art, par définition, pour l'acquéreur comme pour l'artiste, c'est d'abord une subjectivité, ce qui n'est pas réductible à une matrice de décision.

Le droit des marchés publics appréhende sans doute, jusqu'à certaines limites, la prestation artistique, mais il ne prétend pas, parce qu'il ne le pourrait pas, dénaturer le besoin du pouvoir adjudicateur et la nature de la prestation de l'artiste.

17. Par les principes d'égalité et de transparence le droit des marchés publics impose sans doute l'achat de la prestation par des critères annoncés au préalable, mais ces critères peuvent comporter une part de subjectivité, variable selon la nature du marché, qui est, toujours, un besoin du pouvoir adjudicateur. La jurisprudence du Conseil d'Etat est déjà en ce sens en ce qui concerne la prestation d'architecte(e.a. C.E., 5 septembre 2008, s.p.r.l. Samyn and Partners e.a., n° 186.075 et 186.076, deux arrêts : «que la circonstance qu'une large marge d'appréciation existe pour certains critères, particulièrement ceux qui font appel à des évaluations d'ordre esthétique, est liée à la nature du marché en cause; que, dans ce domaine, le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à celle que l'autorité a portée, et il ne peut censurer qu'une appréciation qui serait

manifestement déraisonnable») ou de scénographe (C.E., 28 août 2012, s.a. EO Design Partners, n° 220.487) ou, plus prosaïque, en ce qui concerne les qualités gustatives des repas à fournir à un home («smaak van de maaltijd», C.E., 15 mars 2012, b.v.b.a. Hoeve Gervan, n° 218.497 : «Dit criterium lijkt rechtevree te kunnen worden betrokken op het voorwerp van de opdracht en lijkt verwerende partij geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid te laten. Evenmin blijkt dat dit geen objectieve beoordeling mogelijk maakt of niet toelaat de voordeligste offerte te bepalen. Het feit dat deze beoordeling een zekere subjectiviteit kan inhouden, volstaat niet om op het eerste gezicht anders te besluiten»).

C'est a fortiori le cas de la prestation artistique, qui n'est d'abord que subjectivité— et elle doit le rester.

Le requérant est, là, à rebours. Les critères dont il prétend dénoncer le caractère vague ou subjectif ont pour propos d'encadrer la subjectivité; dans une démarche artistique, raisonnée si elle doit l'être, on comprend ce que signifient «pertinence des intentions artistiques», «caractère novateur/actuel», «pertinence des actions vers le grand public et les publics cibles».

On ajoutera que les critères d'attribution ne doivent pas tout définir, ils se comprennent aussi avec les autres dispositions des documents du marché et (s'agissant de la représentation de la Communauté française et de l'occupation du pavillon belge à la Biennale d'art de Venise, on ne devrait même pas le préciser) dans le contexte du marché. On rappellera donc que :

- la «pertinence des intentions artistiques» est annoncée étroitement liée à l'association de l'artiste et d'un commissaire (l'association est rappelée avec constance, déjà au critère lui-même, «pertinence des intentions artistiques jugées, sur base de la note d'intention du commissaire auquel s'associe l'artiste plasticien», mais encore aux clauses techniques, article 1^{er}) et est par définition, on ne devrait pas le rappeler, le fondement de la prestation du soumissionnaire;

- le «caractère novateur/actuel» de la proposition artistique, c'est, en d'autres termes mais aussi, «un projet artistique inédit» (cahier spécial des charges, clauses administratives, article 5; voir également clauses techniques, article 2);

- l'action publique, vers le public, est, par nature, le propos de la Biennale, elle est en outre largement décrite aux clauses techniques (article 2, au titre «communication»).

Au demeurant, ces critères sont, à l'évidence, pertinents pour la prestation consistant à représenter la Communauté française et occuper le pavillon de la Belgique à la Biennale d'art de Venise en 2015. C'est une prestation artistique et on attend un engagement personnel de l'artiste représentant et occupant, un projet et une personnalité.

18. On ne devrait pas ajouter que la Communauté française est allée au-delà de l'exigence du droit, elle a dilué la subjectivité dans un comité d'experts, composé majoritairement de personnalités justifiant d'une expertise reconnue dans le domaine de l'art contemporain et soumis à une obligation d'indépendance et d'impartialité (voir D.A., pièces 3); des subjectivités qui, par leur confrontation, s'atténuent pour parvenir à un accord.

19. Le requérant en vient, par ses critiques, à nier la particularité fondamentale, la nature, de la prestation pour l'attribution de laquelle il a pourtant remis un projet. Le moyen n'est, donc, manifestement pas sérieux.

III.3. Troisième moyen : méthodologie

20. Sur le défaut de précision sur la méthode d'évaluation des qualités des projets au regard du critère de la méthodologie technique et organisationnelle, le requérant se méprend.

La jurisprudence est constante, la méthodologie appliquée pour apprécier les qualités des offres au regard des critères d'attribution n'est pas un critère et elle ne doit pas être annoncée aux documents du marché; le pouvoir adjudicateur dispose, là, d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer et appliquer la méthode qui va servir son appréciation des qualités des offres et le Conseil d'État ne peut pas se

substituer à lui (voir par exemple, récemment, C.E., 23 janvier 2014, b.v.b.a. Gerechtsdeurwaarderskantoor Vergauwen en Avontroodt, n° 226.180, point 14.1, ou C.E., 7 mai 2013, s.a. Socogetra e.a., n° 223.427 : «Dans l'état actuel de la réglementation belge et européenne et de la jurisprudence, les méthodes d'évaluation, contrairement aux critères et sous-critères d'attribution, ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une information préalable au dépôt des offres»).

21. La critique de la méthode ne commence qu'à l'incompréhension d'un résultat, aberrant; ou, pour l'exprimer simplement, le grief se confond, là, avec le défaut de motivation de la décision d'attribution (voir par exemple, récemment C.E., 29 août 2011, s.a. Thales Communications & Security, n° 214.887, ou, dernièrement, C.E., 26 février 2014, s.a. Tempora, n° 226.558).

En-deçà, quand le motif exprimé permet de comprendre l'appréciation, il n'y a pas de grief possible.

22. Le requérant ne prétend pas que les motifs de l'appréciation des offres au regard du critère de la méthodologie technique et organisationnelle ne seraient pas en relation avec les cotes qui leur ont été attribuées. Il n'y a pas d'erreur d'appréciation apparente; il n'y a donc pas lieu de justifier la méthode appliquée. Le moyen n'est pas sérieux.

III.4. Quatrième moyen : défaut d'impartialité du comité d'experts

23. Au-delà du défaut d'un grief qui ne prétend s'arrêter qu'à une apparence, sans démontrer concrètement que le défaut d'impartialité d'un membre du comité d'experts a pu avoir une influence sur sa proposition (sur le principe, voir récemment C.E., 8 juillet 2013, s.a. Besix Group e.a., n° 224.298 : «l'impartialité d'un organe collégial ne peut être mise en cause que si, d'une part, des faits précis qui font planer des soupçons de partialité sur un ou plusieurs membres de ce collège peuvent être légalement constatés et, si, d'autre part, il ressort des circonstances que la partialité de ce ou de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège»), on fait observer que la collaboration professionnelle entre un soumissionnaire et une personne chargée de l'examen qualitatif des offres, pour constituer un empêchement au jugement, n'est pas une abstraction.

L'impartialité doit être réelle, actuelle, le membre mis en cause doit être impliqué, ou l'avoir été, dans une relation professionnelle soutenue avec le soumissionnaire. En-deçà, l'impartialité est une pure vue de l'esprit du perdant.

24. Les membres du comité d'experts étaient juridiquement soumis à des obligations fondamentales, d'indépendance et d'impartialité (e.a. appel à candidatures, D.A., pièce 3/1, p. 2 : «les membres du Comité d'experts apportent leur contribution aux débats et travaux en toute impartialité», «les membres du Comité d'experts évitent, en tout temps, de se laisser influencer par les pressions extérieures éventuelles, quelle qu'en soit la forme»; voir également le règlement d'ordre intérieur, D.A., pièce 3/3, article 13 relatif à la déontologie, § 1^{er} : «La conduite des membres du Comité est objective (...)», § 2 : «Les membres apportent leur contribution aux débats et travaux en toute impartialité. Ils évitent, en tout temps, de se laisser influencer par les pressions extérieures éventuelles, quelle qu'en soit la forme», § 3 : «Les membres du Comité participent aux travaux du Comité avec conscience et intégrité (...)») et sont astreints, pour ce principe, à une obligation positive, d'abstention (D.A., pièce 3/3, article 13, § 5 : «Les membres du Comité ne peuvent être directement ou indirectement partie prenante des offres remises par les soumissionnaires au marché, et ce à quelque titre que ce soit. Cette clause demeure applicable après l'attribution du marché à l'adjudicataire») et de déclaration (idem, § 6 : «Les membres du Comité sont dans l'obligation de signaler spontanément au Président les incompatibilités et conflits d'intérêts avérés ou éventuels auxquels ils pourraient être confrontés en prenant part à l'examen des offres des soumissionnaires au marché, et ce dès la prise de connaissance de l'incompatibilité ou du conflit d'intérêt avéré ou éventuel par le membre du Comité»).

On délaisse alors au requérant la légèreté avec laquelle il affirme l'impartialité de personnalités aussi averties de leurs obligations fondamentales.

25. Au demeurant et en tout état de cause, les collaborations que le requérant prétend dénoncer n'ont pas atteint l'intensité qui peut qualifier l'impartialité, elles sont passées et ont été occasionnelles et limitées. L'empathie d'un critique d'art, quant à elle, ne signifie juridiquement rien; la critique d'art, c'est la sensibilité à une œuvre, pas l'amitié à un artiste (qui, au demeurant, ne suffirait pas, par elle-même, à qualifier une partialité).

Ajouterait-on ? que, à tout contester, même l'insignifiant, le requérant en vient à mettre en doute des relations normales et inévitables dans un milieu relativement restreint, comme l'est celui des professionnels de l'art contemporain en Belgique. A le suivre dans son errance, la Communauté française ne pourrait plus s'entourer d'une expertise indépendante pour l'assister dans une opération, comme sa représentation et l'occupation du pavillon belge à la Biennale d'art de Venise, pour laquelle cette expertise est un facteur de légitimité.

Le moyen n'est manifestement pas sérieux, ni en droit ni en fait.

III.5. Conclusion

26. A supposer qu'il faille aller jusqu'à cet examen, les griefs que le requérant fait à la décision d'attribuer à l'a.s.b.l. Normal la représentation de la Communauté française et l'occupation du pavillon belge des Giardini lors de la Biennale de Venise 2015 ne sont manifestement pas sérieux".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la sélection de l'A.S.B.L. NORMAL

Pour apprécier la "capacité technique ou professionnelle" des soumissionnaires, le cahier spécial des charges exigeait la production, à l'appui des offres, des références suivantes:

- " a) L'artiste plasticien doit démontrer un lien ou un attachement particulier à [la] Communauté française à travers son parcours artistique (expositions, études, ...) et tout autre lien permettant de juger de sa capacité à assurer pleinement l'objet du présent marché.

L'artiste plasticien sélectionné étant invité à investir le pavillon national belge des Giardini, et à y représenter la Communauté française, un lien ou attachement particulier de celui-ci à la Communauté française est indispensable en vue de remplir les objectifs du présent marché.

- b) Le curriculum vitae de l'artiste mettant en évidence les expositions ou manifestations en arts plastiques les plus pertinentes auxquelles il a pris part ces 10 dernières années afin d'expliciter la qualité intrinsèque de son parcours et démontrer son aptitude à s'intégrer dans un projet d'ampleur internationale. Ces références doivent inclure au minimum :

- une exposition personnelle (ou solo exhibition) présentée au cours des 5 dernières années au sein d'un musée ou centre d'art d'envergure internationale situé dans le pays de domicile actuel de l'artiste plasticien.

- une exposition personnelle (ou solo exhibition) présentée au cours des 5 dernières années au sein d'un musée ou centre d'art d'envergure internationale situé hors du pays de domicile actuel de l'artiste plasticien.

Ces références particulières feront l'objet d'une présentation (textes et images) de 5 pages A4 maximum.

c) La présentation d'une liste de livres/ouvrages/revues et publications qui ont été consacrés à l'artiste plasticien au cours des 7 dernières années. Ces références doivent inclure au minimum une monographie dédiée au travail de l'artiste plasticien, éditée et diffusée par un éditeur reconnu.

- la ou les monographies sont jointes à l'offre du soumissionnaire".

Le "curriculum vitae" de Vincent MEESSEN présenté par l'A.S.B.L. NORMAL ne permet pas d'identifier les deux expositions dont cet artiste entendait se prévaloir pour répondre à l'exigence visée au point b). Ses modalités de présentation ne garantissent pas davantage que les manifestations recensées puissent bien être considérées comme étant des expositions personnelles. Ainsi, par exemple, le conseil de la partie adverse a-t-il fait état d'une manifestation "Patterns for (re)cognition" organisée à Gand en 2013, laquelle est mentionnée dans le "curriculum vitae", sans toutefois que cette mention soit assortie du sigle "*" utilisé pour désigner les expositions.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle soutient, en termes de plaidoiries, que les experts qu'elle a désignés étaient suffisamment avisés des manifestations organisées dans le secteur de l'art contemporain pour avoir pu identifier en connaissance de cause celles dont Vincent MEESSEN était en mesure de se prévaloir utilement. Il ressort, en effet, du procès-verbal de la réunion du comité d'experts tenue le 26 mars 2014 que la sélection qualitative avait été effectuée antérieurement à cette réunion, et sans que les experts y aient été associés.

Dans ces conditions, il n'est pas possible d'apprécier comment la partie adverse a pu vérifier, sur la base du "curriculum vitae" produit par Vincent MEESSEN, le respect de cette condition de sélection. La bienveillance dont elle semble avoir ainsi fait preuve tranche avec le traitement réservé à cinq autres candidats dont les "curriculum vitae" ont été considérés comme ne permettant pas de vérifier qu'ils avaient bénéficié des expositions personnelles requises.

Par ailleurs, sous un titre "Presse récente", l'A.S.B.L. NORMAL soumet à l'appui de son offre une liste d'articles de presse dont elle semble se prévaloir pour répondre à l'exigence de présentation d'une liste de "livres/ouvrages/revues et publications qui ont été consacrés à l'artiste" visée au point c) des conditions de sélection précitées. Les références qui y sont mentionnées ne permettent toutefois pas de déterminer si ces articles se rapportent spécialement à Vincent MEESSEN et à son œuvre. Une fois encore, il n'est pas possible d'apprécier comment la partie adverse a

pu vérifier, sur la base de cette liste d'articles de presse, le respect de la condition de sélection ainsi énoncée.

Enfin, s'agissant de l'exigence de joindre à l'offre au moins une monographie, et dès lors que la monographie doit, en l'espèce, s'entendre d'une étude substantielle consacrée à l'artiste et à son œuvre et attestant – par sa publication et sa diffusion – la reconnaissance dont bénéficie cet artiste, cette exigence n'est nullement rencontrée par la production de la brochure éditée à l'occasion de l'exposition "Mi ultima vida" présentée à Mexico par Vincent MEESEN, et ce même si cette brochure contient une très brève notice biographique de l'artiste.

Ici encore, l'attitude bienveillante de la partie adverse à l'égard de l'A.S.B.L. NORMAL tranche avec le traitement réservé à quatre autres artistes dont les candidatures n'ont pas été sélectionnées notamment parce qu'ils n'avaient pas produit la monographie exigée.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que, sur la seule base des informations et documents produits à l'appui de l'offre, la partie adverse n'a pu, sans méconnaître la clause du cahier spécial des charges relative à la capacité technique, ainsi que le devoir de minutie qui lui incombait dans l'examen des candidatures, décider que l'A.S.B.L. NORMAL établissait à suffisance qu'elle avait la capacité technique requise, et la sélectionner en conséquence.

En tant qu'il fait grief à la partie adverse d'avoir sélectionné l'A.S.B.L. NORMAL, le moyen doit être déclaré sérieux.

B. Quant à l'imprécision des critères d'attribution et de la méthodologie de notation

Les développements du moyen relatifs à ces griefs ne font nullement apparaître en quoi l'acte attaqué aurait violé l'un des principes ou dispositions dont le requérant invoque la méconnaissance, de sorte qu'à l'égard de ces griefs, le moyen doit être déclaré irrecevable.

C. Quant au défaut d'impartialité du comité d'experts

Il s'impose, avant tout, de constater qu'au terme d'un examen effectué dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, aucun élément n'autorise à considérer que la partie adverse aurait "manifestement agi dans le but d'avantager Monsieur MEESEN et [d']empêcher le requérant de participer à la Biennale 2015".

Bien qu'une telle intention ne puisse, au stade actuel de la procédure, être prêtée à la partie adverse, il incombe au Conseil d'Etat de vérifier si, en statuant sur la base de l'avis du comité d'experts tel qu'il a été constitué, ladite partie adverse a pu adopter un comportement attentatoire au principe d'impartialité, de sorte que le moyen pris de la violation de celui-ci devrait être déclaré sérieux.

Le principe général d'impartialité doit être appliqué à tout organe de l'administration active et ce, même s'il ne s'agit que d'un organe consultatif chargé d'éclairer l'autorité compétente par un simple avis ou une proposition de décision. Il peut être considéré qu'il en va de même à l'égard d'un jury ou d'un "comité d'experts", tel celui qui a été institué en vue de l'attribution du marché litigieux.

Il suffit qu'une apparence de partialité ait pu susciter chez le requérant un doute légitime quant à l'aptitude à aborder sa cause en toute impartialité.

Enfin, l'impartialité d'un organe collégial ne peut être mise en cause que si, d'une part, des faits précis qui font planer des soupçons de partialité sur un ou plusieurs membres de ce collège peuvent être légalement constatés et si, d'autre part, il ressort des circonstances que la partialité de ce ou de ces membres a pu influencer l'ensemble du collège.

Sans que cela soit contesté par la partie adverse dans sa note d'observations ou en termes de plaidoirie, il est soutenu par le requérant que quatre des sept membres du comité d'experts qui ont voix délibérative ont été en relation étroite, à raison de collaborations ou autres circonstances récentes, avec Vincent MEESEN, l'artiste présenté par l'A.S.B.L. NORMAL.

Il ne peut davantage être contesté qu'une telle proportion suffit, le cas échéant, à orienter un vote à majorité simple si, à défaut de consensus entre les membres bénéficiant d'une voix délibérative, il doit être recouru à un tel procédé.

Il apparaît donc que, même si elle n'est pas fermement établie au terme d'un examen effectué en extrême urgence, l'influence suggérée ne peut être exclue, de sorte que, dans les circonstances de l'espèce, le soupçon de partialité qui entoure ainsi l'appréciation portée par le comité d'experts sur les différents projets suffit à déclarer le moyen sérieux en tant que le requérant y dénonce la violation du principe d'impartialité.

VIII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse a déposé, avec le dossier administratif, un support informatique comportant tous les projets des soumissionnaires. Elle a également transmis une version "papier" des pièces qui constituent le projet de l'A.S.B.L. NORMAL.

Elle sollicite que ces projets des soumissionnaires bénéficient de la confidentialité.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision de la Communauté française du 7 avril 2014 par laquelle le marché relatif à la représentation et l'occupation du pavillon belge des Giardini à la Biennale d'art de Venise en 2015 est attribué à l'association sans but lucratif NORMAL.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les projets présentés par les soumissionnaires qui sont produits par la partie adverse demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt et un mai deux mille quatorze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.