CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.070 du 2 février 2015

G./A.214.620/VI-20.344

En cause : **la société anonyme CARMEUSE,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

la Société Publique de Gestion de l'Eau, en abrégé S.P.G.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme CARRIERES ET FOURS A CHAUX DUMONT-WAUTIER,

ayant élu domicile chez
Mes Michel DELNOY et Alexandre PIRSON, avocats,
rue Simonon, n° 13,
4000 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 2 janvier 2015, la société anonyme CARMEUSE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de:

" la décision prise le 19 décembre 2014 par le conseil d'administration de la S.P.G.E.:
- retirant sa décision du 28 novembre 2014 attribuant à CARMEUSE le marché public pour la fourniture de réactifs chimiques pour le traitement de l'eau, des boues et de l'air (lot 4);
- renonçant à passer le marché pour ce lot 4 et;
- relançant le marché au besoin suivant un autre mode.".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 janvier 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 janvier 2015 à 10 heures.

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

La société anonyme CARRIERES ET FOURS A CHAUX DUMONT-WAUTIER a, par une requête introduite le 27 janvier 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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 prescrit.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Virginie DOR et Sarah BEN MESSAOUD, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Michel DELNOY et Alexandre PIRSON, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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

III. 1. Par avis de marché publiés au Bulletin des adjudications du 10 juillet 2014 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne du 15 juillet 2014, la partie adverse a lancé un appel à la concurrence pour le marché public de fourniture de réactifs chimiques pour le traitement de l'eau, des boues et de l'air.

Le marché est divisé en onze lots, dont le lot 4 "porte sur la fourniture et la livraison de différents types de chaux utilisées pour l'hygiénisation des boues d'épuration, pour le contrôle du pH des eaux alcalines lors de la coagulation dans le

traitement de potabilisation de l'eau et pour la désulfurisation des fumées produites dans les incinérateurs".

Le mode d'attribution du marché est l'adjudication en procédure ouverte.

III. 2. Il résulte du procès-verbal d'ouverture des offres du 10 septembre 2014 que deux offres ont été déposées pour le lot 4, soit celle de la requérante et celle de la partie intervenante.

III. 3. La troisième partie du cahier spécial des charges décrit les spécifications techniques attendues des fournitures. La partie intervenante est détentrice d'un brevet correspondant à ces spécifications techniques en ce qui concerne la "Chaux hydratée - qualité technique". De son côté, la partie requérante a exposé, dans un document non daté que la partie adverse ne conteste pas avoir reçu antérieurement à la décision d'attribution, que la solution qu'elle proposait, constitue "une alternative CARMEUSE" au produit sous "patente" de la partie intervenante et que des essais concluants avaient été menés dans une usine d'incinération française.

III. 4. Le 28 novembre 2014, la partie adverse a décidé d'attribuer le lot 4 à la requérante, auteur de l'offre régulière la moins disante.

Cette décision a été notifiée à la requérante par un courrier du même jour.

III. 5. Le 5 décembre 2014, la partie intervenante écrit à la partie adverse en s'interrogeant notamment sur "la possible violation de l'un de [ses] brevets pouvant découler de la fourniture par CARMEUSE d'un produit respectant les spécifications du produit attendu telles que déterminées dans le cahier des charges correspondant".

III. 6. Le 22 décembre 2014, la partie adverse informe la requérante que son conseil d'administration a avalisé, le 19 décembre 2014, la décision de retirer sa décision du 28 novembre 2014, de renoncer à attribuer le marché pour le lot 4 et de relancer la procédure.

Il s'agit de l'acte attaqué. La motivation de cet acte se présente sous la forme d'une note au conseil d'administration, dont les passages pertinents sont ainsi rédigés :

" 1. 2. Elément neuf pour la SPGE – brevet?

Pendant [la] période de standstill, le 5 décembre 2014, la SPGE a reçu un courrier de LHOIST invoquant la possible violation d'un de ses brevets pouvant découler de la fourniture par CARMEUSE d'un produit dont les caractéristiques sont précisées dans le cahier des charges.

La SPGE n'avait pas connaissance de ce brevet ou du risque de violation d'un des brevets.

[…]

Un délai est nécessaire pour analyser et vérifier ce point. Il pourrait être nécessaire de rencontrer les entreprises. Ce qui est plus aisé en dehors de la procédure de marché.

1.3. Analyse des spécifications techniques

Suite à l'élément repris ci-dessus, il est apparu que les spécifications techniques de certains produits du lot 4 étaient trop restrictives et qu'elles étaient sans doute propre au fournisseur actuel de plusieurs adhérents, en l'occurrence Lhoist. Or, des solutions équivalentes pourraient également permettre de rencontrer les besoins des adhérents.

Ainsi, les spécifications techniques auraient pu être écrites autrement afin d'élargir la concurrence. En l'état, elles restreignent la concurrence et probablement limitent le lot à un seul fournisseur ce qui est inutilement restrictif au regard des besoins des adhérents et des impératifs de mise en concurrence.

Il convient donc de revoir ces spécifications techniques afin de tenir compte de ces éléments.

[…]

1.5. Avis

[…]

L'attribution du lot 4 en l'état présente un risque de recours pouvant bloquer la procédure. Il s'avère en outre que les spécifications de ce lot devraient être revues. Il s'indique donc d'arrêter la procédure de ce lot et de la recommencer après révision des spécifications.

L'article 35 de la loi du 15 juin 2006 prévoit que «L'accomplissement d'une procédure de marché n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou de conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode». Cette possibilité a par ailleurs été rappelée dans le cahier des charges (chaque lot étant considéré comme un marché distinct, cette possibilité s'applique à chaque lot).

Il apparaît dès lors logique au vu de ce qui précède de renoncer à conclure le marché pour le lot 4, de retirer la décision d'attribution du 28 novembre 2014 concernant le lot 4 et de relancer le marché relatif à ce lot au besoin suivant un autre mode.

Une phase de prospection avant le lancement du marché sera organisée avec pour objectifs de régler la question des brevets éventuels et de rencontrer au mieux les besoins des adhérents.

[…].".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 27 janvier 2015, la société anonyme CARRIERES ET FOURS A CHAUX DUMONT-WAUTIER, société du groupe LHOIST, a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante. Dès lors que cette société est, avec la requérante, l'une des deux sociétés ayant déposé une offre régulière pour le lot dont la décision d'attribution a été retirée par l'acte attaqué, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante soulève deux moyens dont le premier est pris:

" - de la violation du principe général selon lequel un acte créateur de droit ne peut être retiré que s'il est entaché d'illégalité, ce qui n'est pas le cas, de l'existence d'erreurs de fait, de l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (première branche) ;

- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 4 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 (seconde branche)".

Elle soutient, en substance, dans la première branche, que la partie adverse ne pouvait régulièrement retirer sa délibération du 28 novembre 2014 qu'à la condition d'établir l'illégalité de cette décision, ce que la décision attaquée ne fait nullement.

Elle indique à cet égard que la seule référence au courrier de la partie intervenante relatif à son brevet n'est pas de nature à démontrer l'illégalité de la décision du 28 novembre 2014 dès lors que "d'une part, la partie adverse savait que la requérante avait proposé un produit autre que celui de Lhoist, de manière telle qu'aucune violation de ce brevet n'était à craindre" et que "d'autre part, la partie adverse ne tranche pas cette question, mais au contraire souhaite s'accorder un délai supplémentaire pour statuer".

Elle ajoute que la mention du caractère restrictif des prescriptions techniques restreignant inutilement la concurrence et limitant le lot à un seul

fournisseur ne démontre pas davantage l'illégalité de la décision retirée. Elle explique, en effet, que "l'offre de CARMEUSE relative à la chaux hydratée de qualité technique, quoique portant sur un produit légèrement différent de celui renseigné dans les prescriptions techniques du cahier spécial des charges, a été jugée régulière par la partie adverse. Il est donc constant qu'une solution équivalente existe et a été admise comme telle par la partie adverse".

La partie requérante précise encore que "dans la mesure où seul un des dix produits listés pour le lot 4 est couvert par un brevet LHOIST et où, pour le produit concerné, CARMEUSE a pu valablement proposer une solution de substitution, la nécessité de revoir les prescriptions techniques n'est pas administrée".

Dans la seconde branche du moyen, la partie requérante reproche, en substance, à l'acte attaqué de ne pas satisfaire aux exigences relatives à la motivation formelle des actes administratifs. Pour les raisons exposées dans la première branche du moyen, elle considère qu'"aucun des motifs de la décision attaquée n'établit adéquatement l'illégalité de la décision du 28 novembre 2014". Elle ajoute que cette motivation "est en outre entachée de contradiction, lorsqu'elle évoque le fait, inexact, que les prescriptions techniques aboutissent à limiter à un seul candidat l'accès au lot 4".

B. Note d'observations

La partie adverse observe que l'acte attaqué n'est pas fondé sur la théorie du retrait d'acte mais bien sur les articles 35 et 36 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui autorisent le pouvoir adjudicateur à "renoncer à la poursuite de la procédure avant l'attribution du marché mais également après l'adoption de la décision d'attribution en renonçant à la conclusion du contrat, comme le prévoit expressément l'article 35 qui vise non seulement l'attribution du marché mais aussi sa conclusion". Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation et que seule une erreur manifeste d'appréciation pourrait être sanctionnée. Or, elle considère qu'en l'espèce aucune erreur d'appréciation ne peut lui être reprochée. Elle fait, en particulier, valoir qu'en cas de recours, la partie intervenante aurait pu démontrer que soit l'offre de la requérante violait son brevet, soit elle ne correspondait pas aux prescriptions techniques du cahier des charges et qu'en conséquence, "la solution la plus prudente consistait à faire usage de la faculté offerte par l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 et de renoncer à la conclusion du contrat pour ce lot".

La partie adverse expose encore que le Conseil d'Etat déduit de la nature législative de la théorie du retrait "qu'un texte législatif particulier peut […] autoriser

le retrait d'acte dans des conditions différentes que celles mises en avant dans [cette] théorie". Tel serait, selon elle, le cas de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 précitée, en vertu duquel elle pouvait renoncer à l'attribution du marché pour des motifs indépendants du caractère régulier de l'acte retiré.

Elle estime donc que l'acte attaqué n'a pas violé les dispositions et principes visés à l'appui du moyen.

C. Requête en intervention

La partie intervenante reprend, en substance une argumentation similaire à celle de la partie adverse. Elle ajoute qu'"il serait paradoxal que l'application de la théorie du retrait à la décision en cause puisse aboutir, comme le sous-tend le raisonnement de la requérante, à ce que la partie adverse doive attendre l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat par l'intervenante pour disposer d'un motif valable de renonciation à attribuer le marché". Elle considère, au contraire, "que la partie adverse peut, ayant connaissance d'un élément susceptible d'affecter la régularité de sa décision d'attribution, décider d'y renoncer au terme d'une appréciation de ce risque et ce, avant l'introduction d'un tel recours devant le Conseil d'Etat".

La partie intervenante explique que les motifs de la décision attaquée sont exacts et pertinents, qu'il existait "un doute légitime" sur la violation de son brevet, de même qu'un risque de recours juridictionnel et que la partie adverse devait "nécessairement et légitimement s'interroger sur le caractère adéquat du cahier des charges au vu de l'existence d'un brevet" dont elle n'avait pas connaissance au moment de la rédaction de ce cahier des charges. Elle précise encore que "la requérante était parfaitement en mesure de comprendre les motifs de l'acte attaqué, si bien que la partie adverse n'a pas violé son obligation de motivation formelle.

V. 2. Décision du conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

L'acte attaqué s'appuie expressément sur 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.

Cette disposition se lit comme suit :

" 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.".

Il ressort de la formulation de cette disposition que le législateur a explicitement prévu la possibilité de mettre fin à une procédure d'adjudication non seulement avant l'attribution du marché, mais également entre celle-ci et la conclusion du contrat. Le législateur n'a pas conditionné la mise en œuvre de cette faculté au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou à la régularité des phases antérieures de la procédure et n'a pas opéré de distinction à cet égard entre la décision de ne pas attribuer ou celle de ne pas conclure le marché.

La possibilité de ne pas conclure un marché, tout comme celle de "refaire la procédure", alors même qu'une décision d'attribution a déjà été prise, implique nécessairement la possibilité de retirer cette décision dans les mêmes conditions. Le législateur a donc, dans cette hypothèse très spécifique, créé un régime particulier de possibilité de retirer la décision d'attribution alors même qu'elle ne serait pas entachée d'irrégularité.

Tant que le marché n'était pas conclu, la partie adverse pouvait donc valablement décider de relancer le marché et de retirer la décision d'attribution sans avoir à établir l'illégalité de celle-ci.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

La possibilité offerte par la loi au pouvoir adjudicateur de ne pas attribuer ou conclure un marché ne l'exempte pas de son obligation de motiver sa décision. A cet égard, l'exposé des motifs de la loi du 15 juin 2006 précitée précise que :

" Il faut en outre rappeler qu'il y a une obligation de motiver une telle décision. 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."

En l'espèce, la note du 19 décembre 2014 servant de motivation à l'acte attaqué avance comme premier motif pour lequel "il s'indique donc d'arrêter la procédure de ce lot" un risque de recours pouvant bloquer la procédure. Le second motif tient à la nécessité de revoir les spécifications techniques de ce lot.

Le risque de faire l'objet d'une contestation et, partant, d'un recours juridictionnel est une conséquence découlant directement des voies de recours

ouvertes par la loi contre les actes de l'autorité. Evoquer un tel risque relève donc de la tautologie et ne peut, en soi, suffire à motiver une décision.

En l'occurrence, le risque de recours dont il est fait mention semble lié à l'existence d'un courrier de la partie intervenante invoquant "la possible violation d'un de ses brevets". Ni ce courrier, ni l'acte attaqué n'affirment cependant que le brevet aurait été violé ou que des indices sérieux existeraient en ce sens. Il s'agit donc d'une pure supputation formulée par un soumissionnaire évincé, qu'aucun élément matériel ne vient appuyer. La simple référence à une telle supputation ne constitue nullement une motivation suffisante.

L'acte attaqué apparaît, en outre, entaché d'une erreur en ce qu'il énonce que la partie adverse n'avait pas connaissance du brevet détenu par le groupe LHOIST. En effet, il ressort des faits de la cause que la partie requérante lui a écrit, avant l'attribution du marché, que les spécifications techniques du cahier des charges correspondent à un produit sous brevet ("patente") détenu par la partie intervenante et que le produit qu'elle propose correspond à une alternative offrant des résultats comparables. La partie adverse ne pouvait donc valablement motiver sa décision en arguant de son ignorance d'un fait que la partie requérante avait, en réalité, porté à sa connaissance *in tempore non suspecto*.

En ce qui concerne le second motif justifiant le retrait, à savoir la nécessité de revoir les spécifications techniques, l'acte attaqué indique que celles-ci "étaient sans doute propre au fournisseur actuel de plusieurs adhérents, en l'occurrence LHOIST" et qu'elles "restreignent la concurrence et probablement limitent le lot à un seul fournisseur". Cette affirmation est contredite par les faits de la cause, puisque non seulement deux offres ont été déclarées régulières, mais encore que le marché a été attribué à la société qui proposait une alternative au produit sous brevet du groupe LHOIST. Ce motif de l'acte attaqué est, par conséquent, dénué de pertinence.

La partie adverse semble, par ailleurs, indiquer dans sa note d'observations qu'elle n'aurait eu d'autre choix que de retirer la décision d'attribution dès lors que si l'offre de la requérante ne violait pas le brevet du groupe LHOIST, alors elle était nécessairement irrégulière, n'étant pas conforme aux spécifications techniques du cahier des charges. Outre que cette motivation n'apparaît nulle part dans l'acte attaqué, elle procède, en toute hypothèse, d'une lecture erronée de la réglementation applicable ou d'une méconnaissance des faits de la cause. En effet, l'article 7, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques exclut qu'un pouvoir adjudicateur puisse "rejeter une offre au motif que les produits et services offerts sont non conformes aux

spécifications auxquelles il a fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences des spécifications techniques". En l'espèce, ainsi que cela a déjà été relevé, la partie requérante avait informé la partie adverse que la solution qu'elle proposait constituait une alternative offrant des résultats équivalents aux exigences des spécifications techniques. Il y a donc lieu de présumer que c'est en connaissance de cause que la partie adverse s'est satisfaite des explications de la requérante et a conclu à la régularité de son offre.

La motivation de l'acte attaqué est, par conséquent, insuffisante en son premier motif et inadéquate pour le surplus.

Le premier moyen est sérieux en sa seconde branche.

Il n'y a, par conséquent, pas lieu d'examiner le second moyen.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'indique aucune raison permettant de conclure que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

La partie intervenante estime pour sa part que l'intérêt général serait préjudicié par la suspension de la décision attaquée dans la mesure où celle-ci empêcherait le pouvoir adjudicateur de relancer dès que possible la procédure de mise en concurrence et d'adopter au plus vite une décision d'attribution.

La décision attaquée a eu, en l'espèce, pour effet d'empêcher la conclusion d'un marché destiné à la fourniture de matériaux nécessaires au fonctionnement des installations des adhérents au contrat-cadre de la partie adverse. En maintenir les effets malgré son apparente illégalité n'entraînerait donc aucune conséquence positive pour ces derniers. A l'opposé, la suspension n'entraînera aucune conséquence négative pour eux, puisque l'autorité adjudicatrice peut soit conclure le marché avec la requérante, comme elle l'avait initialement décidé, soit reprendre une nouvelle décision respectueuse des règles de droit et relancer la procédure, comme sa décision du 19 décembre 2014 en exprimait l'intention.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie requérante souhaite garder la confidentialité des pièces 1 à 4 de la farde "B" des annexes à sa requête et indique que son offre présente un caractère confidentiel. La partie adverse demande le traitement confidentiel tant de l'offre de la requérante que de la partie intervenante.

Il y a lieu de prononcer la confidentialité de ces deux offres, ainsi que des pièces 1 à 4 de la farde "B" des annexes à la requête en suspension.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme CARRIERES ET FOURS A CHAUX DUMONT-WAUTIER dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 19 décembre 2014 par le conseil d'administration de la Société Publique de Gestion de l'Eau de retirer la décision du 28 novembre 2014 attribuant à la société anonyme CARMEUSE le lot 4 du marché public pour la fourniture de réactifs chimiques pour le traitement de l'eau, des boues et de l'air, de renoncer à conclure le marché pour ce lot 4 et de relancer le marché au besoin suivant un autre mode.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1 à 4 de la farde "B" des annexes à la requête en suspension ainsi que les offres des sociétés anonyme CARMEUSE et CARRIERES ET FOURS A CHAUX DUMONT-WAUTIER, société du groupe LHOIST, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le deux février deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Serge BODART.