

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.509 du 19 janvier 2016

G./A.217.927/VI-20.675

En cause : **la société anonyme AXA BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Peter TEERLINCK et
Louise GALOT, avocats,
avenue de l'Yser, n° 19,
1040 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public BPOST.

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER,
Michèle BELMESSIERI et
Magali HEINE, avocats,
avenue Louise, n° 99,
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 23 décembre 2015, la société anonyme AXA BELGIUM sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " la décision de bpost du 10 décembre 2015 (inexactement datée du 10 novembre 2015 en ce qui concerne la décision en français) par laquelle la partie adverse a décidé de retirer la décision d'attribution du 19 novembre 2015 par laquelle elle avait attribué le lot 1 du marché public de services n° 2015-1-017 relatif à l'assurance des véhicules à usage postal et véhicules de personnes à Ethias SA".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 décembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 janvier 2016 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 prescrit.

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.

Mes Peter TEERLINCK et Louis GALOT, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Mes Michèle BELMESSIERI et Magali HEINE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue 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. La partie adverse a initié un marché public de services intitulé "Insurance Fleet" sur la base d'un cahier spécial des charges référencé "2015-1-017". Le mode de passation retenu est la procédure négociée avec publicité.

III. 2. Ce marché a fait l'objet d'une double publicité, au Bulletin des adjudications, le 17 mars 2015, et dans le Supplément au Journal officiel de l'union européenne, le 21 mars 2015.

III. 3. Un avis rectificatif a été publié le 23 mars 2015 au Bulletin des adjudications et le 26 mars 2015 dans le Supplément au Journal officiel de l'union européenne.

III. 4. Ce marché est décrit comme suit dans les avis publiés:

" Le contrat d'assurance pour la flotte de véhicules de Bpost arrivant à échéance au 31.12.2015, Bpost est à la recherche de candidats qui pourront offrir la meilleure solution en matière de couverture et/ou gestion de sinistres pour sa flotte.
Ce marché comprendra deux lots distincts
- Les véhicules opérationnels (les camions, camionnettes, minibus motocyclettes). La flotte de véhicules utilitaires est estimée à 9400 véhicules.
- Les véhicules de société, cette flotte est estimée à 1700 véhicules.
[...]".

III. 5. Aux termes de la première décision d'attribution prise dans le cadre du présent marché, cinq offres, dont celle de la requérante, ont été déposées le 13 juillet 2015, pour le lot 1:

- " ● Allianz Benelux NV, Lakensestraat 35, 1000 Bruxelles,
- Ethias SA, Rue Des Croisiers 24, 4000 Liège,
- Axa Belgium SA, BLD Du Souverain 25, 1170 Bruxelles,
- Verzekeringskantoor Van Dessel NV, Misstraat 112, 2590 Berlaar,
- Marsh SA, Avenue Herrmann-Debroux 2, 1160 Bruxelles".

En ce qui concerne le lot 2, les six offres suivantes ont été déposées:

- " ● Allianz Benelux NV, Lakensestraat 35, 1000 Bruxelles
- Ethias SA, Rue Des Croisiers 24, 4000 Liège
- Verzekeringskantoor Van Dessel NV, Misstraat 112, 2590 Berlaar
- Marsh SA, Avenue Herrmann-Debroux 2, 1160 Bruxelles
- Athlon Car Lease NV, Peutiesesteeweg 115, 1830 Machelen".

Il apparaît ainsi que la requérante n'a pas déposé d'offre pour le lot 2.

III. 6. Par une décision du 19 novembre 2015, la partie adverse décide d'attribuer les lots 1 et 2 à la société anonyme ETHIAS.

Cette décision a été querellée par la requérante, dans le cadre d'un recours enrôlé sous le n° G./A.217.724/VI-20.658, ainsi que par la société anonyme MARSH, dans le cadre d'un recours enrôlé sous le n° G./A.217.734/VI-20.661. Ces deux recours sont actuellement pendants.

III. 7. Le 10 décembre 2015, la partie adverse décide de retirer la décision d'attribution du 19 novembre 2015.

Cette décision, qui a été notifiée à la requérante et à l'ensemble des soumissionnaires par des courriers du 11 décembre 2015, est libellée comme suit:

" Décision de retrait

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;

Vu le cahier spécial des charges «pour attribution du marché relatif à la couverture

d'assurance des véhicules à usage postal et des véhicules de personnes, n° 2015-1-017»;

Vu la demande de suspension en extrême urgence introduite par la société anonyme AXA Belgium devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat le 3 décembre 2015, à l'encontre de la décision de bpost d'attribuer le lot 1 du marché de services relatif à la couverture d'assurances de véhicules à usage postal et des véhicules de personnes à la société anonyme ETHIAS;

Vu la demande de suspension en extrême urgence introduite par la société anonyme MARSH devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat le 4 décembre 2015, à l'encontre de la décision de bpost d'attribuer le lot 1 et le lot 2 du marché de services relatif à la couverture d'assurances de véhicules à usage postal et des véhicules de personnes à la société anonyme ETHIAS;

Considérant qu'aux termes de ses requêtes, les sociétés AXA et MARSH invoquent un moyen relatif à l'absence de motivation formelle adéquate de la décision d'attribution du marché; que ces moyens relatifs à la motivation formelle de la décision d'attribution du marché semblent sérieux;

Qu'il y a donc lieu d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché mieux motivée en la forme;

Que, pour ce faire, il y a lieu de retirer au préalable la décision d'attribution du marché du 19 novembre 2015;

DECIDONS :

Article 1^{er}.

La décision de bpost du 19 novembre 2015 par laquelle le lot 1 et le lot 2 du marché de services relatif à la couverture d'assurances de véhicules à usage postal et des véhicules de personnes sont attribués à la société ETHIAS est retirée.

Article 2

La présente décision sera notifiée à tous les soumissionnaires ayant remis offre dans le cadre de la procédure de marché public en cause".

Cette décision de retrait est querellée par le présent recours, ainsi que par un recours introduit par la société anonyme Marsh, et rejeté par l'arrêt n° 233.508 du 19 janvier 2016.

III. 8. Par une décision du 22 décembre 2015, la partie adverse décide d'attribuer le lot 1 à la société anonyme ETHIAS. Cette nouvelle décision d'attribution est querellée par la requérante et par la société anonyme MARSH, recours respectivement enrôlés sous les n^{os} G./A.218.015/VI-20.685 et G./A.218.028/VI-20.687.

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante justifie son intérêt au présent recours dans les termes suivants:

" 14. La requérante a été sélectionnée et a déposé des offres régulières pour le marché public en question.

15. Suite aux requêtes en suspension d'extrême urgence de la requérante et du soumissionnaire Marsh, bpost a décidé le 10 décembre 2015 de retirer la décision d'attribution du 19 novembre 2015.

Il ressort pourtant de l'acte attaqué que la partie adverse prendra une nouvelle décision d'attribution sur la base de la procédure d'adjudication en cours, mais mieux motivée formellement.

Il ressort donc de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas pris en compte le deuxième moyen développé par la requérante dans sa requête en suspension d'extrême urgence du 3 décembre 2015 contre la décision d'attribution du 19 novembre 2015.

Ce deuxième moyen concernait l'illégalité de la clause de durée prévue dans le cahier spécial des charges.

Si ce moyen avait été retenu dans l'acte attaqué, la partie adverse n'aurait pas pu décider de prendre une nouvelle décision sur la base du même dossier administratif, mais elle aurait dû décider de lancer une nouvelle procédure d'adjudication. En effet, le moyen a pour conséquence que la procédure d'adjudication est entachée d'une illégalité affectant de manière irréparable la procédure d'adjudication.

Dans la mesure où ce deuxième moyen n'a pas été retenu, et que la partie adverse a décidé de prendre une nouvelle décision sur la base du même dossier administratif, la requérante a intérêt à attaquer la décision de retrait.

Dans le cadre d'une nouvelle procédure d'adjudication, la requérante aura une chance d'obtenir le marché, ce qui suffit comme intérêt dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics.

Le même raisonnement est applicable pour le nouveau moyen que la requérante développe dans la présente requête comme deuxième moyen.

16. Le fait que la requérante n'a été classée que troisième ne change en rien le fait qu'elle a intérêt à introduire un recours qui peut mener à une nouvelle procédure d'adjudication sur la base d'une illégalité du cahier spécial des charges.

17. Les irrégularités que le soumissionnaire invoque relativement à une prescription du cahier spécial des charges peuvent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation. Cela a encore été décidé dans le cadre d'un moyen comparable dans l'affaire n° 229.723 du 6 janvier 2015.

18. La requérante peut dès lors encore formuler utilement ses critiques de légalité à l'encontre du cahier spécial des charges dans la présente procédure.

19. Il découle de ce qui précède que la requérante a un intérêt à introduire la présente requête.

20. Enfin, la requérante observe qu'en tout état de cause, les deux moyens invoqués sont des moyens d'ordre public que le Conseil d'Etat devrait donc soulever d'office".

B. Note d'observations

Pour contester l'intérêt de la requérante à son recours, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

" (i) Généralités

17. Conformément à l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, les recours en annulation – et *a fortiori* les recours en annulation assortis d'une demande en suspension et les recours en suspension d'extrême urgence – peuvent être portés devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt.

Cela suppose que la partie requérante soit lésée et que ce préjudice soit personnel, direct, certain et actuel. A cela s'ajoute qu'il est exigé que le prononcé de l'annulation de l'acte attaqué procure un avantage direct à la partie requérante.

Le caractère direct de l'intérêt signifie qu'il doit exister un lien direct entre le préjudice subi par le requérant d'une part et la décision attaquée, d'autre part. Il est donc incontestable que l'intérêt de la partie requérante n'est pas direct si le préjudice qu'elle prétend subir résulte d'une décision autre que de la décision attaquée.

Pour que l'intérêt d'une partie requérante soit actuel, celui-ci doit exister dès le moment de l'introduction du recours et continuer d'exister jusqu'au prononcé de la décision, en sorte que la partie requérante doit pouvoir démontrer à ce moment-là que l'annulation – et *a fortiori* la suspension – peut lui procurer un avantage tangible.

18. En l'espèce, 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» est d'application. Conformément à l'article 14 de cette loi, toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée peut demander l'annulation des décisions prises par les autorités adjudicatrices. En vertu de l'article 15, alinéa 1^{er}, de cette loi, la suspension peut être prononcée «dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14», en ce compris donc les conditions relatives à l'intérêt au recours.

19. Il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil que l'intérêt essentiel en cas de recours contre des décisions en lien avec les marchés publics réside dans le fait que la partie requérante entend se voir attribuer le marché.

(ii) Application *in concreto*

A. La partie requérante n'est nullement désavantagée par l'acte attaqué

20. La décision de retrait ne porte pas le moindre préjudice à la partie requérante. Au contraire, le retrait de la décision du 19 novembre 2015 qui attribuait le marché à un autre soumissionnaire que la requérante procurait à cette dernière une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. Ce retrait a en effet permis une nouvelle appréciation des offres et une révision des notes initialement attribuées.

21. Ce retrait aboutit d'ailleurs exactement à la même conséquence que celle à laquelle aurait mené un arrêt de suspension et d'annulation du Conseil d'Etat de la décision d'attribution du 19 novembre 2015, à savoir une nouvelle chance pour les requérants de se voir attribuer le marché. L'effet d'un retrait ou d'un tel arrêt est parfaitement identique.

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est considéré qu'un requérant ne peut demander la suspension de la décision de retirer un acte dont il poursuit l'annulation.

Il a en effet été jugé que :

«Considérant que la requérante est sans intérêt à critiquer le retrait d'une décision dont elle poursuit l'annulation, dès lors que ce retrait, qui produit les mêmes effets que l'annulation, est décidé en raison de l'illégalité de ladite décision et que ni son objet, ni ses motifs, ni ses modalités, ne lui font grief» [...].

Force est donc de constater que la partie requérante, qui a introduit un recours en suspension et en annulation à l'encontre de la décision d'attribution du 19 novembre 2015, n'a donc aucun intérêt à attaquer le retrait de cette décision.

22. Il découle de ce qui précède que non seulement la décision de retrait ne cause aucun préjudice à la partie requérante mais qu'en outre elle lui est favorable puisqu'elle lui a donné une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. La partie requérante ne dispose donc pas de l'intérêt requis pour en demander la suspension.

23. Pour autant que de besoin, la partie adverse précise que le fait qu'elle ait adopté une nouvelle décision d'attribution le 22 décembre 2015 attribuant le lot 1 du marché à ETHIAS et non à la partie requérante n'a aucune incidence sur ce qui précède. La décision de retrait offrait effectivement une chance à la partie requérante de se voir attribuer le marché, indépendamment du choix d'un autre attributaire dans la nouvelle décision d'attribution qui remplace la décision d'attribution retirée.

La nouvelle décision d'attribution du 22 décembre 2015 constitue un acte administratif entièrement distinct de la décision de retrait attaquée.

Il appartient donc à la partie requérante, si elle le souhaite, d'attaquer la décision du 22 décembre 2015 pour en contester la légalité, dans le cadre d'un recours entièrement distinct du présent.

Il n'appartient en effet pas au Conseil d'Etat d'examiner la légalité de la décision d'attribution 22 décembre 2015, ni de celle du 19 novembre 2015 visée en l'espèce dans les moyens de la partie requérante, par le biais d'un recours à l'encontre de la décision de retrait de la première décision d'attribution. La décision de retrait est, encore une fois, un acte administratif, entièrement distinct de la décision d'attribution.

B. L'intérêt de la partie requérante n'est pas direct en ce que le préjudice qu'elle prétend subir ne découle pas de l'acte attaqué

24. L'acte attaqué peut certes être considéré comme étant en lien avec le marché visé par le cahier spécial des charges mais il n'est, à l'inverse de la décision d'attribution du 19 novembre 2015 et de celle du 22 décembre 2015, pas basé sur le cahier spécial des charges. Il s'agit d'une décision autonome dans laquelle il n'est pas fait application des dispositions du cahier spécial des charges. La jurisprudence Labornorm de Votre Conseil à laquelle renvoie la partie requérante (p. 9 de la requête) n'est donc pas pertinente en l'espèce.

Ainsi, il convient de conclure qu'il n'existe aucun lien entre le prétendu préjudice de la partie requérante d'une part et l'acte attaqué d'autre part.

Il y a en effet lieu de constater que les moyens invoqués par la partie requérante ne sont pas dirigés contre l'acte attaqué. Par conséquent, la requête en suspension doit être déclarée irrecevable.

En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que :

«Il s'ensuit que l'attributaire d'un marché a, en principe, intérêt à poursuivre l'annulation et donc aussi la suspension de l'exécution de la décision de retrait de l'attribution dont il bénéficie.

Toutefois, aucun moyen de la requête n'est, à l'examen, dirigé contre la décision du collège communal de retirer sa délibération du 3 avril 2012 attribuant le marché portant sur la rénovation de la piscine Saint-Servais à la société momentanée JAMAR-THERET. Par conséquent, la demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle vise cette décision» [...].

En l'espèce, les deux moyens invoqués dans la requête de la partie requérante concernent (i) l'absence de motivation de la durée du marché et (ii) l'absence d'indication de la méthode d'évaluation du critère relatif au prix. Ils sont exclusivement dirigés contre la décision d'attribution du 19 novembre 2015 et, donc, étrangers à la décision de retrait visée dans la requête comme étant le seul acte attaqué. Il y a donc lieu de déclarer la requête irrecevable.

25. Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, le recours est irrecevable".

C. Plaidoiries

A l'audience du 12 janvier 2016, la requérante a estimé que n'était pas exacte la thèse de la partie adverse selon laquelle le retrait d'une décision emporte les mêmes conséquences que son annulation ou la suspension de son exécution, et ce dès lors qu'en l'espèce, le moyen critiquant la durée de la période couverte par le marché doit nécessairement amener à conclure à l'illégalité de toute la procédure. Elle a soutenu, par ailleurs, que l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat le 21 mars 2012 et cité par la partie adverse n'était pas pertinent en la cause actuellement débattue car les motifs du retrait ne causaient pas grief à la requérante en l'affaire qui avait donné lieu à cet arrêt. Elle a enfin déclaré que son recours devait s'analyser comme étant également dirigé contre la décision implicite de la partie adverse de procéder à nouveau à l'attribution du marché, sans en reprendre la procédure de passation *ab initio*.

Toujours en termes de plaidoiries, la partie adverse a, quant à elle, fait valoir que le retrait contesté ne causait aucun grief à la requérante puisque celle-ci n'était pas l'attributaire du marché, mais qu'il lui était, au contraire, favorable, dès lors qu'il lui procure une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. Elle a également soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'avoir égard au caractère d'ordre public reconnu aux deux moyens par la requérante, puisqu'il s'impose d'examiner l'intérêt au recours, avant de se prononcer sur l'intérêt au moyen, faute de quoi sont inversées les étapes du contrôle de la recevabilité. Elle est, enfin, revenue sur la déclaration de la requérante selon laquelle la demande de suspension examinée en l'espèce portait sur la décision implicite d'attribuer à nouveau le marché, pour considérer qu'une telle déclaration revenait à étendre l'objet du recours tel qu'il avait été décrit en termes de requête.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le retrait, par l'acte attaqué, de la décision d'attribution du marché litigieux a eu pour effet de donner à la requérante une nouvelle chance d'obtenir le lot dudit marché pour lequel elle avait soumissionné, ce à quoi tendait précisément le recours précédemment introduit contre la décision désormais retirée. Pour cette raison, ce retrait ne fait pas grief à la requérante, quels que soient les motifs sur lesquels il repose. La requérante ne justifie donc pas de l'intérêt requis pour diriger le présent recours contre la décision de retrait.

Il est, en toute hypothèse, indifférent, dans l'appréciation de l'intérêt au recours, que la requérante invoque, à l'appui de celui-ci, des moyens revêtant, à ses yeux, un caractère d'ordre public.

Par ailleurs, à supposer que la requête puisse, au vu de ses développements, être interprétée comme ayant également pour objet une décision implicite de poursuivre l'attribution du marché, également prise le 10 décembre 2015, il s'impose de relever que, décidé au motif que la motivation formelle de la décision d'attribution du marché était déficiente, le retrait a impliqué que la partie adverse dût procéder à un réexamen du dossier, de l'issue duquel elle n'a pu préjuger à l'occasion de sa délibération du 10 décembre 2015. Il ne peut davantage être déduit de la mention "qu'il y a donc lieu d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché mieux motivée en la forme" que la partie adverse aurait, à l'occasion de cette même délibération, implicitement décidé de poursuivre l'attribution du marché. La possibilité non seulement de soumettre les offres à une nouvelle appréciation, mais également de renoncer à l'attribution du marché et, le cas échéant, de recommencer une nouvelle procédure ne pouvait, en effet, être exclue à ce stade. Il s'ensuit qu'en

tant qu'elle est dirigée contre ce que la requérante tient pour être cette décision implicite, la demande est sans objet.

Pour ces motifs, la demande, qui est irrecevable, doit être rejetée.

V. CONFIDENTIALITE

La requérante souhaite garder la confidentialité des pièces A.4 et A.5 produites à l'appui de sa requête, lesquelles pièces sont les offres qu'elle a successivement déposées les 13 juillet et 29 septembre 2015.

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.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 12 janvier 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces A.4 et A.5 des annexes à la requête sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

Article 3.

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 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf janvier deux mille seize par :

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.