

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.356 du 7 novembre 2016
G./A.209.347/VI-20.006

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

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

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
VIVALIA,**

ayant élu domicile chez
Mes Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 août 2013, la société anonyme SERVITEX demande l'annulation de "la décision prise le 25 juin 2013 par le conseil d'administration de VIVALIA. Le recours est partiel en ce qu'il ne porte pas sur la décision de retrait mais sur la décision de renoncer à la procédure initiée en septembre 2012 et de recommencer une nouvelle procédure d'attribution du marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 235.306 du 30 juin 2016 a rouvert les débats.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 30 septembre 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 26 octobre 2016.

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

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Jean LAURENT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, 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

Les faits de la cause sont résumés comme suit dans l'arrêt n° 235.306 du 30 juin 2016, qui a ordonné la réouverture des débats :

" III. 1. En septembre 2012, la partie adverse a lancé un appel à la concurrence pour le marché public de services relatifs à la "location entretien de vêtements de travail et linge plat de ses différentes entités". La procédure retenue est celle de l'appel d'offres général.

III. 2. Lors de sa délibération du 26 mars 2013, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer le lot n° 1 du marché à la société VANGUARD STERIMA et d'attribuer les lots n^{os} 2 et 3 à la requérante.

III. 3. Saisi d'une requête en suspension d'extrême urgence par la requérante, le Conseil d'État a suspendu, par son arrêt n° 223.916 du 14 juin 2013, l'exécution de cette décision en ce qu'elle attribuait le lot n° 1 à la société VANGUARD STERIMA.

III. 4. Lors de la délibération de son conseil d'administration du 25 juin 2013, la partie adverse a décidé de retirer, pour le tout, sa délibération du 26 mars 2013 et de recommencer la procédure.

Il s'agit de l'acte dont l'annulation partielle est demandée.

Par un arrêt n° 224.430 du 31 juillet 2013, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension partielle introduite par la requérante à l'encontre de la décision du 25 juin 2013.

III. 5. Par un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 25 octobre 2013 et au supplément du Journal officiel de l'Union européenne du 30 octobre 2013, la partie adverse a lancé un nouvel appel à la concurrence pour le marché

public de services relatifs à la "location entretien relatif aux vêtements de travail et linge plat des différentes institutions de VIVALIA", marché à attribuer par appel d'offres en procédure ouverte.

La partie requérante a remis une offre tout comme la société CLEAN LEASE FORTEX.

Le 25 mars 2014, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société CLEAN LEASE FORTEX.

Le 3 mars 2016, l'arrêt n° 234.022 du Conseil d'Etat annule cette décision attribuant le marché à la société CLEAN LEASE FORTEX".

IV. PREMIERE BRANCHE DU PREMIER MOYEN ET DEUXIEME MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen dont la première branche invoque la violation du principe général selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ainsi que l'absence de tels motifs. Dans un deuxième moyen, elle allègue la violation des articles 65/4, 65/5, et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

A propos de la première branche du premier moyen, la partie requérante expose que la partie adverse, après avoir procédé au retrait de la décision du 26 mars 2013, pouvait procéder à la réfection de l'acte et statuer à nouveau ou mettre fin au marché et relancer une nouvelle procédure. Elle constate que la partie adverse a décidé de recommencer un nouveau marché et fait valoir que comme tout acte administratif, cette décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. Elle estime qu'aucun motif spécifique aux décisions attaquées n'est proposé par la partie adverse et que, dans sa note d'observations dans la procédure d'extrême urgence, la partie adverse se livre à différentes affirmations qui ne portent que sur la question du retrait de la décision d'attribution, retrait non contesté. Elle explique que les illégalités mentionnées justifiant le retrait n'imposaient pas de relancer une nouvelle procédure et qu'il n'y avait aucun motif exact, pertinent et admissible permettant de renoncer à la procédure d'attribution.

Dans le deuxième moyen, la partie requérante expose que les dispositions pertinentes de loi du 24 décembre 1993 précitée imposent à l'autorité adjudicatrice

d'établir une décision motivée lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché. Elle ajoute que la décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision, les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie, que la loi du 29 juillet 1991 ajoute que la motivation doit reposer sur des motifs de fait et de droit et qu'elle doit être adéquate. Elle considère qu'en ce qu'elle porte sur la décision de recommencer la procédure d'attribution, ce qui implique la décision de renoncer à la passation du marché, la délibération du conseil d'administration est dépourvue de toute motivation, les seuls motifs exprimés concernant le retrait. Or, selon elle, la motivation du retrait ne porte pas sur la décision de renoncer au marché et de recommencer une nouvelle procédure. En effet, en raison du retrait, la partie adverse s'est retrouvée fictivement la veille du jour de l'acte retiré et devait encore décider du sort de la procédure en cours, soit en reprenant une décision d'attribution, soit en décidant de mettre fin à la procédure en y renonçant pour des motifs exacts, pertinents et admissibles. Elle constate qu'aucun des motifs du retrait n'était de nature à justifier qu'il soit renoncé à la procédure en cours et que le choix de la partie adverse était, par conséquent, ouvert. Elle fait valoir que la motivation de la décision de retrait ne peut être adéquate pour justifier l'abandon de la procédure en telle sorte que la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen.

B. Mémoire en réponse

A propos de la première branche du premier moyen, la partie adverse répond qu'un pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de passer le marché et encore moins d'attribuer le marché au soumissionnaire irrégulièrement écarté pour l'attribution d'un lot. Elle rappelle que l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit que l'accomplissement d'une procédure d'adjudication n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché et que le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à le passer, soit refaire la procédure, au besoin en suivant un autre mode d'attribution. Dans la mesure où la loi n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à passer le marché et lui laisse, par ailleurs, la faculté d'y renoncer ou de le refaire, il est par conséquent évident, selon elle, que suite à un arrêt de suspension — duquel le pouvoir adjudicateur doit tirer toutes les conséquences — ce dernier conserve la faculté de retirer l'acte administratif portant la décision d'attribution, pour autant bien sûr que les conditions de la théorie générale du retrait d'acte soient réunies. Elle ajoute qu'aucune obligation d'attribuer le marché au soumissionnaire irrégulièrement évincé ne pèse sur le pouvoir adjudicateur. Elle relève, par ailleurs, que dans son arrêt n° 224.430 du 31 juillet 2013, le Conseil d'Etat fait sien le point de vue de l'autorité adjudicatrice et

estime qu'une autorité administrative peut toujours retirer un acte qu'elle a adopté lorsque celui-ci est créateur de droit et dans le délai de saisine du Conseil d'Etat lorsque celui-ci est attaqué. Elle expose que le droit de la passation des marchés publics ne fait pas exception à la théorie générale du retrait d'acte qui est d'ordre public et que le pouvoir adjudicateur, qui voit sa décision d'attribution suspendue par le Conseil d'Etat, a la faculté de retirer l'acte administratif suspendu. En l'espèce, elle note que la suspension met en exergue une ou plusieurs irrégularités qui affectent la décision d'attribution et qu'elle pouvait donc retirer la décision d'attribution tant que le délai de soixante jours n'était pas écoulé. Elle estime que, conformément au droit commun des principes généraux qui régissent le droit administratif, cette décision de retrait ne devait pas être justifiée par des circonstances exceptionnelles mais bien par les conditions intrinsèques d'application de cette théorie. Elle considère qu'un pouvoir adjudicateur est fondé à renoncer à passer l'entièreté d'un marché pour autant qu'une motivation pertinente et adéquate soit invoquée, à la lumière des griefs d'illégalité contenus dans l'arrêt de suspension. Selon elle, aucune disposition légale du droit de la passation des marchés publics n'interdit ce retrait ni ne vient préciser les circonstances exceptionnelles par lesquelles le retrait devrait se justifier. Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus l'obligation d'attribuer le marché — ou le lot — au soumissionnaire irrégulièrement évincé, quand bien même le caractère irrégulier de l'éviction serait constaté par un arrêt de suspension du Conseil d'État. En l'occurrence, ce n'est pas parce que la requérante était classée deuxième pour le lot n°1 que la partie adverse aurait dû le lui attribuer à la suite de la suspension de la décision d'attribution du lot n°1. La partie requérante ne tire, selon la partie adverse, aucun droit acquis de la décision d'attribution et ce tant que le contrat n'est pas formé. Citant un arrêt du Conseil d'Etat à l'appui de sa thèse, elle considère que la décision de retrait est adéquatement motivée compte tenu de l'arrêt de suspension du 14 juin 2013, n° 223.916. Selon elle, l'autorité adjudicatrice a non seulement pris acte du caractère irrégulier de l'attribution du lot n° 1 mais a également eu égard aux griefs soulevés — tant par la partie requérante elle-même que par l'Auditeur lors de l'audience — concernant la motivation de l'attribution des lots n^{os} 2 et 3, attribués à la partie requérante. Elle expose avoir, d'une part, tiré toutes les conséquences de l'arrêt de suspension en constatant que des griefs sérieux — s'ajoutant à ceux accueillis dans l'arrêt de suspension — pouvaient encore être soulevés à l'endroit de l'acte suspendu et, d'autre part, préféré écarter le risque de voir l'attribution des deux autres lots attaquée. Elle soutient que la décision de retrait expose les motifs de relancer la procédure.

A propos du deuxième moyen, la partie adverse répond que la partie requérante se contente d'affirmer que l'acte attaqué n'est soutenu par aucune

motivation, sans en apporter la démonstration en décortiquant l'acte attaqué. Elle rappelle la motivation du retrait et fait valoir que, dans celle-ci, l'autorité adjudicatrice prend acte, dans un premier temps, du motif qui justifie la suspension de la décision d'attribution et constate, dans un deuxième temps, que d'autres griefs sérieux pourraient être accueillis par le Conseil d'Etat si celui-ci était amené à les examiner, comme l'a indiqué l'avis de l'Auditeur. En prenant en considération cet avis, elle estime qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation et a anticipé les retombées du maintien des attributions litigieuses en l'état. L'acte attaqué est donc, selon elle, bel et bien motivé et est justifié au regard d'éléments objectifs, pertinents et admissibles, tant en fait qu'en droit en telle sorte que la décision de retrait ne viole ni les articles 65/4, 65/5, 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 précitée ni le prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

C. Mémoire en réplique

A propos de la première branche du premier moyen, la partie requérante réplique que la décision de retrait n'est, précisément, pas critiquée par le recours, qu'il se démontre qu'aux yeux même de la partie adverse, l'acte attaqué ne comporte aucune motivation autre que celle justifiant le retrait de l'attribution du marché. Elle conclut qu'en ce qu'ils se donnent pour objet de renoncer à la procédure d'attribution du marché et d'en relancer une nouvelle, les actes attaqués ne reposent pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et que, partant, il y a absence de tels motifs. Pour le surplus, elle se réfère à son recours en annulation.

A propos du deuxième moyen, la partie requérante réplique qu'en ce qu'elle porte sur la décision de recommencer la procédure d'attribution, ce qui implique la décision de renoncer à la passation du marché, la délibération du conseil d'administration de la partie adverse est dépourvue de toute motivation, les seuls motifs exprimés concernant la décision de retrait, qu'elle a explicité en quoi la motivation - existante et du reste non contestée - relative au retrait de l'acte ne permettait pas de comprendre la décision subséquente de renoncer au marché et de relancer la procédure et que les motifs relatifs à cette décision subséquente sont, à ce jour, non révélés par la partie adverse.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse réitère, en substance, son argumentation. Elle indique notamment que "dans la mesure où la loi n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à passer le marché et lui laisse par ailleurs la faculté de renoncer

ou de le refaire, il est par conséquent évident que suite à un arrêt de suspension - duquel le pouvoir adjudicateur doit tirer toutes les conséquences - le pouvoir adjudicateur conserve la faculté de retirer l'acte administratif portant la décision d'attribution, pour autant bien sûr que les conditions de la théorie générale du retrait d'acte soient réunies".

Elle ajoute que "par ailleurs, aucune obligation d'attribuer le marché au soumissionnaire irrégulièrement évincé ne pèse sur le pouvoir adjudicateur". Concernant la motivation de l'acte attaqué elle répète ce qui suit:

" La décision de retrait est adéquatement motivée compte tenu de l'arrêt de suspension du 14 juin 2013, n° 223.916.
La partie adverse a non seulement pris acte du caractère irrégulier de l'attribution du lot n°1 mais a également eu égard aux griefs soulevés — tant par la partie requérante elle-même que par Monsieur l'Auditeur lors de l'audience — à l'égard de la motivation de l'attribution des lots n^{os} 2 et 3, attribués à la partie requérante. Ce faisant, la partie adverse a, d'une part, tiré toutes les conséquences de l'arrêt de suspension en constatant que des griefs sérieux — autres et en sus de ceux accueillis dans l'arrêt de suspension — pouvaient encore être soulevés à l'endroit de l'acte suspendu, et d'autre part, a préféré écarter le risque de voir l'attribution des deux autres lots attaquées".

S'agissant plus spécifiquement du deuxième moyen, elle ajoute que :

" La décision de renoncer à la passation du marché et de relancer une nouvelle procédure est également correctement motivée.

En effet, cette décision doit contenir une motivation qui permet aux candidats ou soumissionnaires de comprendre les raisons pour lesquelles il est renoncé au marché et qu'un nouveau marché est lancé".

Elle estime que tel est le cas en l'espèce.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 65/4, 6°, et 65/5, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, toujours applicables au présent litige, se lisent comme suit :

" Art. 65/4. L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
[...]
6° lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.
[...]
Art. 65/5. La décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision :
[...]

8° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie".

En l'espèce, les passages pertinents de la décision attaquée se lisent comme suit:

- " [...] Attendu que le 14 juin 2013, par un arrêt n° 223.916, le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, nous signifiait la suspension de l'exécution de cette décision en relevant un moyen sérieux, le second de la requête : «Il ressort de ces précisions, et notamment de la référence à la perspective d'un inventaire, que le prix unitaire devait être proposé par pièce de linge, et non pour l'unité de masse qu'est le kilogramme. Dès lors que le coût de reprise du linge appartenant à la partie adverse devait être déduit de celui des prestations faisant l'objet du marché, il y a lieu de le considérer comme une composante du prix, au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de sorte que l'offre qui propose un prix de reprise basé sur une unité autre que la pièce de linge déroge à une présomption essentielle du cahier spécial des charges et est, pour cette raison, affectée de nullité, en vertu de l'article 110, § 2, de ce même arrêté royal. Il s'ensuit que la partie adverse n'a pas pu, sans méconnaître cette dernière disposition, considérer que l'offre de la société STERIMA-VANGUARD TEXTILE VILLERS-LE-BOUILLET était régulière et en comparer les mérites à ceux des autres offres. Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux».
- Attendu qu'en son rapport oral à l'audience, Monsieur l'Auditeur du Conseil d'Etat a relevé qu'à son sens, le troisième moyen était également fondé en ce qu'il mettait en cause la motivation formelle de l'acte attaqué, notamment à l'égard des actes auxquels il est référé;
- Attendu que le troisième moyen de la requête de la société SERVITEX énonce que «le rapport d'adjudication présenté au conseil d'administration en date du 12 mars 2013, visé par le conseil d'administration, ne correspond pas au second des documents joints : ce dernier s'intitule «note au conseil d'administration» et est daté du 26 mars 2013»;
- Attendu qu'en effet, il est référé dans l'acte à un rapport d'adjudication du 12 mars 2013 alors que le dossier administratif comprend une note au Conseil d'administration du 26 mars 2013 comme l'a d'ailleurs relevé la société SERVITEX en son recours; que la motivation formelle de l'acte attaqué est à cet égard déficiente;
- Attendu qu'un moyen tiré de cette déficience permettrait de mettre en cause également l'attribution des lots 2 et 3 et pourrait offrir un moyen soutenant un recours en annulation ou une procédure en indemnité.
- Attendu qu'il convient d'assurer la légalité des procédures suivies et, à cette fin, retirer la décision du Conseil d'administration du 26 mars 2013 et l'attribution des trois lots du marché et, ensuite, de relancer un nouveau marché.
- Attendu que ce retrait est possible dès lors que la notification du marché est intervenue par courrier du 7 mai 2013 et que le délai de recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'est pas écoulé;
- Attendu que les deux conditions permettant le retrait d'un acte administratif sont donc réunies;
- Le Conseil d'administration, en date du 25 juin 2013, à l'unanimité des membres présents et représentés, décide :
- de traiter en urgence le point tel que présenté;
 - d'annuler la décision d'attribution des trois lots du marché public de services relatifs à la location entretien de vêtements de travail et linge plat des différentes entités de Vivalia;

- de confier aux services de Vivalia la mission de concevoir un nouveau cahier spécial des charges afin de relancer un nouveau marché;
- de notifier la décision du CA à l'ensemble des soumissionnaires".

Il n'est pas contesté que la décision attaquée contient une motivation qui permet à la requérante de comprendre pourquoi la partie adverse a décidé de retirer la délibération du 26 mars 2013, par laquelle son conseil d'administration avait décidé d'attribuer le lot n° 1 du marché à la société VANGUARD STERIMA et d'attribuer les lots n^{os} 2 et 3 à la requérante. Toutefois, cette décision ne met pas fin à la procédure d'attribution du marché en cours et ne se confond par conséquent pas avec celle de renoncer au marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché. En l'espèce, en renonçant au marché et en décidant de lancer un nouveau marché, le pouvoir adjudicateur a pris une décision distincte dont rien n'autorise à considérer qu'elle découle nécessairement du retrait de la précédente décision d'attribution. Certes, le pouvoir adjudicateur avait-il la faculté de renoncer au marché et, le cas échéant, d'en lancer un nouveau, ce qui n'est pas contesté non plus par la requérante, mais les dispositions précitées lui imposaient dans ce cas d'indiquer les motifs de fait et de droit à la base de cette décision distincte de celle du retrait. Or, force est de constater qu'une telle motivation n'apparaît nullement dans l'acte attaqué. La motivation de celui-ci ne porte, en effet, que sur le seul retrait de la décision d'attribution des trois lots du marché public initial et ne contient aucune motivation portant sur la décision de renoncer à ce marché et d'en lancer un nouveau.

La première branche du premier moyen et le deuxième moyen sont fondés.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 25 juin 2013 par le conseil d'administration de VIVALIA en ce qu'elle porte renonciation à la procédure initiée en septembre 2012 et lancement d'une nouvelle procédure d'attribution du marché.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept novembre deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.