

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.383 du 9 novembre 2016

G./A.220.427/VI-20.877

En cause : **la société anonyme WILHELM & Co,**

ayant élu domicile chez
Mes Frank JUDO et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

la ville de la Louvière,

ayant élu domicile chez
Me Renaud SIMAR, avocat,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 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 déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 5 octobre 2016, la société anonyme WILHELM & Co sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " - la décision du collège communal de la Ville de La Louvière du 9 septembre 2016, notifiée le 20 septembre 2016, de renoncer à l'attribution de la concession de travaux publics relatifs à la reconversion du Centre d'Art et de Design tel qu'arrêtée par la décision du Conseil communal en sa séance du 25 avril 2016;
- la décision de la Ville de La Louvière de lancer un nouveau marché ayant le même objet à des conditions différentes, telles que publiées au Bulletin des adjudications du 20 septembre 2016 (BDA 2016-528479)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 octobre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 octobre 2016 à 11 heures.

Des courriers du 18 octobre 2016, notifiés aux parties, remettent l'affaire à l'audience du 21 octobre 2016, à 12 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 28 octobre 2016 à 10 heures.

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.

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 Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ainsi que, à l'audience du 28 octobre 2016, M^{me} Sylvana RUSSO, directrice du département Cadre de vie de la ville de La Louvière, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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. Par une délibération de son conseil communal, adoptée le 25 avril 2016, la partie adverse approuve "le principe du marché de concession de travaux publics relatif à la reconversion du centre d'art et de design", ainsi que "le cahier spécial des charges et l'avis de marché destiné au Bulletin des Adjudications", et choisit "la procédure négociée avec publicité comme mode de passation de marché".

Il ressort des documents de la concession ainsi approuvés que l'exécution de celle-ci doit reposer sur les interventions d'un entrepreneur de travaux et d'un opérateur culturel.

III. 2. Le 27 avril 2016, est publié au Bulletin des adjudications un avis relatif à cette concession. Il porte la référence 2016-512968.

Pour ce qui concerne la sélection des candidats, l'avis de marché édicte les exigences suivantes :

" SECTION III: RENSEIGNEMENTS D'ORDRE JURIDIQUE, ÉCONOMIQUE, FINANCIER ET TECHNIQUE

III.1) CONDITIONS DE PARTICIPATION

III.1.1) Situation propre des opérateurs économiques, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:

Le soumissionnaire, par le simple fait d'introduire l'offre, déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés à l'article 61 §§ 1 et 2 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011. Le Pouvoir adjudicateur vérifie la véracité de cette déclaration de la manière exposée ci-après :

A. Obligations fiscales pour tous les soumissionnaires

Peut être exclu de l'accès à la concession à quelque stade que ce soit de la procédure, le soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses obligations fiscales selon l'article 63 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.

La Ville de la Louvière vérifie par elle-même le respect des obligations fiscales de tous les candidats via des moyens électroniques (DIGIFLOW) dans les 48h de la date fixée pour le dépôt des offres.

Pour les soumissionnaires d'un autre Etat membre de l'Union européenne, il est joint à l'offre une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard à la date limite de réception des offres, il est en règle à cette date avec ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.

B. Vérification dans le chef de l'adjudicataire pressenti au marché

Pour le soumissionnaire, classé premier après analyse des offres, la Ville procède elle-même par des moyens électroniques (DIGIFLOW) à la vérification:

- des obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale;
- de l'attestation de non-faillite émanant du Tribunal de commerce.

Le soumissionnaire joint lui-même à son offre:

- un extrait de casier judiciaire récent;
- la déclaration sur l'honneur signée (reprise en annexe).

Pour le soumissionnaire étranger, classé premier après analyse des offres, il sera joint à l'offre:

- une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard à la date limite de réception des offres, il est en règle à cette date avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi. Lorsqu'un tel document n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance;
- une attestation de non-faillite émanant du Tribunal de commerce OU un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative dudit pays;
- un extrait de casier judiciaire récent OU un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine;
- la déclaration sur l'honneur signée (reprise en annexe).

C. Fautes professionnelles.

Peut être exclu de l'accès à la concession le soumissionnaire qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont la Ville pourra justifier.

III.1.2) Capacité économique et financière

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies(le cas échéant)

a) En ce qui concerne l'entreprise de travaux satisfait aux exigences de l'agrégation en classe 6, catégorie D. Cette classe est fixée en fonction du montant estimé des travaux par la Ville dans son marché initial. Si toutefois le projet impliquait des travaux de plus grande ampleur, l'entrepreneur devra pouvoir justifier de la classe correspondante.

Pour un candidat ou un soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur vérifie par lui-même que le candidat ou le soumissionnaire satisfait aux conditions de l'agrégation en classe 6 (minimum), catégorie ou sous-catégorie D auprès de la banque de données des Entrepreneurs agréés (SPF Economie) via des moyens électroniques (DIGIFLOW).

Pour le candidat ou le soumissionnaire d'un autre Etat membre de l'Union européenne, il sera joint à l'offre une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant qu'il satisfait aux conditions de l'agrégation en classe 6 (minimum), catégorie ou sous-catégorie D selon les dispositions légales du pays où il est établi. fournit une déclaration bancaire établie conformément au modèle figurant à l'annexe [sic]

III.1.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies(le cas échéant)

La liste des travaux terminés au cours des cinq dernières années (par le candidat lui-même ou, en cas de société momentanée, au moins un des membres du groupement, par l'une des entreprises à qui ou auxquels il compte confier l'exécution des travaux), en précisant la part des travaux qui ont été éventuellement sous-traités ou réalisés en société momentanée.

Cette liste devra comprendre au minimum deux chantiers terminés pour un montant minimal par chantier de 1.950.000€.

Cette liste sera appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente.

S'il s'agit de travaux à des autorités publiques, la justification est fournie par les certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente.

S'il s'agit de travaux à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le candidat.

b) En ce qui concerne l'opérateur culturel

1. Projets culturels

L'opérateur culturel devra démontrer avoir développé au moins deux projets culturels impliquant une participation citoyenne sur les 5 dernières années (exploitation, création ou animation de projets culturels).

2. Plan financier

Etant donné que la Ville garantit le paiement des travaux à concurrence d'un montant de 2,200,000€ HTVA en cas de faillite ou de situation assimilée de l'opérateur culturel, la Ville désire obtenir des garanties quant à la santé financière de l'opérateur. Celui-ci devra dès lors produire un plan financier démontrant qu'il est, en l'état, apte à faire face à ses engagements.

L'opérateur culturel devra donc établir que son chiffre d'affaires sur les trois dernières années (comptes publiés) est supérieur à 500,000€".

Il ressort notamment des débats qui ont eu lieu dans le cadre de la présente procédure que le cahier spécial des charges approuvé par le conseil communal de la partie adverse, en sa séance du 25 avril 2016, mentionne un niveau de chiffre d'affaires, requis de l'opérateur culturel, différent de celui qu'annonce l'avis de marché approuvé par le même organe au cours de la même séance. Selon ce cahier spécial des charges, ce niveau est, en effet, défini comme suit:

" L'opérateur culturel devra donc établir que son chiffre d'affaires annuel est au moins égal à 1,5 la charge locative supposée à savoir 225.000 €".

Sans être contestée à cet égard, la requérante relève qu'à la suite de la publication du 27 avril 2016, une "note simplifiée" a été rédigée par la partie adverse à l'intention des candidats, synthétisant les exigences en matière de sélection. Cette note contient notamment l'indication suivante:

" Chiffre d'affaires des trois dernières années supérieur à 500.000 €".

III. 3. A la date limite de dépôt des candidatures, fixée au 22 juin 2016, la partie adverse a reçu deux candidatures introduites respectivement par "DHERTE SA – DRAGONE" et par la requérante, celle-ci déclarant s'être "adjoind les services de la société Wust SA, entreprise générale de classe 8 et de Gesmall SA, société spécialisée dans la gestion de centre commerciaux et dans la promotion événementielle et culturelle".

III. 4. Par une délibération du 25 juillet 2016, le collège communal de la partie adverse décide:

" Article 1^{er}: de ne pas sélectionner les candidatures reçues dans le cadre de la concession de travaux publics relative à la reconversion du centre d'art et de design.
Article 2: de relancer la procédure sur la même base.
Article 3: de notifier cette décision aux candidats".

Par un courrier du 1^{er} août 2016, la partie adverse communique à la requérante les motifs de sa non-sélection, lesquels motifs sont extraits de la délibération du 25 juillet 2016 précitée. Ce refus de sélection de la requérante a fait l'objet d'un recours, inscrit sous le numéro G./A.220.022/VI-20.838, sur lequel statue l'arrêt n° 235.784, prononcé le 16 septembre 2016.

III. 5. Le 3 août 2016, est publié au Bulletin des adjudications un avis de concession de travaux publics portant sur la "Reconversion du centre d'art et de

design". Cet avis porte la référence 2016-523524. Au titre des exigences en matière de sélection, plus particulièrement en ce qui concerne l'opérateur culturel qui sera associé à l'opération, il est notamment mentionné ce qui suit: "L'opérateur culturel devra donc établir que son chiffre d'affaires annuel est au moins égal à 1,5 la charge locative supposée à savoir 225[.]000 €". La date limite de présentation des candidatures est fixée au 28 septembre 2016 à 16h00.

Se fondant sur cet avis de concession, la requérante sollicite, par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 18 août 2016, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision, de date inconnue, de la Ville de la Louvière de renoncer à l'attribution et/ou à la passation du marché de concession de travaux publics (réf BDA 2016-512968, paru le 27/04/2016), et relatif à la Reconversion du centre d'art et de design - La Louvière, et de lancer un nouveau marché ayant le même objet à des conditions différentes (réf BDA 2016-523524, paru le 03/08/2016)".

Par un arrêt n° 235.785, prononcé le 16 septembre 2016, le Conseil d'Etat statue sur cette demande, en ordonnant la suspension de l'exécution de la décision de date et d'auteur inconnus renonçant à l'attribution de la concession de travaux qui a fait l'objet de l'avis publié au Bulletin des adjudications du 27 avril 2016 et arrêtant de nouvelles conditions de sélection, annoncées dans l'avis publié au Bulletin des adjudications du 3 août 2016.

III. 6. Le 5 septembre 2016, le collège communal de la partie adverse décide:

- " Article 1^{er} : De retirer la décision adoptée lors de la séance du 25 juillet 2016 du Collège Communal portant non sélection des candidatures reçues et de relance de la procédure de passation.
Article 2 : De charger les services de la Ville d'examiner les suites à apporter à ce dossier, en proposant soit de relancer la procédure d'attribution, soit de prendre une nouvelle décision avec motivation corrigée, soit toute autre décision appropriée".

III. 7. Par une délibération du 9 septembre 2016, le collège communal de la partie adverse décide :

- " Article un: De renoncer à l'attribution de la concession de travaux publics relatifs à la reconversion du Centre d'Art et de Design tel [sic] qu'arrêtée par la décision du Conseil Communal en sa séance du 25 avril 2016.

Article deux: D'inscrire à l'ordre du jour du Conseil Communal du 19 septembre 2016 la décision de relance d'une nouvelle procédure d'attribution et d'adoption d'un nouveau cahier spécial des charges.

Article trois: De charger les services concernés de rédiger les conditions de ce nouveau cahier spécial des charges et de prendre les mesures de publicité nécessaires.

Article quatre: de solliciter un rapport du service des Travaux sur le contenu des travaux prévus au budget 2016 pour la finalisation du chantier".

Ce dispositif repose sur les motifs suivants:

- " Considérant la nécessité d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges en raison notamment d'éléments susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques;
Considérant la nécessité de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché;
Considérant le principe de bonne administration".

Cette délibération est présentée, en termes de requête, comme constituant le premier objet de la demande examinée en la présente cause.

III. 8. Par une délibération du 19 septembre 2016, le conseil communal de la partie adverse décide:

- " Article un: D'approuver le principe de la concession de travaux publics pour la reconversion du Centre d'Art et de Design.

Article deux: De choisir la procédure négociée avec publicité comme mode de passation.

Article trois: d'approuver le cahier spécial des charges et l'avis de concession tels que repris en annexe".

Ce dispositif repose sur les motifs suivants:

- " Considérant la nécessité d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges en raison notamment d'éléments susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques;
Considérant la nécessité de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché;
Considérant le principe de bonne administration".

Cette délibération est présentée, en termes de requête, comme constituant le second objet de la demande examinée en la présente cause.

Les documents de la concession ainsi approuvés font toujours apparaître que l'exécution de celle-ci doit reposer sur les interventions d'un entrepreneur de travaux et d'un opérateur culturel.

III. 9. Le 20 septembre 2016, est publié au Bulletin des adjudications un avis relatif à cette concession. Il porte la référence 2016-528479.

Pour ce qui concerne la sélection des candidats, l'avis de marché édicte les exigences suivantes:

" SECTION III: RENSEIGNEMENTS D'ORDRE JURIDIQUE, ÉCONOMIQUE, FINANCIER ET TECHNIQUE

III.1) CONDITIONS DE PARTICIPATION

III.1.1) Situation propre des opérateurs économiques, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:

Peut être exclu de l'accès à la concession à quelque stade que ce soit de la procédure, le soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses obligations fiscales selon l'article 63 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.

La Ville de la Louvière vérifie par elle-même le respect des obligations fiscales de tous les candidats via des moyens électroniques (DIGIFLOW) dans les 48h de la date fixée pour le dépôt des offres.

Pour les soumissionnaires d'un autre État membre de l'Union européenne, il est joint à l'offre une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard à la date limite de réception des offres, il est en règle à cette date avec ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.

III.1.2) Capacité économique et financière

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies (le cas échéant)

Le candidat sera considéré comme ayant une capacité économique suffisante pour exécuter le présent marché :

a) En ce qui concerne l'entreprise de travaux:

- L'entrepreneur doit disposer d'un certificat d'agrément en classe 6 catégorie D. Cette classe est fixée en fonction du montant estimé des travaux par la Ville dans son marché initial.

Pour un candidat ou un soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur vérifie par lui-même que le candidat ou le soumissionnaire satisfait aux conditions de l'agrément requise auprès de la banque de données des Entrepreneurs agréés (SPF Économie) via des moyens électroniques (DIGIFLOW).

Pour le candidat ou le soumissionnaire d'un autre État membre de l'Union européenne, il sera joint à l'offre une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant qu'il satisfait aux conditions de l'agrément requise selon les dispositions légales du pays où il est établi.

- Il doit fournir une déclaration bancaire émanant de l'établissement de crédit concerné.

b) En ce qui concerne l'opérateur culturel

Étant donné que la Ville garantit le paiement des travaux à concurrence d'un montant de 2,200,000€ HTVA en cas de faillite ou de situation assimilée de l'opérateur culturel, la Ville désire obtenir des garanties quant à la santé financière de l'opérateur. Celui-ci devra dès lors produire un plan financier démontrant qu'il est, en l'état, apte à faire face à ses engagements.

L'opérateur culturel devra donc établir que son chiffre d'affaire annuel est au moins égal à 1,5 fois la charge locative supposée, à savoir 225.000 EUR.

III.1.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies(le cas échéant)

Le candidat sera considéré comme ayant une capacité technique suffisante pour exécuter le présent marché :

a) En ce qui concerne l'entreprise de travaux:

- L'entrepreneur doit disposer d'un certificat d'agrément en classe 6 catégorie D. Cette classe est fixée en fonction du montant estimé des travaux par la Ville dans son marché initial.

Pour un candidat ou un soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur vérifie par lui-même que le candidat ou le soumissionnaire satisfait aux conditions de l'agrément requise auprès de la banque de données des Entrepreneurs agréés (SPF Économie) via des moyens électroniques (DIGIFLOW).

Pour le candidat ou le soumissionnaire d'un autre État membre de l'Union européenne, il sera joint à l'offre une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant qu'il satisfait aux conditions de l'agrément requise selon les dispositions légales du pays où il est établi.

- Il doit produire une liste des travaux terminés au cours des cinq dernières années (par le candidat lui-même ou, en cas de société momentanée, au moins un des membres du groupement, par l'une des entreprises à qui ou auxquels il compte confier l'exécution des travaux), en précisant la part des travaux qui ont été éventuellement sous-traités ou réalisés en société momentanée.

Niveau d'exigence : Cette liste devra comprendre au minimum deux chantiers terminés pour un montant minimal par chantier de 1.950.000€.

Cette liste sera appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente.

S'il s'agit de travaux à des autorités publiques, la justification est fournie par les certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente.

S'il s'agit de travaux à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le candidat.

b) En ce qui concerne l'opérateur culturel:

L'opérateur culturel doit démontrer avoir créé et conçu (à l'exclusion d'une simple exploitation ou animation) au moins trois projets culturels, dont au moins un impliquant une participation citoyenne active, au cours des 5 dernières années.

La conception et la création du projet culturel impliquant une participation citoyenne active s'inscrit dans le cadre de l'éducation permanente telle que définie à l'art. 1^{er} § 1^{er} du décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'Education permanente, ainsi que dans le cadre de l'art. 1^{er} 6° démocratie culturelle et l'art. 1^{er} 10° éducation permanente tels que définis au décret relatif aux centres culturels du 21 novembre 2013".

Un avis au contenu identique est également publié dans l'annexe au Journal officiel de l'Union européenne du 23 septembre 2016.

III. 10. Le 21 septembre 2016, un avis est publié au Bulletin des adjudications, mentionnant l'interruption de la procédure de passation de la concession litigieuse, qui avait fait l'objet de l'avis référencé 2016-523524 et publié le 3 août 2016.

IV. IDENTIFICATION DE L'OBJET DE LA DEMANDE

Bien que la requête attribue formellement deux objets distincts à la demande de suspension examinée en l'espèce, à savoir les délibérations

respectivement adoptées par le collège communal de la partie adverse le 9 septembre 2016 et par le conseil communal de cette même partie adverse le 19 septembre 2016, il y a lieu – au vu des circonstances d'enchaînement de ces deux délibérations, des procès-verbaux qui en rendent compte et de la motivation commune sur laquelle elles reposent – de considérer que la requérante sollicite en réalité la suspension de l'exécution de la décision unique par laquelle la partie adverse renonce à l'attribution de la concession litigieuse, conformément aux conditions arrêtées le 25 avril 2016, et choisit de relancer la procédure de passation d'une concession de même objet, mais pour laquelle elle arrête des conditions de passation modifiées, les règles relatives aux compétences des organes communaux – applicables en l'espèce – ayant imposé de soumettre ce processus décisionnel aux délibérations successives de deux organes distincts, mais qui agissent tous deux au nom de la même personne morale.

V. CONFIDENTIALITE

V. 1. Thèses des parties

La requérante déclare produire à titre confidentiel la candidature qu'elle a déposée, dans le cadre de la procédure de passation de la concession litigieuse, à la suite de l'avis publié le 27 avril 2016.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des deux candidatures qu'elle a reçues à la suite de l'avis publié le 27 avril 2016, ainsi que du cahier spécial des charges, dans ses deux versions respectivement approuvées les 25 avril et 19 septembre 2016. Elle formule et motive cette demande comme suit :

- " 46. Les candidatures des soumissionnaires sont déposées à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 10 et 26 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 et à l'art. 87 de l'Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Ces documents doivent être déclarés confidentiels de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises.

En effet, à ce stade de la procédure, si votre Conseil devait suspendre l'acte attaqué et que la Ville de LA LOUVIERE devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, une concurrence effective entre les différents soumissionnaires doit être garantie.

Il convient donc d'éviter que les candidatures des concurrents soient accessibles à l'un ou l'autre soumissionnaire, ce qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la concurrence dans le cadre de ce marché, voire de futurs marchés dans ce secteur d'activités.

47. La confidentialité du Cahier Spécial des Charges est également demandée dès lors que la prise de connaissance par un soumissionnaire, à ce stade de la procédure, pourrait constituer un avantage dans la préparation de son offre".

A l'audience du 21 octobre 2016, la partie adverse a reconnu qu'aucune clause du cahier spécial des charges ne contenait d'éléments dont la divulgation dans le cadre de la présente procédure aurait pour effet de procurer à la requérante quelque avantage concurrentiel. Elle a toutefois souligné que sa demande pouvait être justifiée par le caractère "restreint" de la procédure de passation, qui impose de distinguer soigneusement deux phases. Elle a ajouté qu'en présence d'un recours potentiellement irrecevable, ouvrir l'accès à ce cahier spécial des charges reviendrait à accorder à la requérante un avantage paraissant disproportionné.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La nécessité de garantir, en vertu des dispositions invoquées par la partie adverse, la confidentialité du cahier spécial des charges (en ses deux versions successives) apparaît certes douteuse, particulièrement au regard des considérations dont il est fait état pour justifier cette demande.

Cela étant, dès lors que la divulgation tant du cahier spécial des charges (en ses deux versions successives) que des autres documents considérés comme confidentiels par les parties n'est, à ce stade, et particulièrement au vu du présent arrêt, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces pour lesquelles elle a été sollicitée.

Nonobstant le maintien de confidentialité qu'il y a ainsi lieu d'ordonner, il s'impose de relever que les éléments suivants, susceptibles d'apparaître à la lecture des deux versions successives du cahier spécial des charges, ont été révélés au cours des débats tenus lors des audiences des 21 et 28 octobre 2016 :

- aucune clause du cahier spécial des charges ne contient d'informations dont la divulgation pourrait affecter le jeu de la concurrence entre des candidats à l'obtention de la concession litigieuse;
- les modifications apportées dans la deuxième version du cahier spécial des charges, approuvée le 19 septembre 2016, portent sur le point I.1. "Contexte et présentation du projet" de la section I "Dispositions générales" du chapitre 1 "Clauses administratives" – plus particulièrement par l'insertion d'une référence à la dimension "citoyenne" du projet d'économie culturelle et au décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'Education permanente –, ainsi que sur la définition des conditions d'accès à la concession et des critères de sélection des candidats;

- la deuxième version du cahier spécial des charges, approuvée le 19 septembre 2016, ne contient, au regard de la précédente, aucune modification dans le libellé des critères d'attribution de la concession;
- en aucune de ses deux versions successives, le cahier spécial des charges ne contient une description des obligations que devra assumer l'opérateur culturel, en ce qui concerne l'objet des prestations qui devront être fournies, leurs ampleur et fréquence, leurs modalités d'exécution, ...
- s'agissant du seuil de capacité économique et financière requis dans le chef de l'opérateur culturel, particulièrement pour ce qui concerne le niveau minimum de chiffre d'affaires, une discordance est apparue entre le cahier spécial des charges et l'avis de concession approuvés par le conseil communal de la partie adverse, en sa séance du 25 avril 2016; à l'audience, le conseil de la partie adverse a imputé cette discordance à une erreur, résultant de ce que le seuil de 500.000 euros initialement retenu devait être abaissé à 225.000 euros et que seul le cahier spécial des charges a été adapté en ce sens;
- ainsi que cela ressort de la clause I.1. "Obligations du concessionnaire" de la section I "Obligations des parties" du chapitre 2 "Clauses spécifiques" du cahier spécial des charges, l'opérateur culturel ne sera tenu, durant une période de quinze ans susceptible d'être adaptée en fonction du montant des travaux, qu'au paiement d'un "euro symbolique" pour l'occupation des lieux.

VI. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A LA QUALITE DE LA REQUERANTE

VI. 1. Thèse de la partie adverse

Mettant en cause la qualité de la requérante pour introduire la présente requête, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 18. Au 22 juin 2016, deux candidatures parviennent à la Ville; celle des SA DRAGONE et SA DHERTE et celle des SA WILHEM & CO, SA JEAN WUST et SA GESMALL.

La forme juridique employée par les SA WILHEM & CO, SA JEAN WUST et SA GESMALL n'est pas précisée expressément dans leur candidature :

«pour les besoins de la présente adjudication, WILHEM & CO s'est adjoint les services de la société WUST SA, entreprise générale de classe 8 et de Gesmall SA, société spécialisée dans la gestion de centres commerciaux et dans la promotion événementielle et culturelle».

Toutefois, une lecture attentive révèle que les SA WILHEM & CO, SA JEAN WUST et SA GESMALL ont entendu former une association momentanée.

La SA WILHEM & CO précise en effet qu'elle s'«adjoint» les services des SA GESMALL et SA JEAN WUST «pour les besoins de la présente adjudication», et que cette dernière est agréée en «classe 8».

Par ailleurs, le dossier de candidature ne contient que des documents propres aux SA GESMALL (opérateur culturel) et SA JEAN WUST (entreprise de travaux), démontrant que les critères de sélection seraient atteints.

En conséquence, la participation des SA GESMALL et SA JEAN WUST, au regard des conditions exigées et de la demande de participation déposée, ne peut s'inscrire que dans le cadre d'une association momentanée comme l'a d'ailleurs toujours entendu la Ville, sans contestation aucune, en :

- adressant tout courrier aux SA WILHEM & CO, SA JEAN WUST et SA GESMALL;
- en prenant en compte la capacité des SA JEAN WUST et SA GESMALL, en l'absence même de tout engagement formel de ces dernières au sens de l'art. 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

19. Or, une société momentanée ne dispose pas, en droit belge, de personnalité juridique. Dès lors, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de la société momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice (C.E., n° 169.065, 19 mars 2007).

En effet, dans cette situation, c'est l'association momentanée en tant que telle qui a soumissionné, et non pas ses membres à titre individuel. Ce sont également tous les membres de cette association qui, s'ils s'étaient vu attribuer le marché en cause, auraient eu l'obligation de signer le contrat et d'exécuter la concession.

Partant, le présent recours est irrecevable car introduit par un seul membre d'une société momentanée; la SA WILHEM & CO.

20. Votre Conseil l'a expressément reconnu dans un arrêt du 14 décembre 2010 (C.E., n° 209.759, 14 décembre 2010) :

«Lorsque l'offre déposée dans la procédure de passation du marché litigieuse émane, non de la seule société requérante dans la procédure en annulation, mais d'une société momentanée, la requête en annulation doit être introduite par la société momentanée car elle est la seule à avoir un intérêt direct au recours. Toutefois, en l'absence d'une personnalité juridique distincte, tous les membres associés dans la société momentanée doivent intervenir pour que la requête soit valablement introduite. Le fait que la société requérante se présente comme "mandataire obligée de l'association momentanée" ne modifie pas cette conclusion. Il suffit pour permettre à l'une des sociétés membre de l'association momentanée d'agir seule en justice de prévoir une clause de représentation en justice dans le contrat d'association».

21. Si Votre Conseil devait considérer que la forme juridique empruntée par les SA WILHEM & CO, SA JEAN WUST et SA GESMALL constitue une association de fait, il conviendrait pareillement de déclarer le recours irrecevable (C.E., n° 159.135, 23 mai 2006 et C.E. n° 154.549, 6 février 2006).

22. Au regard de ces éléments, il ne peut raisonnablement être soutenu que la demande de participation concerne uniquement la SA WILHEM & CO. Si tel est le cas, la candidature déposée par celle-ci ne remplit manifestement pas les exigences initiales du marché.

Dans ce cas, la SA WILHEM & CO est sans intérêt pour critiquer les modifications intervenues qui la priveraient désormais de participer".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception d'irrecevabilité procède de l'affirmation selon laquelle la requérante n'aurait, à la suite de l'avis publié le 27 avril 2016, introduit sa candidature à l'obtention de la concession litigieuse que dans le cadre d'une "association momentanée" qu'elle aurait formée avec les sociétés JEAN WUST et GESMALL.

S'il est exact que, dans sa lettre de candidature datée du 22 juin 2016, la requérante a déclaré s'adjoindre les services de deux sociétés dont elle vante les références susceptibles d'être prises en considération, il ressort à suffisance de cette même lettre que cette candidature n'a été introduite qu'au seul nom de la requérante, sans qu'aucune indication puisse y être décelée quant au fait qu'elle l'aurait été dans le cadre d'une société momentanée. Ce constat ne peut, en toute hypothèse, être remis en cause par l'interprétation que la partie adverse croit bon de devoir donner au dossier de candidature de la requérante.

Il s'ensuit que, reposant sur un postulat qui n'est pas vérifié, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VII. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

VII. 1. Thèse de la partie adverse

Sous deux intitulés, "A. Défaut d'urgence – absence de grief" et "B. Défaut d'intérêt au recours", la partie adverse fait état de considérations qui, en substance, reviennent à dénoncer le défaut d'intérêt de la requérante. Ces considérations sont exposées comme suit :

" A. Défaut d'urgence – absence de grief

14. La SA WILHEM & CO fait usage de la procédure en extrême urgence telle qu'organisée par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, ce alors que cette disposition permet uniquement au soumissionnaire qui s'estime lésé d'introduire un recours lui permettant d'obtenir une réparation en nature du préjudice prétendument subi.

15. En théorie, le préjudice auquel pourrait prétendre la SA WILHEM & CO est de ne pas (ou plus) pouvoir participer à la procédure négociée.

Or :

- a. rien n'établit que la candidature déposée par la SA WILHEM & CO était sélectionnable selon les conditions de participation fixées initialement;
- b. à cette heure - la SA WILHEM & CO :
 - n'a pas remis de nouvelle candidature;
 - est toujours dans les délais pour remettre une candidature;
 - ne démontre pas être privée de la possibilité de remettre une nouvelle candidature;

En conséquence, la SA WILHEM & CO ne peut soutenir agir valablement en extrême urgence dès lors qu'elle n'établit pas que, en cas de suspension, elle pourrait recouvrer une chance d'obtenir le marché, ni ne fait valoir le moindre grief concret.

B. Défaut d'intérêt au recours

16. La SA WILHEM & CO ne dispose pas d'un intérêt au recours, dès lors qu'elle ne dépose pas de candidature, dans le cadre du nouveau marché lancé par la Ville de La Louvière à la suite de la décision de son conseil communal du 19 septembre 2016. Elle prétend en être empêchée, mais se borne à invoquer que les nouvelles conditions du marché l'excluent sans le démontrer concrètement.

En conséquence, la SA WILHEM & CO ne démontre pas être privée d'une chance d'obtenir le marché (ce même à admettre le caractère sélectionnable de la candidature déposée).

17. Votre Conseil a d'ailleurs indiqué :

- «l'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution d'un marché disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstient de contester la décision qui attribue le marché initialement convoité à un concurrent» (C.E., 23 octobre 2007, n°176.045).
- «dans une procédure de marché public, l'intérêt d'un requérant consiste à conserver une chance d'en obtenir l'attribution et de l'exécuter lui-même. Un requérant n'a donc pas d'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution d'un marché public s'il se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit, s'il y participe, qu'il s'abstient de contester une décision qui attribue le marché public à un concurrent. La société requérante s'est désintéressée de la nouvelle procédure engagée par la partie adverse dès lors qu'elle n'a pas présenté d'offre dans le cadre de celle-ci. Elle ne dispose donc pas d'un intérêt à l'annulation de la décision entreprise. Le présent recours est en conséquence irrecevable» (C.E., 26 octobre 2010, n° 208.427).

Partant, le recours entrepris par la SA WILHEM & CO est purement spéculatif et son intérêt au recours est inexistant".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que le retrait décidé par la partie adverse le 5 septembre 2016 n'excluait pas la perspective d'un nouvel examen de la candidature déposée par la requérante le 22 juin 2016, la décision attaquée, par laquelle la partie adverse renonce à l'attribution de la concession et choisit de relancer une nouvelle procédure selon des conditions modifiées, prive nécessairement la requérante de la possibilité de ce nouvel examen de sa candidature au regard des conditions initialement arrêtées par la partie adverse, et dont la requérante laisse entendre – à tout le moins par le biais du deuxième moyen de sa requête – qu'elles lui étaient plus favorables que celles qui ont été arrêtées par la délibération du 19 septembre 2016.

Par ailleurs, les illégalités dénoncées par le premier moyen de la requête et le moyen nouveau pourraient bien avoir lésé la requérante. Tel est, en effet, le cas

d'une motivation formelle qui, déficiente, ne permettrait pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a préféré à un nouvel examen des candidatures initialement déposées, une renonciation à la procédure en cours. Il en va de même du grief d'inadéquation de critères de sélection qui pourraient être préjudiciables aux chances de la requérante d'obtenir la concession litigieuse.

Pour le reste, il importe peu qu'à la clôture des débats, la requérante n'avait pas encore déposé de candidature à la suite de la publication du nouvel avis de concession, rien n'excluant qu'elle le fît avant l'échéance fixée à cette fin. De même, n'y a-t-il pas lieu d'avoir égard à l'affirmation, non autrement étayée, de la partie adverse aux termes de laquelle "rien n'établit que la candidature déposée par la SA WILHELM & CO était sélectionnable selon les conditions de participation fixées initialement", et ce dès lors que le refus de sélection de la requérante a précisément été contesté par celle-ci dans le cadre du recours référencé G./A.220.022/VI-20.838, sur lequel l'arrêt n°235.784, prononcé le 16 septembre 2016, sursoit à statuer à raison du retrait de l'acte qui en était l'objet.

Dans ces circonstances, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VIII. PREMIER MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que des principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que de transparence; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des articles 4 et 5 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; de 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", "[e]n ce que, la partie adverse a décidé de renoncer à passer le marché publié le 27 avril 2016 et de relancer un nouveau marché", "[a]lors que, la décision de renoncer au marché ainsi que celle de modifier les conditions initiales du marché dans le cadre du marché publié le 20 septembre 2016, ne reposent, à la connaissance de la partie requérante, sur aucune motivation adéquate", "[d]e sorte que, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen en décidant, sans motif valable, de renoncer à la passation du marché de concession de travaux publics (réf BDA 2016-512968 paru le 27/04/2016), et relatif à la

reconversion du Centre d'Art et de Design – La Louvière, et en décidant, sans motif également, de lancer un nouveau marché aux conditions de participation modifiées".

Elle le développe comme suit :

" 14. Suivant l'article 4, 9°, de la loi du 17 juin 2013, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché. Suivant l'article 5, 10°, de cette même loi, cette décision doit comporter les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a renoncé à passer le marché.

15. En l'espèce, la partie adverse a, par sa décision du 9 septembre 2016, décidé de renoncer à l'attribution du marché initié par la décision du conseil communal du 25 avril 2016.

Cette décision est motivée comme suit :

«(...)

Considérant la nécessité d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges en raison notamment d'éléments susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques;

Considérant la nécessité de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché;

Considérant le principe de bonne administration».

Cette motivation est manifestement insuffisante et inadéquate.

On ne comprend pas, à sa simple lecture, quelles seraient les précisions et modifications à apporter au cahier spécial des charges qui justifieraient la relance du marché, à plus forte raison que le cahier des charges n'avait pas encore été communiqué aux candidats. Il n'était dès lors pas nécessaire de procéder à l'arrêt de la procédure.

De la même manière, on ne comprend pas en quoi et quels éléments du cahier spécial des charges seraient susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques. A tout le moins, on ne comprend pas en quoi ces éléments justifiaient de renoncer à attribuer le marché, puisque le cahier spécial des charges pouvait être amendé sans incidence sur le lancement et le déroulement de la procédure déjà initiée. Or, comme Votre conseil l'a déjà décidé, lorsqu'une autorité décide de revenir sur une décision antérieure, il ne peut fonder cette décision sur le simple fait que la décision en cause pourrait être irrégulière. Il a également déjà décidé que la simple crainte d'une procédure d'attribution illégale ne suffit pas à justifier l'abandon de la procédure et sa relance.

Le renvoi à la nécessité de maintenir une concurrence suffisante ne justifie pas la relance du marché, dès lors que deux candidatures avaient été déposées dans le cadre de l'avis de marché du 27 avril 2016.

Quant au principe de bonne administration, on ignore à quelle fin il est invoqué.

16. Dans le cadre du marché publié le 20 septembre 2016, la partie adverse a également décidé de modifier les conditions initiales du marché, notamment les conditions de participation à ce marché.

Or, on ignore pour quels motifs ces modifications ont eu lieu.

La partie requérante a intérêt à connaître la motivation de chacune de ces modifications afin de pouvoir vérifier que celles-ci ne reposent pas sur des motifs illicites ou illégitimes, comme l'intention dissimulée de modifier les conditions initiales du marché en vue de favoriser ou de défavoriser un candidat potentiel. Tel

serait le cas si les conditions de participation du marché initial devaient avoir été revues pour permettre la participation d'un candidat qui ne pouvait être sélectionné dans le cadre du premier marché ou d'exclure la requérante de la participation au marché".

B. Note d'observations

La partie adverse oppose à ce moyen la réponse suivante:

- " 24. L'article 35 de la loi du 15 juin 2006 dispose :
- «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».

En application de cette disposition :

- a. la Ville a par décision du 9 septembre 2016 :
- renoncé à l'attribution de la concession de travaux publics relatifs à la reconversion du Centre d'Art et de Design telle qu'arrêtée par la décision du Conseil Communal du 25 avril 2016;
 - inscrit à l'ordre du jour du Conseil Communal du 19 septembre 2016 la décision de relance d'une nouvelle procédure d'attribution et d'adoption du nouveau cahier spécial des charges;
 - chargé les services concernés de rédiger les conditions de ce nouveau cahier spécial des charges et de prendre les mesures de publicité nécessaires.
- b. la Ville a par décision du 19 septembre 2016 :
- approuvé le principe de la concession de travaux publics pour la reconversion du Centre d'Art et de Design;
 - choisi la procédure négociée avec publicité comme mode de passation;
 - approuvé le cahier spécial des charges et l'avis de concession tels qu'annexés.

25. En application des articles 4,9° et 5,10° de la loi du 17 juin 2013, la Ville a motivé les décisions précitées en faisant état de son souci :

- d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges en raison notamment d'éléments susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques;
- de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché;
- de respecter le principe de bonne administration.

26. Les motifs exposés ci-dessus permettent de comprendre les raisons qui ont poussé la Ville à renoncer au marché, et à relancer celui-ci dans des conditions différentes (les motifs justifiant la renonciation au marché sont identiques à ceux justifiant la relance).

Or, il s'agit là de l'objectif de la motivation formelle des actes administratifs. En effet, la motivation doit permettre de comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité a adopté la décision qui lui est adressée.

Partant, la SA WILHEM & CO ne peut être suivie lorsqu'elle avance que les décisions de la Ville seraient entachées d'un défaut de motivation formelle.

27. Par ailleurs, la SA WILHEM & CO indique qu'elle ne comprend pas « quelles seraient les précisions et modifications à apporter » ou « quels éléments du cahier spécial des charges seraient susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques ».

Elle est pourtant - en pleine mesure - d'identifier les modifications et précisions intervenues, tel que cela ressort des pages 4 à 9 de sa requête.

C'est dès lors pour les besoins de la cause, et de manière artificielle, que la SA WILHEM & CO soutient l'existence d'un défaut de motivation dans le chef de la Ville.

28. De surcroît, la SA WILHEM & CO fait valoir que son incompréhension est d'autant plus grande que le Cahier Spécial des Charges n'a pas été communiqué aux candidats et que celui-ci pouvait être amendé «sans incidence sur le lancement et le déroulement de la procédure déjà initiée».

Cette prétention n'est pas admissible dès lors que les modifications du Cahier Spécial des Charges portaient, entre autres, sur les conditions de participation.

Elle l'est d'autant moins qu'il s'agit d'une procédure restreinte, en deux temps.

En conséquence, la publication d'un nouvel avis de marché, portant appel à candidatures, s'imposait pour assurer une concurrence réelle et effective. En effet, la décision de relancer une nouvelle procédure a pour effet de contraindre, sauf recours légal à la procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur à faire un appel à la concurrence (C.E., n° 224.430, 31 juillet 2013).

29. En réalité, la SA WILHEM & CO reproche à la Ville de ne pas avoir exposé les motifs de ses motifs. C'est à ce titre que la SA WILHEM & CO réclame précisément «la motivation de chacune de ces modifications» alors que la Ville prend pour motif «la nécessité d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges».

Or, l'autorité n'est pas obligée d'étendre sa motivation au-delà des motifs avancés. Votre Conseil a pu le confirmer une nouvelle fois dans un arrêt du 24 juin 2009.

30. Enfin, la SA WILHEM & CO met en doute le fondement de la décision de renonciation et de relance de la Ville.

Eu égard à la jurisprudence de Votre Conseil dont il est fait référence par la SA WILHEM & CO, il faut constater que la Ville n'a aucunement procédé à la relance du marché «sur le simple fait que la décision en cause pourrait être irrégulière», ni par «simple crainte d'une procédure d'attribution illégale».

En conséquence, il était légitime pour la Ville de relancer le marché alors que des modifications aux documents du marché s'imposaient.

De même, vu le dépôt de deux seules candidatures – le souci d'assurer «concurrence suffisante» justifiait la modification des conditions de participation, et donc la relance du marché.

31. En toute hypothèse, la SA WILHEM & CO ne prétend pas - à la lecture de son premier moyen - que la Ville aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en procédant à la décision de renonciation et de relance du marché.

Par contre, la SA WILHEM & CO se livre à un réel procès d'intention lorsqu'elle suppose que les conditions du marché initial ont été revues pour favoriser ou défavoriser un candidat potentiel, et ce d'autant plus qu'elle s'abstient, à ce stade, de déposer une nouvelle candidature".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence: elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

En l'espèce, la décision de renoncer à l'attribution de la concession litigieuse, telle que la procédure de passation de celle-ci avait été initiée par la délibération du conseil communal de la partie adverse le 25 avril 2016, et de relancer une nouvelle procédure d'attribution, selon des conditions différentes, est motivée comme suit:

" [...] Considérant la nécessité d'apporter des précisions et modifications au cahier spécial des charges en raison notamment d'éléments susceptibles d'empêcher la comparaison des offres ou de donner lieu à des contestations juridiques ; Considérant la nécessité de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché ; Considérant le principe de bonne administration".

S'agissant, avant tout, de la volonté de prévenir des difficultés et contestations qui pourraient surgir à l'occasion de (ou à la suite de) la comparaison des offres, force est de relever qu'une telle préoccupation ne suffit pas à justifier la décision attaquée, dès lors qu'elle pouvait être rencontrée sans qu'il fût nécessaire de renoncer à la concession dont la procédure de passation faisait suite à l'avis du 27 avril 2016, et ce dans le contexte particulier où aucun candidat n'avait encore été invité à remettre offre et ne disposait du cahier spécial des charges, celui-ci pouvant donc être modifié par l'organe compétent de la partie adverse avant sa diffusion. En outre, s'impose-t-il de relever que cette prétendue volonté dont fait état la partie adverse pour justifier la décision attaquée ne trouve pas écho dans les nouvelles conditions de la concession, arrêtées le 19 septembre 2016: d'une part, et comme l'a reconnu la partie adverse, le choix, la pondération et le libellé des critères d'attribution, qui ont vocation à garantir une comparaison objective des offres, n'ont fait l'objet d'aucune modification; d'autre part – et alors que la première version du cahier spécial des charges ne contenait pas d'indications sur l'objet, l'importance et les modalités d'exécution des obligations que l'opérateur culturel s'engageait à assumer en faisant offre, indications sans lesquelles une comparaison utile et objective des offres paraît

illusoire – il s'impose de constater que la nouvelle version du cahier spécial des charges est tout aussi muette à ce propos, de sorte qu'elle ne permet pas de révéler, avec une vraisemblance élémentaire, une volonté de prévention de difficultés que susciterait la comparaison des offres.

A supposer, ensuite, qu'en ce qui concerne le motif portant sur la "nécessité de maintenir une concurrence suffisante pour ce marché", il faille avoir égard à l'évolution des conditions de participation imposées à l'opérateur culturel, il s'impose à tout le moins, et sauf à les priver de sens, de considérer que les précisions apportées – en termes de références à deux décrets de la Communauté française des 17 juillet 2003 et 21 novembre 2013 – ne peuvent que restreindre l'accès à la qualité d'opérateur culturel requise par la partie adverse (à tout le moins au sens où, par ces références, cette notion serait entendue), ce qui exclut que de telles modifications contribuent au maintien ou à l'ouverture de la concurrence. Si, pour le surplus, la préoccupation de maintenir une concurrence suffisante devait justifier l'apparent ajustement du niveau de chiffres d'affaires minimum requis de l'opérateur culturel, ce que tait – en toute hypothèse – la décision attaquée, encore faudrait-il avoir égard aux deux éléments suivants: d'une part, s'il faut entendre la partie adverse en ce qu'elle admet – en termes de plaidoiries dont il est fait état sous le titre "V. CONFIDENTIALITE" du présent arrêt – que la discordance entre les chiffres d'affaires requis résulte d'erreurs dans les libellés respectifs des documents du marché adoptés le 25 avril 2016, la différence du niveau de chiffre d'affaires minimum requis, constatée entre les délibérations successives des 25 avril et 19 septembre 2016, ne serait donc imputable qu'à la nécessité de rectifier une erreur préalable, et non à une quelconque volonté, non autrement démontrée, d'ouvrir le jeu de la concurrence à l'issue d'un premier appel à candidatures; d'autre part, le prétendu risque d'une concurrence insuffisante ne trouve, *prima facie*, pas un écho suffisant dans le dossier administratif, dont la pièce identifiée comme étant l'extrait du procès-verbal de la réunion du collège communal de la partie adverse du 25 juillet 2016, révèle bien – et ce sans que quelque critique ait été élevée à ce propos dans le cadre de la présente procédure – que les deux candidats rencontraient – selon cette même décision du 25 juillet 2016 – l'exigence de chiffre d'affaires la plus élevée qui ait été imposée par la partie adverse, ce qui ne peut que laisser perplexe quant au caractère erroné ou disproportionné de l'exigence initialement édictée et qui, *prima facie*, n'apparaît finalement pas, à ce stade de la procédure, comme ayant imposé une modification des conditions de passation.

Il y a lieu, enfin, de constater que la référence, non assortie d'autres précisions, au "principe de bonne administration" manque manifestement aux exigences de précision et de clarté requises de la motivation formelle d'un acte soumis à pareille obligation de motivation.

A la faveur de l'examen du moyen, effectué en extrême urgence, il apparaît que la décision attaquée, reposant sur les motifs exposés par la partie adverse, ne satisfait pas, *prima facie*, aux exigences de motivation formelle qui s'imposaient à cette partie adverse et dont le moyen fait valoir la méconnaissance.

Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré sérieux.

IX. MOYEN NOUVEAU

IX. 1. Thèses des parties

A l'audience du 28 octobre 2016, la requérante a soulevé un moyen nouveau, pris de la violation de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En substance, elle a soutenu que, dès lors que – comme l'admet la partie adverse en termes de plaidoiries – les obligations de l'opérateur culturel ne sont pas définies par les documents du marché, pour ce qui concerne les prestations attendues de lui dans le cadre de la concession litigieuse, on ne voit pas quel est le lien entre l'objet de la concession et les critères de sélection définis par la partie adverse, particulièrement pour ce qui a trait aux niveaux d'exigence requis.

En termes de plaidoiries, la partie adverse a répondu que le lien entre l'objet de la concession et les critères de sélection qu'elle a définis ressort clairement du point I.1. du cahier spécial des charges, intitulé "Contexte et présentation du projet", et plus particulièrement de la référence au décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'Education permanente référence reproduite dans la définition de l'exigence de conception et création d'"au moins trois projets culturels, dont au moins un impliquant une participation citoyenne active, au cours des 5 dernières années", définie au titre de l'un des critères de sélection qualitative de l'opérateur culturel. Elle a ajouté que le chiffre d'affaires annuel minimum requis, à savoir 225.000 euros, était également en lien avec l'objet du marché, puisque ce montant a été fixé par référence à la "charge locative supposée" de l'immeuble sur lequel porte la concession litigieuse.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la recevabilité du moyen

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

La procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 15 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 ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens.

Toutefois, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente, de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, l'illégalité alléguée apparaît bien évidente et a pu être débattue en tous ses aspects à l'audience, la partie adverse n'ayant d'ailleurs élevé aucune contestation à cet égard.

Le moyen nouveau est recevable.

Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, rendu applicable aux concessions de travaux publics par l'article 150 du même arrêté royal, est libellé comme suit:

" Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".

Il suit de cette disposition que le pouvoir adjudicateur doit, pour la sélection qualitative, fixer des exigences adaptées à l'objet de la concession, et ce au regard des prestations attendues du concessionnaire et des charges qu'il devra assumer au titre de l'exécution de cette concession.

En l'espèce, l'avis de concession publié le 20 septembre 2016 définit les exigences suivantes, requises dans le chef de l'opérateur culturel:

" III.1.2) Capacité économique et financière
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies (le cas échéant)
Le candidat sera considéré comme ayant une capacité économique suffisante pour exécuter le présent marché :

a) En ce qui concerne l'entreprise de travaux:

[...]

b) En ce qui concerne l'opérateur culturel

Étant donné que la Ville garantit le paiement des travaux à concurrence d'un montant de 2,200,000€ HTVA en cas de faillite ou de situation assimilée de l'opérateur culturel, la Ville désire obtenir des garanties quant à la santé financière de l'opérateur. Celui-ci devra dès lors produire un plan financier démontrant qu'il est, en l'état, apte à faire face à ses engagements.

L'opérateur culturel devra donc établir que son chiffre d'affaire annuel est au moins égal à 1,5 fois la charge locative supposée, à savoir 225.000 EUR.

III.1.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies (le cas échéant)

Le candidat sera considéré comme ayant une capacité technique suffisante pour exécuter le présent marché :

a) En ce qui concerne l'entreprise de travaux:

[...]

b) En ce qui concerne l'opérateur culturel:

L'opérateur culturel doit démontrer avoir créé et conçu (à l'exclusion d'une simple exploitation ou animation) au moins trois projets culturels, dont au moins un impliquant une participation citoyenne active, au cours des 5 dernières années.

La conception et la création du projet culturel impliquant une participation citoyenne active s'inscrit dans le cadre de l'éducation permanente telle que définie à l'art. 1^{er} § 1^{er} du décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'Education permanente, ainsi que dans le cadre de l'art. 1^{er} 6° démocratie culturelle et l'art. 1^{er} 10° éducation permanente tels que définis au décret relatif aux centres culturels du 21 novembre 2013".

A supposer que la référence au décret de la Communauté française du 17 juillet 2003 relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'Education permanente permette d'établir un lien suffisant entre l'exigence définie au titre de la capacité technique et l'objet du marché, tel que la partie adverse estime en déceler la définition sous le titre I.1. du cahier spécial des charges, intitulé "Contexte et présentation du projet", tel n'est, *prima facie*, pas le cas de l'exigence de niveau de chiffre d'affaires fixée au titre de la capacité économique et financière. Dès lors que, comme le reconnaît la partie adverse, le cahier spécial des charges ne contient aucune précision quant à l'objet, l'ampleur et la fréquence des prestations attendues de l'opérateur culturel, il n'est possible de déceler ni le lien entre l'exigence imposée au titre de la capacité économique et financière et l'objet de la concession, ni, *a fortiori*, le caractère proportionné de cette exigence. Est, à cet égard, dénuée de pertinence, la référence à la "charge locative supposée", puisque – ainsi que cela ressort de la clause

I.1. "Obligations du concessionnaire" de la section I "Obligations des parties" du chapitre 2 "Clauses spécifiques" du cahier spécial des charges, clause dont il a été fait état à l'audience – l'opérateur culturel ne sera tenu, durant une période de quinze ans susceptible d'être adaptée en fonction du montant des travaux, qu'au paiement d'un "euro symbolique", ce qui, *prima facie*, ne l'expose à aucune autre charge locative justifiant une capacité économique et financière particulière. Pour ce qui concerne l'occupation des lieux au terme de cette période, il n'est actuellement pas permis d'évaluer ce que pourra être la charge locative, ni, *a fortiori*, de déterminer si celle sur laquelle la partie adverse prétend prendre appui est réaliste.

Au vu de ces considérations, le moyen doit être déclaré sérieux.

X. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Rien ne paraît donc s'opposer à ce que cette suspension puisse être ordonnée.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision par laquelle la partie adverse renonce à l'attribution de la concession portant sur la reconversion du Centre d'art et de design, conformément aux conditions arrêtées le 25 avril 2016, et choisit de relancer la procédure de passation d'une concession de même objet, mais selon des conditions de passation modifiées.

Article 2.

Les deux versions du cahier spécial des charges et les deux candidatures produites par la partie adverse ainsi que la candidature de la requérante, jointe à sa requête, sont soustraites à la connaissance des parties, à ce stade de la procédure.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le neuf novembre 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.