CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 237.390 du 16 février 2017

A.218.527/VI-20.723

En cause : **l'association sans but lucratif CESI-PRÉVENTION ET PROTECTION**,

ayant élu domicile chez
M^es Pierre SLEGERS et
Sarah Ben MESSAOUD, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Hannut,

ayant élu domicile chez
M^e Eric LEMMENS, avocat,
boulevard de la Sauvenière 68/bte 2/2
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 22 février 2016, l'association sans but lucratif CESI-PREVENTION ET PROTECTION sollicite l'annulation de "la décision prise par la partie adverse le 13 novembre 2015, notifiée à la requérante par un courrier du 22 décembre 2015, d'attribuer les lots 1 et 2 du marché «surveillance médicale du personnel de l'administration et du CPAS de Hannut», à l'ASBL SPMT-ARISTA et, par voie de conséquence, de ne pas attribuer le marché à la requérante".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^me^ Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 27 décembre 2016, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 janvier 2017.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité ont été acquittés.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e^ Elisabeth KIEHL, *loco* Me Eric LEMMENS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. La ville de Hannut et le centre public d'action sociale de Hannut ont décidé de passer un marché conjoint, selon la procédure négociée sans publicité, pour la surveillance médicale du personnel de l'administration et du centre public d'action sociale de Hannut pour l'année 2016. Ce marché comporte deux lots :
- lot 1 : service externe de prévention et de protection, en abrégé SEPP, pour l'administration communale,
- lot 2 : service externe de prévention et de protection, en abrégé SEPP pour le centre public d'action sociale.

Le pouvoir adjudicateur est la ville de Hannut.

2. Par des courriers du 15 octobre 2015, la partie adverse a invité la requérante ainsi que SECUREX et l'ASBL SPMT-ARISTA à remettre une offre.

Seules la requérante et l'ASBL SPMT-ARISTA ont remis une offre.

3. Le 13 novembre 2015, la partie adverse a décidé d'attribuer les deux lots du marché à l'ASBL SPMT-ARISTA. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par des courriers recommandés datés du 22 décembre 2015.

4. Le 5 janvier 2016, le Ministre wallon des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Energie a indiqué à la partie adverse que sa décision du 13 novembre 2015 "n'appelle aucune mesure de tutelle de [sa] part et qu'elle est donc devenue pleinement exécutoire".

5. A l'audience du 25 janvier 2017, les parties ont convenu que, dans la perspective de l'échéance du marché litigieux au 31 décembre 2016, une nouvelle procédure d'attribution a été lancée, à laquelle la requérante et l'attributaire du marché litigieux ont pris part, et que cette procédure a débouché sur une décision d'attribution du nouveau marché au même attributaire que celui du marché litigieux, et ce pour une durée indéterminée.

IV. Recevabilité du recours

IV.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au second moyen. Elle s'exprime en ces termes:

" La requérante n'a cependant pas intérêt au moyen.
En effet, indépendamment même du fait qu'elle ne démontre pas que son offre aurait dû être mieux classée que celle de SPMT-ARISTA, la durée réduite de la procédure constitue un avantage dans le chef de la requérante puisqu'il lui permettra de participer à une nouvelle procédure dans un délai rapproché. Sa durée ne lui cause donc aucun grief".

B. Mémoire en réplique

En réplique, la requérante fait valoir ce qui suit:

" Contrairement à ce que la partie adverse soutient, la partie requérante a nécessairement un intérêt au moyen.
En effet, s'il est établi que les conditions du marché public sont irrégulières – comme développé à l'appui du deuxième moyen –, cela vicie nécessairement la décision d'attribution. Il en va ainsi dès lors que les offres auraient été remises et comparées sur la base de conditions d'exécution irrégulières et que ces offres auraient pu être différentes si d'autres conditions d'exécution – régulières – étaient prévues par les documents du marché. Il en va d'autant plus ainsi que la réglementation violée concerne le bien-être des travailleurs et est d'ordre public.
Concrètement, l'on ne peut soutenir que les offres déposées auraient été les mêmes si la durée du marché était différente.
L'irrégularité retenue aurait donc un effet sur l'appréciation et le classement des offres. En cas d'annulation sur cette base, il appartiendrait à la partie adverse de relancer le marché, en prévoyant des conditions d'exécution conformes à la réglementation relative aux SEPPT. Cela permettrait alors à la partie requérante de retrouver une chance d'obtenir le marché.
Au-delà, la partie requérante a un intérêt au moyen dès lors que, si la durée du marché est indéterminée, elle peut être plus courte que la durée nominale du marché, de sorte que la partie requérante obtient des chances répétées et potentiellement anticipées de se voir attribuer un nouveau marché.
La partie requérante dispose donc bien d'un intérêt au moyen".

C. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse conteste le maintien de l'intérêt de la requérante à son recours, dans les termes suivants:

" Le marché litigieux a été conclu pour une durée de un an, correspondant à l'année 2016.
La partie adverse considère dès lors que la requérante perdra son intérêt au recours après l'échéance du terme, à savoir le 31 décembre 2016".

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante justifie le maintien de son intérêt comme suit:

" Contrairement à ce que prétend la partie adverse, la partie requérante disposera toujours d'un intérêt au recours après l'échéance du terme du marché litigieux.
En effet, l'intérêt à solliciter l'annulation d'une décision d'attribution d'un marché public n'est pas conditionné au fait que l'exécution du marché soit toujours en cours. En effet, le recours en annulation n'a pas pour unique objet de permettre au soumissionnaire de retrouver une chance d'obtenir le marché. Il est de jurisprudence constante de Votre Conseil que le soumissionnaire évincé concerve son intérêt à l'annulation même si le contrat de marché public a été conclu et même exécuté.

Votre Conseil a déjà jugé que :

«Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 consacrent un régime spécifique au contentieux des marchés publics. Ce régime se caractérise notamment par une acceptation large de la notion de l'intérêt à l'annulation et à la suspension d'une décision d'attribution d'un marché déterminé. Conformément à l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, "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" dispose d'un intérêt à demander l'annulation ou la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché. A cet égard, les dispositions précitées n'autorisent pas à réserver un traitement distinct de l'intérêt au recours selon que celui-ci vise l'annulation ou la suspension de l'exécution de la décision querellée. Elles ne permettent pas davantage d'évaluer différemment l'intérêt au recours selon que le contrat a ou non été conclu. Statuer en sens contraire reviendrait, en outre, à méconnaître le principe selon lequel, en matière de marchés publics, une partie qui poursuit l'annulation d'une décision d'attribution, constituant un acte détachable, dispose, en tout état de cause, d'un intérêt moral qualifié, même si le contrat litigieux a déjà été conclu au moment où le Conseil d'État est appelé à se prononcer».

Votre Conseil a également jugé que :

«La circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, le marché est exécuté en manière telle que la société requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, le cas échéant, se contenter d'actionner le pouvoir adjudicateur en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la société requérante de son intérêt au recours en annulation. Elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision d'attribution du marché ».

En l'espèce, la partie requérante conservera donc son intérêt au recours au-delà du 31 décembre 2016 et ce même si le marché aura alors été entièrement exécuté".

E. Plaidoiries

A l'audience du 25 janvier 2017, pour faire reconnaître les lésions que lui ont causées ou risqué de lui causer les violations alléguées par les deux moyens, la requérante a précisé que celles-ci avaient trait à la régularité du cahier spécial des charges, de sorte que, si celui-ci avait été rédigé différemment, elles auraient pu établir des offres différentes, qui auraient pu l'avantager.

F. Exposé des moyens

L'examen de la recevabilité du recours impose de présenter les termes des deux moyens soulevés à l'appui de cette demande.

S'agissant du premier moyen, il est pris de la violation de "la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 38; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics en secteur classique, notamment l'article 110; la loi du

4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, en particulier les articles 4, 5 et 33 et le chapitre VIII relatif au comité de prévention et de protection au travail; l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services internes pour la prévention et la protection au travail; l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, et plus particulièrement de ses articles 3 et 13; l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif aux missions et au fonctionnement des comités pour la prévention et la protection au travail, notamment l'article 14", "[e]n ce que le pouvoir adjudicateur passe le marché pour son compte mais également pour le compte d'un autre pouvoir adjudicateur", "[a]lors que chaque employeur doit désigner lui-même son service externe de prévention et de protection au travail moyennant l'intervention de ses propres représentants de travailleurs".

S'agissant du second moyen, il est pris de la violation de "la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 37; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment l'article 27; l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif aux services externes pour la prévention et la protection au travail, et plus particulièrement de son article 13","[e]n ce que le pouvoir adjudicateur a lancé un marché pour une durée déterminée d'un an","[a]lors que les dispositions visées à l'appui du moyen exigent qu'un marché de SEPPT soit conclu pour une durée indéterminée".

IV.2. Appréciation

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à son second moyen. Dans son dernier mémoire, elle conteste l'intérêt au recours.

Les débats tenus en la présente cause et les exigences légales applicables en la matière imposent de traiter ensemble ces exceptions sous l'angle de la recevabilité du recours.

L'article 14 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 est libellé comme suit:

" A la demande de 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, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières

discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
3° les documents du marché".

Les termes en lesquels cette disposition est libellée et la préoccupation d'effectivité du recours juridictionnel qu'elle a vocation à servir dans le contentieux de l'attribution des marchés publics commandent certainement à l'instance de recours de ne pas faire preuve d'une rigueur excessive dans l'appréciation de la recevabilité du recours. Toutefois, et sauf à priver de sens et d'utilité les conditions de recevabilité définies par cette disposition, il incombe à la personne concernée d'établir avec une vraisemblance élémentaire qu'il satisfait à ces conditions, particulièrement lorsque le respect de celles-ci peut, dans le contexte spécifique du marché litigieux, faire débat. Cette exigence contraint notamment cette personne à démontrer concrètement la lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux.

En réponse à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse dans son dernier mémoire, il s'impose de relever que la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'État intervient, le marché est exécuté en manière telle que la requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'État est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la requérante de son intérêt au recours en annulation. Elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée.

Telle qu'elle est formulée par la partie adverse, l'exception d'irrecevabilité du recours ne peut, en conséquence, être accueillie.

Il s'impose néanmoins, pour apprécier la recevabilité du présent recours, d'examiner s'il est satisfait à la condition relative à la lésion causée, ou risquant d'avoir été causée, par les violations alléguées dans le cadre de ce recours.

S'agissant des violations alléguées au titre des deux moyens, elles appellent l'appréciation suivante: s'il ne peut pas être exclu que, face à des conditions du marché différentes de celles qui ont été fixées en l'espèce, la requérante aurait déposé une offre conçue différemment, il n'en est pas moins tout aussi probable que ses concurrents éventuels en auraient fait de même, de sorte que le Conseil d'État n'aperçoit pas, sur la base de cet argument, comment la requérante aurait été, ou risqué d'être, particulièrement affectée par la fixation des conditions du marché critiquées. En toute hypothèse, la requérante n'expose pas concrètement en quoi, face à d'autres conditions, son offre aurait été à ce point différente qu'elle eût été de nature à lui donner une chance supplémentaire d'obtenir le marché.

En outre, en tant que la requérante prétend qu'elle aurait eu des chances plus élevées de se voir attribuer un nouveau marché si celui qui est contesté en l'espèce, plus particulièrement par le second moyen, avait été conçu pour une durée indéterminée, et non pour une durée d'un an, cette prétention ne repose sur aucune démonstration concrète. C'est d'autant moins le cas que la requérante bénéficiait d'une chance réelle à l'égard du (ou des) marchés que la partie adverse devait passer pour les années 2017 et suivantes, de sorte que ne peut, au regard de cet argument, être considérée comme satisfaite l'exigence de démonstration d'une lésion, ou d'un risque de lésion, prescrite par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée, qui aurait touché la requérante. Cette chance est du reste confirmée – ainsi que l'ont révélé les débats tenus à l'audience – par le fait que la requérante – tout comme l'attributaire du marché litigieux – a, entretemps, participé à une nouvelle procédure d'attribution d'un marché de services, à durée indéterminée cette fois.

Dès lors que la requérante n'établit pas à suffisance la lésion que, selon elle, lui auraient causée ou auraient risqué de lui causer les prétendues violations invoquées par les moyens, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée, en vertu de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité du recours en annulation dirigé contre l'acte attaqué, ce recours doit être déclaré irrecevable.

V. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel son offre, identifiée comme étant l'annexe 6 de sa requête.

C'est également à titre confidentiel que la partie adverse dépose les pièces 22 à 25 du dossier administratif.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VI. Dépens et indemnité de procédure

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

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État 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 ailleurs, le rejet du recours justifie que les autres dépens soient laissés à la requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

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

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

MM. Jacques JAUMOTTE,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
Serge BODART,	conseiller d'État,
M^me^ Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Jacques JAUMOTTE.

‡BGCRODDFJ-BCIEEJV‡