

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 237.777 du 24 mars 2017

A.221.621/VI-20.976

En cause : **la Société civile à forme d'une société coopérative à responsabilité limitée INTERMÉDIANCE & PARTNERS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,

contre :

la ville de Binche,

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Valentine de FRANQUEN, avocats,
place Eugène Flagey 18
1050 Bruxelles

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 mars 2017, la Société civile à forme d'une société coopérative à responsabilité limitée INTERMÉDIANCE & PARTNERS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " - la décision du Collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse du 8 février 2017 de renoncer à la procédure de passation du marché «Désignation d'un huissier de justice» selon le mode de l'appel d'offres ouvert, initiée le 20 avril 2016 (pièce 5);
- la décision de date et d'auteur inconnus par laquelle la partie adverse a décidé de recommencer la procédure de passation de marché, en suivant un autre mode, étant cette fois la procédure négociée sans publicité, et sur la base d'un autre cahier spécial des charges contenant des critères d'attribution différents".

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 mars 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 mars 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Sébastien KAISERGRUBER, *loco* M^{es} Marc UYTTENDAELE et Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

Le 20 avril 2016, la partie adverse a publié un avis de marché au Bulletin des adjudications belge concernant un marché de services passé par appel d'offres ouvert et portant sur la désignation d'un huissier de justice.

Le 31 mai 2016, la requérante a déposé son offre auprès de la partie adverse.

En sa séance du 28 novembre 2016, le collège communal de la partie adverse a décidé :

- de sélectionner neuf soumissionnaires, dont la requérante et la société PREJUSTITIA, et de considérer leurs offres comme complètes et régulières,
- d'attribuer le marché "au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit Prejustitia, Drève des alliés 35 à 6530 Thuin".

Au terme d'une comparaison des offres des soumissionnaires consistant en l'attribution de points pour chacun des critères d'attribution prédéfinis dans le cahier spécial des charges, l'offre de l'attributaire se voyait classer première avec 115 points, les offres de quatre autres soumissionnaires obtenaient 110 points et la requérante était classée sixième avec 105 points, *ex aequo* avec un autre soumissionnaire, tandis que deux offres obtenaient 100 points.

Le 11 janvier 2017, le collège communal de la partie adverse a décidé de retirer sa décision du 28 novembre 2016 d'attribuer le marché "Désignation d'un huissier de justice" à la société PREJUSTITIA.

Le 8 février 2017, le collège communal de la partie adverse a décidé d'arrêter la procédure de passation du marché "Désignation d'un huissier de justice" et de relancer le marché ultérieurement.

Cet acte est motivé comme suit:

" [...] Vu la décision du Collège communal du 28 novembre 2016 relative à l'attribution de ce marché à Prejustitia, Drève des alliés 35 à 6530 Thuin ;

Vu la demande de suspension en extrême urgence introduite par un des soumissionnaires en date du 30 décembre 2016 ;

Vu la décision du Collège communal du 9 janvier 2017 de retirer sa décision d'attribution du 28 novembre 2016 au motif qu'il existe des raisons suffisantes pour estimer que la Ville de Binche a commis soit une erreur d'appréciation soit, qu'à tout le moins, la décision d'attribution du 28 novembre 2016 ne présente pas les garanties suffisantes en terme de motivation du choix de l'adjudicataire ;

Vu que cette décision de retrait a été notifiée aux soumissionnaires concernés en date du 12 janvier 2017 ;

Considérant que le délai de validité des offres a expiré ;

Considérant que, tenant compte des éléments précités, il est recommandé d'arrêter la procédure de passation.

À l'unanimité,

DÉCIDE:

Article 1^{er} :

D'approuver l'arrêt de la procédure de passation du marché «Désignation d'un huissier de justice». Le marché sera relancé ultérieurement."

Il s'agit du premier acte attaqué

Lors de la même séance, le collège communal de la partie adverse a décidé d'approuver le cahier spécial des charges N°1174 et de recourir à la procédure négociée sans publicité comme mode de passation du marché.

Cette décision se lit, notamment, comme suit:

" Considérant le cahier des charges N° 1174 relatif au marché «Désignation d'un huissier de justice»;

Considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 165.289,26 € hors TVA ou 200.000,00 €, 21 % TVA comprise;

Considérant qu'il est proposé de passer le marché par procédure négociée sans publicité;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget ordinaire de l'exercice 2017, article 104/123-15;

Considérant l'avis de légalité du Directeur financier n°2017/COL/JPF/435;

A l'unanimité,

DÉCIDE:

Article 1er :

le cahier des charges N° 1174 et le montant estimé du marché «Désignation d'un huissier de justice». Les conditions sont fixées comme prévu au cahier des charges et par les règles générales d'exécution des marchés publics.

Article 2:

De choisir la procédure négociée sans publicité comme mode de passation du marché.

Article 3:

De consulter les firmes suivantes dans le cadre de la procédure négociée sans publicité :

- [...]

- Intermédiance (Société coopérative sous forme d'une SPRL), rue de la Ville 9 à 5660 Couvin;

- [...]"

Il s'agit du second acte attaqué.

Par un courrier du 8 février 2017, reçu le 17 février 2017, la requérante a été invitée par la partie adverse à remettre son offre, au plus tard le 14 mars 2017, dans le cadre de ce marché public. Le cahier spécial des charges, exposant notamment les nouveaux critères d'attribution du marché, était annexé à ce courrier.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Se référant à des arrêts du Conseil d'Etat, la requérante soutient, en substance, "qu'elle est placée dans l'impossibilité de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a préféré renoncer à la première procédure plutôt que de procéder à un nouvel examen de sa candidature initialement déposée".

Elle ajoute "que les actes attaqués la privent d'un nouvel examen de sa candidature au regard des critères initialement arrêtés par la partie adverse et qui lui étaient plus favorables que ceux qui figurent dans le nouveau cahier spécial des charges".

Elle estime que les actes attaqués la privent d'une chance de se voir attribuer le marché portant sur la désignation d'un huissier de justice et, qu'à ce titre, elle dispose d'un intérêt suffisant au présent recours.

B. Note d'observations

La partie adverse ne conteste pas l'intérêt de la requérante à critiquer le premier acte attaqué. En revanche, s'agissant du second acte attaqué, elle observe que la procédure est en cours d'attribution et qu'aucune décision relative à l'attribution n'a à ce jour été adoptée. Elle estime donc que "les critiques de la requérante partent d'un procès d'intention". Dès lors que, selon elle, cet acte ne fait pas grief, le recours n'est pas recevable à l'encontre du second acte attaqué.

Elle rappelle, en outre, que dans le cadre d'une procédure négociée, il est loisible à la requérante de questionner le pouvoir adjudicateur sur la portée de l'un ou l'autre élément, plutôt que de la poursuivre devant une juridiction.

IV.2. Appréciation

Il n'est pas contesté que le retrait décidé par la partie adverse le 11 janvier 2017 n'excluait pas la perspective d'un nouvel examen de la candidature déposée par la requérante le 31 mai 2016 et que, partant, la requérante a un intérêt à contester le premier acte attaqué, par lequel la partie adverse renonce à l'attribution du marché initial et choisit de relancer une nouvelle procédure, ce qui la prive nécessairement de la possibilité de ce nouvel examen de sa candidature au regard des conditions

initialement arrêtées par la partie adverse.

Quant à la décision de choisir pour le nouveau marché une nouvelle procédure et d'arrêter pour celui-ci des modalités différentes de celui auquel la partie adverse a décidé de mettre fin, il convient de rappeler que la décision de lancer un marché et d'arrêter le mode de passation ainsi que les critères d'attribution de celui-ci est un acte préparatoire à la décision définitive d'attribution du marché public. Un soumissionnaire potentiel ou effectif à ce marché peut, toutefois, former un recours en annulation contre cette décision si, à l'égard de ce soumissionnaire, elle n'apparaît plus comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci. Tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution.

En l'espèce, la requérante ne critique pas le nouveau mode de passation du marché et il ressort des déclarations des parties à l'audience qu'elle a déposé une offre dans le cadre de ce nouveau marché. Par ailleurs, si la requérante prétend que les nouveaux critères d'attribution lui sont moins favorables que ceux du marché initial, elle ne soutient pas, pour autant, que les conditions du nouveau marché seraient telles qu'elles la priveraient, en droit ou en fait, de toute possibilité de se le voir attribuer.

Il s'ensuit que le recours est prématuré en ce qu'il vise le second acte attaqué.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante prend "un moyen unique de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 5 et 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 4, 5 et 29 — en particulier l'article 29, § 2, 3°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir renoncé à passer le marché publié le 20 avril 2016 et d'avoir relancé le marché selon un mode de passation

et des critères d'attribution modifiés.

Dans une première branche, elle fait valoir que "la décision de renoncer au marché ainsi que celle de modifier le mode de passation et les critères d'attribution initiaux ne reposent, à [sa] connaissance [...], sur aucune motivation adéquate".

Elle rappelle à cet égard la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'obligation de motivation formelle à laquelle est tenu le pouvoir adjudicateur, notamment lorsqu'il décide de renoncer à la passation du marché et, le cas échéant, décide de passer un nouveau marché.

Elle expose qu'en l'espèce, il lui est impossible de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de renoncer à la passation du marché initial et de le relancer selon un autre mode de passation et en appliquant des critères d'attribution modifiés.

En ce qui concerne le premier acte attaqué, elle estime que sa motivation est insuffisante et inadéquate. Elle considère que la décision de renoncer à la procédure initiale semble "fondée sur deux motifs : 1) la circonstance que la décision d'attribution du 28 novembre 2016 était irrégulière et 2) la circonstance que le délai de validité des offres a expiré".

Selon elle, le premier motif n'est ni pertinent, ni admissible. En effet, elle expose que les irrégularités relevées dans la décision d'attribution du 28 novembre 2016 n'affectaient que cette seule décision et non pas les étapes antérieures de la procédure. L'irrégularité de la décision d'attribution 28 novembre 2016 ne peut donc, selon la requérante, pas valablement fonder la décision de renoncer à la procédure initiale.

La requérante estime que "le motif tiré de la circonstance que le délai de validité des offres a expiré n'est pas plus admissible [et] n'est en outre guère sérieux".

Citant un arrêt du Conseil d'Etat et une source de doctrine, elle souligne que l'expiration du délai pendant lequel le soumissionnaire est engagé par son offre ne met pas fin à la validité de l'offre proprement dite, mais a uniquement pour effet que ce dernier n'est plus tenu d'accepter l'exécution du marché aux conditions qu'il a indiquées dans son offre initiale. L'attribution du marché nécessite dans ce cas un nouveau consentement du soumissionnaire retenu. Après l'expiration du délai de validité des offres, le pouvoir adjudicateur peut interroger le soumissionnaire pressenti sur le maintien ou non des conditions initiales de son offre.

Elle en déduit que "la circonstance selon laquelle le délai de validité des offres a expiré ne peut pas non plus valablement justifier la décision de renoncer à la procédure d'attribution et de la relancer selon un autre mode et d'autres critères d'attribution".

Elle conclut sur ce point qu'elle "ignore — ou en tout état de cause ne parvient pas à comprendre — les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de renoncer à la procédure initiale et la relancer selon un autre mode et d'autres critères d'attribution".

Elle estime que "cela est problématique dans la mesure où la requérante est ainsi privée d'un nouvel examen de sa candidature au regard des critères initialement arrêtés par la partie adverse" [ainsi que] "de la possibilité de vérifier que la modification du mode de passation et des critères d'attribution ne repose pas sur des motifs illicites ou illégitimes, telle que l'intention dissimulée de favoriser ou défavoriser un candidat potentiel".

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que "les nouveaux critères d'attribution du cahier spécial des charges sont discriminatoires dès lors qu'ils sont soit trop imprécis soit [la] désavantagent [...] par rapport aux autres candidats".

Elle rappelle que "le pouvoir adjudicateur ne peut violer la concurrence entre entreprises, par exemple en établissant des critères d'attribution qui auraient pour effet de favoriser ou défavoriser un soumissionnaire par rapport aux autres".

Elle compare ensuite les critères d'attribution du marché initial et du marché relancé et relève plusieurs différences. Elle explique qu'elle "ignore — et a été privée par la partie adverse de connaître — les raisons de cette modification des critères d'attribution", alors même "qu'aucun des soumissionnaires, pas même la requérante, n'avait contesté ou remis en cause les critères initiaux".

La requérante ajoute, par ailleurs, que "la modification des critères pourrait avoir pour effet d'avantager un candidat par rapport aux autres".

Elle critique, sous cet angle, le nouveau premier critère, en ce qu'il limite à deux pages la note exposant la méthodologie qu'entend mettre en œuvre le soumissionnaire pour exécuter le marché, le deuxième critère "Tarification des actions", en ce qu'il impose au soumissionnaire de détailler les coûts liés à la procédure de recouvrement des dettes fiscales et le troisième critère "Services complémentaires", en ce qu'il lui impose de proposer au maximum 5 services complémentaires.

Elle fait valoir qu'elle "ne peut comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a procédé à une modification significative des critères d'attribution initiaux, qui n'étaient pas contestés". Elle ajoute que "ces nouveaux critères sont discriminatoires en ce qu'ils pourraient avoir pour effet d'avantager ou de désavantager un soumissionnaire par rapport aux autres" et la privent "d'un nouvel examen de sa candidature au regard des critères initiaux qui lui étaient plus favorables que ceux qui figurent dans le nouveau cahier spécial des charges".

V.2. Appréciation

A. Sur la première branche

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 dispose comme suit :

" L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode".

Il découle de cette disposition que le pouvoir adjudicateur a la faculté de renoncer à attribuer le marché et, le cas échéant, d'en lancer un nouveau. Toutefois, l'article quatre, alinéa 1^{er}, 9°, 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 lui fait, alors, obligation de rédiger une décision motivée.

En l'espèce, en adoptant le premier acte attaqué, la partie adverse a rédigé une décision annonçant qu'elle renonçait à attribuer le marché et que le marché serait relancé ultérieurement.

Cette décision est, en réalité, motivée par le seul constat de l'expiration du délai de validité des offres. En effet, le constat que la décision du 28 novembre 2016 a été retirée en raison de son irrégularité, qui figure également dans l'acte attaqué, constitue un simple rappel des antécédents de la procédure d'attribution initiale, qui, en soi, laissait encore ouverte une éventuelle nouvelle décision d'attribution dans le cadre de cette procédure. En revanche, le constat de l'expiration de la validité des offres plaçait la partie adverse devant un choix: soit interroger les soumissionnaires, voire le seul soumissionnaire pressenti, sur le maintien des conditions initiales de leur offre, soit arrêter la procédure et relancer le marché.

Toutefois, si l'expiration du délai des offres permet encore à l'autorité

d'attribuer le marché en demandant une prolongation du délai aux soumissionnaires concernés, il s'agit d'une faculté qui lui est ouverte, mais nullement d'une obligation, comme pourrait le laisser penser l'argumentation de la requérante.

En l'occurrence, la partie adverse n'a pas retenu cette solution et a opté pour l'autre branche de l'alternative qui lui était offerte, en renonçant à poursuivre le premier marché. Cette décision résulte donc bien du dépassement du délai de validité des offres.

A première vue, ce motif tiré du dépassement du délai de validité des offres, pour succinct qu'il soit, permet à la requérante de comprendre pourquoi la partie adverse a choisi de renoncer à attribuer le marché initial et a préféré relancer une nouvelle procédure. Cette dernière n'était pas, en outre, tenue de passer en revue la ou les autres solutions envisageables et d'exposer les raisons pour lesquelles elle ne l'a ou ne les a pas retenues.

La requérante ne conteste, par ailleurs, pas la réalité du motif ainsi avancé par la partie adverse dans l'acte attaqué et la seule circonstance qu'une autre solution eût été possible ne suffit pas, en soi, à en établir l'inadéquation. A cet égard, la requérante ne démontre pas, et ne soutient même pas, qu'il était déraisonnable d'opter pour cette solution ou que ce choix procédait d'une erreur manifeste d'appréciation.

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

B. Quant à la seconde branche

La seconde branche du moyen critique le second acte attaqué, sans soutenir que celui-ci écarterait la requérante du marché et la priverait, en droit ou en fait, de toute possibilité de se voir attribuer celui-ci. La simple circonstance qu'elle estime que les nouveaux critères d'attribution pourraient lui être moins favorables que les premiers ne suffit pas à modifier la nature d'acte préparatoire du second acte attaqué et à lui conférer la valeur d'une "décision préalable", emportant des effets juridiques définitifs pour la requérante.

Le moyen est irrecevable en sa seconde branche, étant prématuré.

Le moyen unique n'est, dès lors, pas sérieux

VI. Confidentialité

La requérante demande le bénéfice du régime de confidentialité pour son

offre initiale. La partie adverse demande la même confidentialité pour les offres de la première procédure. La communication de ces pièces n'étant pas nécessaire à la solution du litige et pouvant être de nature à porter atteinte au secret des affaires, il y a lieu de faire droit à la demande des parties.

VII. Dépens et indemnité de procédure

La partie adverse demande que lui soit accordée une indemnité de procédure de 700 €, à charge de la partie requérante. Cette dernière ne fait valoir aucun argument de nature à contester ce montant.

Dès lors que la partie adverse obtient gain de cause, il y a lieu de lui accorder l'indemnité de procédure qu'elle sollicite,

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 3.

La pièce A du dossier de la partie requérante et les pièces n° 13 à 21 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt-quatre mars deux mille dix-sept par :

M. Serge BODART,
M. Xavier DUPONT,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier DUPONT

Serge BODART