

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

A R R Ê T

n^o 237.939 du 13 avril 2017

A.221.716/VI-20.989

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
INTERMEDIANCE & PARTNERS,**

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

contre :

le Centre public d'action sociale de Namur,
en abrégé C.P.A.S. de Namur,

ayant élu domicile chez
M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
Rue J.-B. Brabant 56
5000 Namur

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mars 2017, la société coopérative à responsabilité limitée INTERMEDIANCE & PARTNERS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision «de recommencer prochainement ledit marché de service en revoyant les critères d'attribution»" prise par le Conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de NAMUR le 28 février 2017.

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 mars 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 avril 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, avocat, *loco* Mes Marc UYTTENDAELE et Anne FEYT, avocats, comparaissant pour la partie requérante et M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

1. Le 28 octobre 2016, la requérante est informée par un courriel de la partie adverse de l'ouverture du marché public "Désignation d'un huissier de justice pour le recouvrement des sommes dues au CPAS de Namur" et est invitée à remettre une offre.

Le cahier spécial des charges y est annexé.

2. Il s'agit d'un marché de services passé par procédure négociée sans publicité. Les critères d'attribution sont définis dans le cahier spécial des charges.

3. Le 22 novembre 2016, la requérante a remis son offre à la partie adverse.

4. En sa séance du 26 janvier 2017, le Bureau permanent de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société Guy MORE.

5. Cette délibération est motivée par référence au rapport d'examen des offres, duquel il ressort que deux soumissionnaires ont été retenus au terme de la sélection qualitative, soit la requérante et la société Guy MORE et que le classement final des offres se présente comme suit:

- société Guy MORE: 95,51

- société INTERMÉDIANCE : 84

6. Le 22 février 2017, la requérante a introduit une demande suspension en extrême urgence de l'exécution de cette décision.

7. Le 28 février 2017, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé "de rapporter la délibération du Bureau permanent du 26 janvier 2017 décidant d'attribuer le marché de désignation d'un huissier de justice à la SPRLU Guy MORE" et "de recommencer prochainement ledit marché de service en revoyant les critères d'attribution".

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le présent recours ne porte pas sur la décision de retrait de la délibération du Bureau permanent de la partie adverse d'attribuer le marché à la société Guy MORE, mais uniquement sur la décision de recommencer prochainement ledit marché de service en revoyant les critères d'attribution.

Cette décision est ainsi motivée :

" [...] Vu la loi du 8 juillet 1976, organique des Centres Publics d'Action Sociale (CPAS) notamment, l'article 84 relatif aux compétences du Conseil de l'Action Sociale;

Vu la délibération du Bureau Permanent du 26 janvier 2017 décidant d'attribuer le marché de service de désignation d'un huissier de justice pour le recouvrement des sommes dues au CPAS, à l'huissier Guy Moré sprlu (n° d'entreprise 0478.617.992), chaussée de Louvain, 410 à 5004 Bouge, aux conditions mentionnées dans l'offre de ce candidat, pour une durée de 4 ans;

Vu le recours en suspension introduit en extrême urgence au Conseil d'Etat par Intermédiance srl, rue de la Ville, 9 à 5660 Couvin;

Vu la note de Maître Gilles Vandermeeren, avocat du Centre Public d'Action Sociale en matière de marchés publics;

Considérant qu'il est opportun de recommencer la procédure en modifiant les critères d'attribution dudit marché;

Prend connaissance du recours en suspension introduit en extrême urgence au Conseil d'Etat par Intermédiance srl, rue de la Ville, 9 à 5660 Couvin".

IV. Intérêt au recours

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au recours. Se référant

à une jurisprudence citée dans la requête, elle soutient que son enseignement n'est pas transposable à l'espèce et expose que l'acte attaqué ne fait pas directement grief à la requérante. Elle ajoute qu'"en ce qu'il emporte la décision de revoir les critères d'attribution, l'acte attaqué est une décision préparatoire non susceptible de recours".

Citant un arrêt du Conseil d'Etat, elle fait valoir que "la décision d'approuver les modalités d'un nouvel appel d'offres pour un marché est un acte préparatoire dès lors que le commerçant requérant n'établit pas que les termes de ce nouvel appel à candidatures l'écarteraient d'office du marché et le priveraient de toute chance d'être sélectionné".

Elle rappelle "qu'un critère ne peut être choisi en vue de favoriser un concurrent potentiel" et que "chacun pourra adapter son offre au regard des futurs critères, le cas échéant".

Elle considère donc que l'acte attaqué ne prive pas la requérante de la possibilité de se voir attribuer le marché et qu'elle conserve toutes ses chances.

Elle en conclut que la requérante n'a pas intérêt au présent recours.

IV.2. Appréciation

L'acte attaqué contient, en réalité, deux décisions distinctes: la première rapporte la délibération du 26 janvier 2017, par laquelle était attribué le marché de désignation d'un huissier de justice à la société Guy MORE; la seconde décide "de recommencer prochainement ledit marché de service en revoyant les critères d'attribution".

Par la première décision, la partie adverse retire sa décision antérieure d'attribution, ce qui n'exclut, en soi, pas la perspective d'un nouvel examen de l'offre de la requérante. La seconde contient, en revanche, implicitement une renonciation à cette option en ce qu'elle décide de recommencer une nouvelle procédure, selon des nouveaux critères d'attribution. Le retrait de la décision d'attribution du marché était de nature à permettre un nouvel examen de l'offre de la requérante au regard des critères d'attribution initiaux fixés par la partie adverse et à lui rendre une possibilité de se voir attribuer le marché, d'autant que seuls deux soumissionnaires avaient été sélectionnés. La décision de renoncer au marché implicitement contenue dans celle de recommencer une nouvelle procédure, la prive nécessairement de la possibilité de ce nouvel examen. Partant, elle dispose d'un intérêt à en demander la suspension.

V. Moyen

V.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen "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 de n'avoir pas adéquatement motivé sa décision de renoncer au marché dont la procédure avait été initiée le 8 novembre 2016 et de recommencer "prochainement" celui-ci en revoyant les critères d'attribution.

Citant des arrêts du Conseil d'Etat, elle rappelle que l'obligation de motivation formelle est aussi de rigueur lorsque le pouvoir adjudicateur décide de renoncer à la passation du marché, et le cas échéant, décide de passer un nouveau marché.

Or, en l'espèce, elle expose qu'il lui "est impossible [...] de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a décidé de renoncer à la passation du marché initial et de le relancer prochainement selon des critères d'attribution modifiés".

Elle ajoute qu'"en plus d'être insuffisante, cette motivation est inadéquate". Elle constate qu'"à la lecture de celle-ci, il semblerait, *a priori*, que la décision de renoncer à la procédure initiale soit fondée sur la circonstance que la décision d'attribution du marché du 26 janvier 2017 était irrégulière". Or, ce motif n'est, selon elle, ni pertinent, ni admissible. Elle explique, à cet égard que les irrégularités qu'elle dénonçait dans son recours introduit le 22 février 2017 "n'affectaient que la seule décision d'attribution du marché, et non pas les étapes antérieures de la procédure", celles-ci n'ayant, à sa connaissance, été contestée par aucun autre soumissionnaire, pas plus que le mode de passation, les conditions du

marché et les critères d'attribution initiaux.

Elle considère donc que l'irrégularité de la décision d'attribution 26 janvier 2017 ne peut donc pas fonder valablement la décision de renoncer à la procédure initiale.

Elle relève, par ailleurs, que l'acte attaqué vise une note rédigée par le conseil de la partie adverse, mais que celle-ci n'a pas été portée à sa connaissance et n'était pas jointe au courriel de notification de l'acte attaqué.

La requérante fait donc valoir qu'elle "ignore les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé de renoncer à la procédure initiale et de la relancer selon d'autres critères d'attribution [de même que] les raisons pour lesquelles la partie adverse considère les critères d'attribution initiaux comme étant inadéquats ainsi que la façon dont elle entend redéfinir ceux-ci".

Elle considère, en conséquence, qu'elle "est ainsi privée d'un nouvel examen de sa candidature au regard des critères initialement arrêtés par la partie adverse, et ce alors même qu'aucun des soumissionnaires, pas même la requérante, n'avait contesté ou remis en cause les critères initiaux" et ajoute que ces derniers "pourraient potentiellement lui être plus favorables que les nouveaux critères que la partie adverse entend «prochainement» redéfinir".

Elle précise encore qu'elle "est également privée de la possibilité de vérifier que la modification 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".

Elle conclut qu'"en décidant, sans s'en expliquer, de renoncer à la procédure initiale et en décidant de la relancer selon d'autres critères d'attribution, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen et a commis une erreur manifeste d'appréciation".

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen, "spécialement au regard des critiques que la requérante a formulées à l'égard de la décision ayant conduit à la désignation de son concurrent".

Elle explique que "des difficultés à procéder à la notation d'une offre au regard d'un critère déterminé, ou encore des erreurs dans lesdites notations, peuvent

être, en elles-mêmes, révélatrices d'une énonciation malheureuse des critères et des sous-critères". En ce sens, elle estime que des critiques adressées à la notation à laquelle l'autorité a procédé peuvent évidemment être comprises comme visant les critères eux-mêmes. Ce serait, selon elle, "spécialement le cas lorsque le requérant dénonce ne pas comprendre la manière dont son offre a été confrontée aux critères ainsi que la confusion dans les appréciations portées à propos de son offre".

Elle considère que tel est le cas des critiques formulées dans la requête introduite par la requérante contre la décision initiale d'attribution. Citant plusieurs extraits de cette requête, elle soutient que la requérante ne s'est pas bornée à contester des erreurs de notation et que sa critique "a dépassé le stade d'une contestation limitée à la mise en œuvre de la notation, pour rejoindre le stade, plus fondamental, de la mise en cause du cahier spécial des charges lui-même". Elle ajoute que "cette mise en cause porte sur l'énoncé des critères et sous critères en ce que d'une part, se posent des questions de compréhension, mais aussi, d'autre part, d'adéquation au regard du but poursuivi".

Elle estime donc que "lorsque la Partie adverse, visant le recours de la requérante, annonce qu'elle va revoir les critères d'attributions, une telle décision, à tout le moins dans le chef de la requérante auteur des critiques, est parfaitement compréhensible".

Elle en conclut que l'acte attaqué est adéquatement motivé.

A titre subsidiaire, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à soulever cette critique dès lors que l'absence d'explication exhaustive ne résulte ni d'une erreur ou d'une absence de motifs, et qu'elle ne lui est pas préjudiciable.

Elle indique, à cet égard que "dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas de s'interroger sur la question de savoir si la motivation permet à son destinataire de découvrir pourquoi il a été évincé". Elle observe que "le présent recours porte sur une décision consécutive à un précédent recours, laquelle décision a pris en compte des remarques formulées par la requérante elle-même". Elle poursuit en considérant que la violation alléguée au moyen n'a donc eu pour effet ni d'occasionner une erreur d'appréciation, ni de priver la requérante de garantie "dès lors que les critiques énoncées clairement à l'encontre du cahier spéciales des charges et celles contenues «en germe» dans la dénonciation des erreurs de motivation ont été entendues en telle manière qu'il a été décidé de revoir les critères d'attribution".

Selon elle, la requérante se cantonne donc à une critique de pure forme d'une irrégularité qui, "à la supposer établie, [...] n'a réellement exercé aucune

influence sur le sens de la décision prise, n'a pas non plus eu pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte et ne l'a privée d'aucune garantie".

Elle ajoute, dans le même sens, que "par application de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, il y a lieu de relever l'absence d'intérêt à un moyen dès lors que, à la supposer établie, l'irrégularité alléguée n'a réellement exercé aucune influence sur le sens de la décision prise et n'a pas eu pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte, tandis que la partie requérante n'a été privée d'aucune garantie".

V.2 Appréciation

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 29, § 2, 3^o, 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, applicable aux marchés dont, comme c'est le cas en l'espèce, la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas 85.000 euros dans les secteurs classiques, fait, dans ce cas, obligation au pouvoir adjudicateur de rédiger une décision motivée.

En l'espèce, en adoptant l'acte attaqué la partie adverse annonce implicitement qu'elle renonce à attribuer le marché et explicitement que le marché sera relancé ultérieurement "en revoyant les critères d'attribution". Elle n'indique toutefois nullement en quoi cette révision s'indiquait et pas davantage en quoi les précédents critères ne pouvaient pas être appliqués.

Contrairement à ce que semble soutenir la partie adverse, la circonstance que la requérante a reproché à la décision d'attribution du 26 janvier 2017 d'avoir fait une application incorrecte des critères d'attribution énoncés dans le cahier spécial des charges, ne permet pas de comprendre pourquoi ces critères ne pourraient pas être appliqués, ni pourquoi la partie adverse n'aurait pas pu prendre une nouvelle décision d'attribution en faisant une application de ceux-ci qui soit conforme à la règle qu'elle s'était elle-même fixée.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la partie adverse ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle soutient que les critiques de la requérante contre la décision d'attribution du 26 janvier 2017 "ont été entendues", en sorte qu'elle n'aurait pas d'intérêt au moyen. En effet, outre qu'un tel raisonnement ne trouve aucun appui dans l'acte attaqué, rien ne permet, *a priori*, à considérer que la prise en compte de ces critiques n'autorisait pas d'autre solution que de relancer le marché ni, encore moins, que leur prise en compte n'aurait pas pu conduire à prendre une décision d'attribution différente de celle du 26 janvier 2017. A première vue, il ne peut, dès lors, pas être considéré que si une nouvelle décision devait être prise, elle serait nécessairement la même ni que l'irrégularité dénoncée par la requérante n'a exercé aucune influence sur le sens de la décision.

Pour le surplus, en ne fournissant aucune indication quant à la raison pour laquelle elle a renoncé au marché plutôt que de prendre une nouvelle décision d'attribution, la partie adverse a empêché la requérante de critiquer utilement les motifs de ce choix et l'a privée d'une garantie.

Il s'ensuit que le moyen est sérieux et que la requérante dispose d'un intérêt à le soulever.

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.

La partie adverse demande également que soit tenue confidentielle la pièce G de son dossier, étant la note de son conseil visée dans l'acte attaqué. Elle n'expose pas les motifs de cette demande dans la note d'observations, à laquelle cette pièce est jointe.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit dans cette note aucun élément dont la divulgation serait de nature à nuire au secret des affaires et il n'est d'ailleurs pas soutenu que de telles informations s'y trouveraient. Il s'ensuit que cette pièce ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Dès lors que la pièce litigieuse ne relève pas de la disposition spécifique applicable en matière de marchés publics, sa communication aux parties est soumise au droit commun de la procédure. A cet égard, l'article 87, § 1^{er}, de l'arrêté du Régent

du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat prévoit que "les parties et leurs conseils peuvent prendre connaissance au greffe du dossier de l'affaire".

L'alinéa premier du paragraphe deux du même article règle les conditions dans lesquelles une partie peut demander la confidentialité d'une pièce. Il se lit notamment comme suit:

" § 2. Lorsqu'une partie dépose une pièce pour laquelle elle demande qu'elle ne soit pas communiquée aux autres parties, elle doit la déposer de manière distincte. Elle doit en mentionner le caractère confidentiel de manière expresse et exposer les motifs à sa demande dans l'acte de procédure auquel est jointe ladite pièce et en établir un inventaire dans lequel est précisée la pièce dont la confidentialité est requise".

En l'espèce, la partie adverse n'a pas exposé les motifs de sa demande dans l'acte de procédure auquel est jointe la pièce litigieuse. A l'audience, elle justifie sa demande en invoquant la préservation du secret professionnel entourant ce courrier d'un avocat à son client.

Indépendamment du non respect des formes prescrites par l'article 87, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Régent précité, il y a lieu de constater qu'en l'espèce, cette pièce est expressément visée dans l'acte attaqué, en sorte que la partie adverse n'a elle-même, dans sa décision, entendu lui conférer aucun caractère confidentiel. Cette pièce ne contient, par ailleurs, pas non plus de mention de l'intention de son auteur de lui conférer un tel caractère. Enfin, et surtout, le renvoi à cette note juridique peut donner l'impression que la partie adverse y puise les motifs de sa décision, formellement absents de l'acte attaqué ainsi que cela a été relevée dans le cadre de l'examen du moyen.

Il suit de ce qui précède que la pièce G du dossier de la partie adverse ne peut être soustraite à la consultation des parties.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision de recommencer prochainement ledit marché de service en revoyant les critères d'attribution prise par le Conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Namur le 28 février 2017 est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 4.

La pièce A annexée à la requête et la pièce B du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielle.

Article 5.

La confidentialité de la pièce G est levée.

Article 6.

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

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

M. Serge BODART,
M^{me} Katty LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.