

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 238.406 du 6 juin 2017

A.215.666/VI-20.433

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

ayant élu domicile chez
M^e Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocat,
avenue des Oies 2
1640 Rhode-Saint-Genèse,

contre :

le centre public d'action sociale de Charleroi,

ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien DEPRÉ et Charles-Henri
de la VALLÉE POUSSIN, avocats,
place Flagey 7
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
AB RESTAURATION,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 avril 2015, la société anonyme BIDVEST demande l'annulation de :

- " la décision du C.P.A.S. de Charleroi de date inconnue de recourir à la mise en place d'une concession de services ayant pour objet «la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires», dont les modalités ont été fixées dans les «Conditions de la concession de services ayant pour objet la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires» portant la référence 2015-ACH0840 et dont la requérante a pris connaissance par la publication d'un avis au Bulletin des adjudications en date du 26 mars 2015".

II. Procédure

Par une requête introduite le 3 novembre 2015, la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Un arrêt n° 233.204 du 10 décembre 2015 a accueilli, dans la procédure en référé, la requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION et a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la décision attaquée. Il a été notifié aux parties.

Le 15 janvier 2016, la partie requérante a demandé la poursuite de la procédure.

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.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 19 avril 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 mai 2017.

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

M^e Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Sébastien DEPRÉ et Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Patrick THIEL et Sophie JACQUES, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur, 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

1. Le 20 mars 2015, le C.P.A.S. DE CHARLEROI décide "d'autoriser le lancement de la procédure de mise en concurrence d'une concession de services en vue de la passation de marchés publics conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires". Cette décision se lit comme suit :

- " Vu la loi organique du 8 juillet 1976, et plus particulièrement, son article 112, § 1^{er}, qui stipule que «La Liste des décisions prises par le Centre public d'Action sociale, à l'exclusion des décisions d'octroi d'aide individuelle et de récupération, est transmise au Collège communal dans les dix jours suivants la séance au cours de laquelle les décisions sont adoptées»;
- Vu la loi organique du 08 juillet 1976 des Centres publics d'Action sociale, notamment l'article 84 relatif aux compétences du Conseil de l'Action sociale;
- Considérant que plusieurs services du CPAS (maison de repos, Restaurant Jean Ester et Côté Jardin, Maison familiale, ...) ont besoin pour leurs activités d'être fournis en denrées alimentaires;
- Considérant que la gestion d'une cuisine de collectivité nécessite un ensemble important de compétences dont il est difficile de s'entourer au sein de l'Administration;
- Considérant qu'un ou des marchés publics conjoints visant l'acquisition de denrées alimentaires et regroupant plusieurs pouvoirs adjudicateurs serai(en)t une alternative intéressante pour l'Administration et permettrait d'augmenter le volume des commandes présumées du marché et donc d'obtenir un meilleur prix et une qualité optimale tout en diminuant le prix journalier du repas par résident ou bénéficiaire;
- Considérant que le prestataire de services ainsi désigné sera considéré comme mandataire des pouvoirs adjudicateurs et aura également pour tâche d'assurer le suivi des commandes dans le cadre de l'exécution des marchés conjoints passés;
- Considérant que pour couvrir les frais liés à la gestion des commandes, le prestataire de services pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir qu'une partie de cette ristourne lui reviendra;
- Considérant que le Service Achats demande l'autorisation de lancer la procédure de mise en concurrence d'une concession de services en vue de la passation de marchés publics conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires et l'approbation des conditions de ladite procédure et du mode de passation de cette procédure à savoir une concession de services qui sera publiée à la manière d'une procédure négociée directe avec publicité;
- DECIDE, à l'unanimité :
- d'autoriser le lancement de la procédure de mise en concurrence d'une concession de services en vue de la passation de marchés publics conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires;
 - d'approuver les conditions de ladite procédure;

- d'approuver le mode de passation de cette procédure : concession de services qui sera publiée à la manière d'une procédure négociée directe avec publicité".

Il s'agit de l'acte attaqué.

2. Un avis est publié au Bulletin des adjudications du 26 mars 2015.

L'intitulé suivant est donné à l'opération : "Invitation à remettre une offre – Passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires – Procédure négociée directe avec publicité". Il est précisé que l'avis concerne des services de catégorie 17.

L'opération est décrite, plus précisément, en ces termes :

" L'objectif de la présente mise en concurrence est de rédiger une convention de marché conjoint avec le prestataire de services qui aura été désigné et d'établir un/des cahier(s) spécial des charges relatif(s) à la fourniture de denrées alimentaires et autres. Le prestataire signera la convention de marché conjoint et sera le mandataire du CPAS. Le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties. S'agissant d'un marché conjoint, le prestataire de services devra également acquérir des denrées alimentaires et autres pour son propre compte.

Contrairement à certaines mentions qui peuvent apparaître dans ce document et dans l'avis de marché (mentions obligatoires en vertu du caractère standard du formulaire), la présente procédure ne consiste pas en un marché public et il ne s'agit pas d'une procédure négociée directe avec publicité mais bien d'une concession de services. Il n'y a pas de cahier spécial des charges mais un document reprenant les conditions essentielles de la concession de services ainsi envisagée".

La concession est annoncée pour une durée de douze mois.

Des critères de capacité technique sont définis.

Les critères d'attribution annoncés dans l'avis de marché sont les suivants :

- Qualité des documents du marché (convention de marché conjoint, cahier spécial des charges, avis de marché) (50 points)
- Organisation du système de commande (30 points)
- Composition de l'équipe (Formation/expérience dans le secteur de la restauration).

La date limite de réception des offres est fixée au 16 avril 2015.

3. Les "conditions de la concession de services" définissent plus

clairement l'objet et les modalités de l'opération.

Il est notamment précisé que "le présent marché consiste en une concession de services à titre gratuit dans le cadre de laquelle le prestataire de services sera autorisé à négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir d'en conserver une partie"; que "le soumissionnaire devra remettre un projet de convention que les parties signeront après la désignation du prestataire de services"; que "les termes de ce projet devront pouvoir être adaptés en fonction des desiderata de chacune des parties" et que "faute d'accord entre les parties sur les termes de cette convention la présente concession de services sera considérée comme nulle et sans objet".

Selon la "description des exigences techniques" :

" Le CPAS de Charleroi recherche un prestataire de services en mesure, à titre gratuit, d'attribuer et d'assurer le suivi de l'exécution de marchés publics conjoints de fournitures de denrées alimentaires et autres en tant que mandataire du CPAS. L'objectif de la présente mise en concurrence est de rédiger une convention de Marché conjoint avec le prestataire de service qui aura été désigné et d'établir un/des cahier(s) spécial des charges relatif(s) à la fourniture de denrées alimentaires et autres. Le prestataire signera la convention de marché conjoint et sera le mandataire du CPAS. Le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties. S'agissant d'un marché conjoint, le prestataire de services devra également acquérir des denrées alimentaires et autres pour son propre compte.

Le prestataire de services sera chargé d'assurer les missions suivantes :

- l'ensemble de la procédure d'attribution du marché conjoint (rédaction des documents du marché, attribution, notification), dans le respect de la législation et de la réglementation relative aux marchés publics.
- l'organisation du système de commande.

Le prestataire de services pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir qu'une partie de la ristourne lui reviendra.

Afin de permettre au CPAS de Charleroi de respecter les obligations à lui imposées par la Cour des Comptes et les lois relatives aux budgets et comptes des administrations, le prestataire de services devra assurer la transparence autour de cette ristourne et il devra communiquer au CPAS de Charleroi : les prix unitaires, la ristourne obtenue et la partie de la ristourne qui sera conservée par lui".

La durée de la concession est annoncée, cette fois, pour une année reconductible tacitement au maximum pour trois périodes successives d'un an.

4. Le 1^{er} avril 2015, la société BEST DEAL adresse une série de questions à la partie adverse, en rapport avec la publication de l'avis de marché.

Un avis de marché complémentaire, faisant notamment écho aux réponses données à la requérante, est publié le 3 avril 2015.

5. Le 16 avril 2015, la requérante adresse un courrier recommandé à la partie adverse pour lui faire part de ses objections quant à cette procédure, notamment en ce qui concerne le non-respect de la réglementation des marchés publics.

La partie adverse lui répond le 20 avril 2015, en maintenant la procédure, mais en reportant la date d'échéance de remise des offres au 27 avril 2015.

6. Deux offres parviennent à la partie adverse avant la date d'échéance de remise des offres : celle de la société AB RESTAURATION et celle de la société BEST DEAL.

7. Le 22 mai 2015, le C.P.A.S. DE CHARLEROI "attribu[e] cette concession de services au candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit AB RESTAURATION SPRL".

Cet acte fait l'objet d'un recours en annulation, introduit par la société BEST DEAL et enrôlé sous le n° A.216.477/VI-20.516.

8. Le 7 mars 2016, la société AB RESTAURATION a attribué un marché conjoint pour la fourniture de denrées alimentaires à la société JAVA, qui était le seul soumissionnaire.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 3 novembre 2015, la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION demande à intervenir dans la présente procédure.

En tant qu'attributaire des prestations sur lesquelles porte l'opération litigieuse, que l'acte attaqué a pour objet d'initier, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre du présent recours.

En conséquence, rien ne s'oppose à ce que cette demande soit accueillie.

V. Intérêt au recours

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante justifie son intérêt en tant que soumissionnaire potentiel. Elle expose qu'"en cas de suspension et/ou d'annulation des décisions entreprises, la société privée à responsabilité limitée BEST DEAL retrouverait à tout le moins une chance de se voir attribuer le marché considéré dans des conditions saines et loyales, en conformité avec les principes généraux de droit relatifs à l'égalité de traitement, à la non-discrimination et à la transparence, ainsi qu'en respect parfait avec la réglementation sur les marchés publics".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève dans son mémoire en réponse une exception d'irrecevabilité de la requête. Elle observe que la requérante "se présente comme un fournisseur de denrées alimentaires" qui, au vu de son objet social, n'a pas vocation à se voir attribuer la concession litigieuse. Elle constate que la requérante n'a d'ailleurs pas déposé d'offre.

La partie adverse souligne par ailleurs que la crainte exprimée par la requérante que le concessionnaire fasse preuve de partialité dans l'attribution des marchés subséquents, est purement hypothétique et relève d'un procès d'intention. Elle indique qu'elle veillera, à cet égard, à ce que la convention de concession garantisse "l'impartialité du mandataire dans le cadre des actions dont il aura la charge".

La partie adverse insiste sur le fait que la requérante aurait pu contester l'attribution du marché si elle avait fait offre et si elle n'avait pas été retenue. Mais elle considère que l'abstention de la requérante de déposer une offre démontre l'absence d'intérêt au recours. Selon la partie adverse, la requérante "n'est pas ou plus concernée par l'acte attaqué".

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante soulève également le défaut d'intérêt de la requérante. Elle avance, premièrement, qu'elle "n'aperçoit pas le grief causé à la

partie requérante par l'instauration du mode de gestion des commandes de denrées à laquelle tend l'opération litigieuse" et précise qu'"en pratique, dans le cadre de l'attribution du marché de fourniture de denrées alimentaires, AB RESTAURATION a scrupuleusement respecté la législation relative aux marchés publics". Elle estime que la requérante "ne démontre pas que la législation relative aux marchés publics aurait été mieux respectée si le marché avait été directement passé par le C.P.A.S. DE CHARLEROI plutôt que par AB RESTAURATION ni qu'elle aurait eu davantage de chance d'obtenir le marché si celui-ci avait été directement passé par le C.P.A.S. DE CHARLEROI".

Elle affirme qu'elle a bien respecté la réglementation des marchés et constate que la partie requérante n'a pas attaqué les documents du marché qu'elle a lancé et qu'elle n'a pas non plus déposé d'offre. Elle en conclut que la requérante n'avait pas l'intention d'obtenir le marché de fourniture de denrées alimentaires et qu'elle ne dispose donc pas de l'intérêt requis pour agir en annulation.

Elle estime, deuxièmement, que la requérante ne peut retirer un intérêt d'ordre matériel ou moral d'une éventuelle annulation. A cet égard, elle rappelle que la requérante n'a pas déposé d'offre et n'a pas attaqué l'attribution de la concession de services à la société AB RESTAURATION, qui constitue pourtant l'acte lui causant définitivement grief. Elle ne peut par conséquent retirer un avantage de l'annulation de la décision litigieuse.

Enfin, la partie intervenante fait valoir que, "si – *quod non* – la décision attaquée devait se lire comme un acte s'inscrivant dans un marché public *sensu stricto*, force est de constater que 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 précise au demeurant que l'intérêt est spécifique et ne concerne que «toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé»".

D. Mémoire en réplique

La requérante réplique ce qui suit :

- " 15. En effet, dans le cadre de la présente prétendue concession de services, la S.A. BIDVEST ne peut aucunement prendre le risque de voir son offre être analysée par une société privée, à savoir la S.P.R.L. AB RESTAURATION qui a depuis de nombreuses années un lien commercial et de collaboration directe avec la société concurrente de la S.A. BIDVEST, à savoir la S.P.R.L. JAVA. En effet, le risque pour la S.A. BIDVEST se situait dans le fait que la S.P.R.L. AB RESTAURATION demandait à la page 13 (article 28) dans son cahier spécial des

charges de mentionner d'une part son «prix d'achat net» et d'autre part sa «marge de distribution» ce qui est très différent de ce qui est demandé habituellement, à savoir le «prix de vente». De cette manière, la S.P.R.L. AB RESTAURATION souhaitait avoir un accès global à l'assortiment de la S.A. BIDVEST ainsi qu'à ses prix d'achats nets et à sa marge bénéficiaire. Ces éléments constituent incontestablement des données confidentielles de l'entreprise qui ne peuvent être dévoilés avec légèreté. C'est pour cette raison, et également au vu de la crainte d'inégalité de traitement entre les soumissionnaires qui est développée par ailleurs ci-dessous, que la S.A. BIDVEST a alors décidé de ne pas remettre offre pour ledit marché.

C'est par ailleurs la S.P.R.L. JAVA qui a été seule soumissionnaire au marché publié par la S.P.R.L. AB RESTAURATION en date du 2 décembre 2015 concernant le marché public conjoint pour la fourniture de denrées alimentaires et de fournitures de cuisine (produits d'entretien, produits à usage unique et petit matériel de cuisine) portant le numéro de référence de publication 01117974/2015000542.

16. Il serait économiquement beaucoup trop dangereux pour la S.A. BIDVEST de remettre une offre pour un marché publié par la S.P.R.L. AB RESTAURATION car cette dernière aurait dès lors accès à tous les prix de la S.A. BIDVEST, à sa marge bénéficiaire ainsi qu'à tout son savoir-faire".

V.2. Appréciation

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 :

- " Art. 14. 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".

En l'espèce, la requérante ne soutient pas être une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux, à la procédure d'attribution duquel elle n'a d'ailleurs ni participé, ni soutenu vouloir participer. Cette qualité semble d'ailleurs démentie par le fait qu'elle se présente comme un "fournisseur de denrées alimentaires" désireux de retrouver une chance de se voir attribuer un marché de fourniture de telles denrées, que la partie adverse choisirait de passer directement, au lieu de recourir au mécanisme que l'opération litigieuse tend à instaurer.

La requérante ne peut donc se prévaloir de la qualité requise par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Son intérêt à agir doit donc s'apprécier au regard

de l'article 19 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

A cet égard, la requérante soutient que le mode de gestion des commandes de denrées alimentaires auquel tend l'opération litigieuse lui fait grief, notamment en ce que celle-ci l'empêche de soumissionner dans des conditions de saine concurrence pour de futurs marchés de fournitures de telles denrées et réduit, par conséquent, ses chances de se voir attribuer semblables marchés, et ce par rapport à la situation qui aurait été la sienne s'ils avaient été passés directement par la partie adverse dans le respect de la législation relative aux marchés publics. En dépit des objections qu'émet la partie adverse à leur égard, ces considérations de la requête attestent à suffisance l'intérêt de la requérante à son recours.

Dès lors que la concession litigieuse a, quelle que soit la qualification qui en est donnée, pour effet de concentrer les marchés publics de fournitures de denrées alimentaires et autres de la partie adverse et, potentiellement, d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les mains d'un seul opérateur économique, elle entraîne, en toute hypothèse, une modification des conditions de la concurrence qui peut faire grief à la requérante. Celle-ci a donc bien intérêt au recours.

L'exception est rejetée.

VI. Disparition de l'objet du recours

Par un arrêt n° 238.402 du 2 juin 2017, le Conseil d'État a annulé l'acte attaqué. Le présent recours est par conséquent devenu sans objet.

VII. Indemnité de procédure

La requérante sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure fixée à son montant de base majoré de 20 pourcents. La partie adverse ne formule aucun argument de nature à contester ce montant.

Du fait de l'annulation de l'acte attaqué par l'arrêt n° 238.402 du 2 juin 2017, il y a lieu de considérer que la requérante a obtenu gain de cause et que la partie adverse succombe. Il y a, par conséquent, lieu d'allouer à la requérante une indemnité de procédure fixée à son montant de base, qui doit, en l'espèce, être majoré de 20 pourcents, conformément à l'article 67, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le recours en annulation étant assorti d'une demande de suspension.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION est accueillie dans la procédure en annulation.

Article 2.

Il n'y a plus lieu de statuer.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 840 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 550 euros, sont également mis à charge de la partie adverse, à concurrence de 400 euros, et à charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
Yves HOUYET,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.