

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
DU CONSEIL D'ETAT, SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

A R R Ê T

n° 242.164 du 31 juillet 2018

A. 225.615/VI-21.283

En cause : **la société privée à responsabilité limitée ILLICO,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et
Charline SERVAIS, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Michel KAROLINSKI et
Benoît GORS, avocats,
galerie du Roi 30
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juillet 2018, la société privée à responsabilité limitée ILLICO poursuit la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision [du Conseil d'administration de la Haute Ecole Robert Schuman] du 18 juin 2018 d'attribuer à la société Vending Euro Product SA et de ne pas attribuer à la requérante le marché public de services ayant pour objet « Mise à disposition de distributeur de boissons et snacks »".

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 juillet 2018 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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. Luc CAMBIER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Charline SERVAIS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Benoît GORS et Youri MOSSOUX, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section 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 1^{er} septembre 2017, la Haute Ecole Robert Schuman a conclu avec la S.P.R.L. Illico une convention intitulée contrat de partenariat "service complet" portant sur la mise à disposition d'un ou plusieurs distributeurs automatiques.

Cette convention était conclue pour une durée de 3 ans.

2. Le 15 septembre 2017, les parties signent un avenant à la convention.

3. Le 22 septembre 2017, les distributeurs sont installés.

4. Le 14 novembre 2017, la Haute Ecole invite dix opérateurs économiques, dont la S.P.R.L. Illico et la S.A. Vending Euro Products (ci-après "S.A. Vending"), à remettre une offre dans le cadre du marché public de services ayant pour objet la mise à disposition de distributeurs de boissons froides, chaudes et de friandises.

5. Le marché est lancé par procédure négociée sans publication.

6. Le 30 novembre 2017, la S.A. Vending et la S.P.R.L. Illico ont chacune remis une offre. Les autres opérateurs contactés n'ont pas remis d'offre.

7. Le même jour, la Commission d'analyse des offres examine les deux offres reçues et estime que l'offre de la S.A. Vending est l'offre économique la plus avantageuse.

8. Le 4 décembre 2017, le collège de direction de la Haute Ecole décide d'attribuer le marché à la S.A. Vending sur la base de l'analyse faite par la Commission d'analyse des offres le 30 novembre 2017.

9. Le même jour, la Haute Ecole informe par courrier électronique la S.P.R.L. Illico de ce que le marché public a été attribué à la S.A. Vending en raison du fait que cette dernière proposait une meilleure part de rétrocession sur les produits vendus.

10. Le 13 décembre 2017, un contrat portant sur la mise à disposition de distributeurs de snacks et boissons est conclu en exécution de la décision d'attribution du 4 décembre 2017.

11. Le 12 décembre 2017, le conseil de la S.P.R.L. Illico adresse un courrier à la Haute Ecole, dès lors qu'il considère qu'une erreur manifeste d'appréciation entache la décision du 4 décembre 2017 en ce qu'elle est contraire au contrat de partenariat signé entre la Haute Ecole et la S.P.R.L. Illico.

12. Il demande également, dans un second courrier portant la même date, la communication de la décision d'attribution.

13. Le 14 décembre 2017, la Haute Ecole adresse un courrier au conseil de la S.P.R.L. Illico afin de lui communiquer le PV de la Commission d'analyse des offres.

14. Le 15 décembre 2017, le conseil de la S.P.R.L. Illico adresse un courrier à la Haute Ecole afin de lui demander le rapport d'attribution relatif au marché public en question. Il rappelle sa position selon laquelle l'attribution du marché à la S.A. Vending serait contraire aux obligations contractuelles de la Haute Ecole envers la S.P.R.L. Illico.

15. Le 26 décembre 2017, le conseil de la S.P.R.L. Illico adresse un courrier à la Haute Ecole dans lequel, notamment, il rappelle sa position concernant l'inexécution du contrat liant les parties et il indique que la mention selon laquelle les prix de vente des produits seraient "à discuter" est contraire à la clause de non-révision de prix prévue par le cahier spécial des charges.

16. Le 16 janvier 2018, le Conseil social a décidé de retirer la décision d'attribution du 4 décembre 2017 en raison de l'insuffisance de sa motivation et d'attribuer, moyennant une motivation adaptée, le marché à la S.A. Vending.

17. Cette décision a été notifiée à la S.P.R.L. Illico par un courrier datant du 16 janvier 2018.

18. Le même jour, un second courrier est envoyé à la S.P.R.L. Illico afin de répondre à son courrier du 26 décembre 2017.

19. Le 18 mars 2018, le soumissionnaire évincé, la S.P.R.L. Illico, a introduit une requête en annulation devant le Conseil d'Etat à l'encontre de la décision du 16 janvier 2018 attribuant le marché à la S.A. Vending. Ce recours est enrôlé sous le numéro de G/A. 224.806/VI-21.214.

Ce recours soulève à l'encontre de la décision du 16 janvier 2018 plusieurs griefs qui tiennent notamment à la compétence de l'auteur de l'acte, à la motivation formelle de la décision et à la régularité de l'offre.

20. Le 8 juin 2018, la Haute Ecole a envoyé les lettres de convocation aux membres du Conseil d'administration.

21. Le 18 juin 2018, le Conseil d'administration de la Haute Ecole s'est réuni. A l'issue des délibérations, le Conseil d'administration a notamment décidé de retirer la décision du Conseil social du 16 janvier 2018 et d'attribuer le marché à la S.A. Vending.

Il s'agit de l'acte attaqué.

22. Le 19 juin 2018, la Haute Ecole a adressé à la S.P.R.L. Illico un courrier lui notifiant une copie de la décision d'attribution du marché public de mise à disposition de distributeurs de snacks et boissons.

IV. Déclinatoire de compétence

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir qu'il résulte des articles 144 et 145 de la Constitution que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour trancher les litiges portant sur des droits subjectifs civils et, en principe, des droits subjectifs politiques. Elle souligne qu'au regard de l'article 144 de la Constitution, il est de jurisprudence

constante que le Conseil d'État est sans juridiction pour se prononcer sur les contestations relatives aux contrats, qu'il s'agisse de leur interprétation, de leur exécution, de leur annulation ou de leur résiliation, voire du refus de conclure ou de prolonger une relation contractuelle. Il importe peu, à cet égard, que l'une des parties au contrat soit une autorité administrative. Elle relève qu'en l'espèce, la requérante allègue notamment dans son troisième moyen et dans son exposé des faits que le contrat de partenariat signé entre elle et la Haute Ecole Robert Schuman le 1^{er} septembre 2017 et complété par un avenant le 15 septembre 2017 imposait à la Haute Ecole de notifier la modification du contrat avant le 1^{er} décembre 2017 si elle souhaitait éviter que la convention ne soit prolongée pour une durée de 3 ans. La partie adverse déduit de ce qui précède que l'enjeu véritable du recours consiste à la demande de la requérante de se voir reconnaître un droit subjectif à la prolongation du contrat qui la liait à la partie adverse.

IV.2. Appréciation

Le recours est dirigé contre la décision du Conseil d'administration de la Haute Ecole Robert Schuman du 18 juin 2018 d'attribuer à la société Vending Euro Product S.A. et de ne pas attribuer à la requérante le marché public de services ayant pour objet la mise à disposition de distributeurs de boissons et snacks.

La circonstance qu'une éventuelle annulation de la décision d'attribution du contrat à la société Vending Euro Product S.A. pourrait avoir des incidences quant aux obligations contractuelles résultant de la convention du 1^{er} septembre 2017 et de son avenant du 15 septembre 2017 n'est pas de nature à remettre en cause la compétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours.

En ce qui concerne le troisième moyen du recours, celui-ci est divisé en plusieurs branches. Dans les deux premières branches, la requérante incrimine la régularité de l'offre retenue ainsi qu'une erreur manifeste d'appréciation qui aurait été commise lors de l'examen comparatif des offres, plus particulièrement au regard des critères de qualité du service et des produits.

Certes, dans une troisième branche, la requérante fait valoir que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant de lancer un appel d'offre pour l'attribution d'un marché au motif qu'il fait l'objet d'un contrat toujours en cours en raison des droits subjectifs découlant de l'avenant du 15 septembre 2017. Cette troisième branche est irrecevable dès lors qu'elle porte directement sur une appréciation des droits subjectifs liés au contrat de prestation de services liant les parties. L'irrecevabilité de cette critique ne remet pas en cause la compétence du Conseil d'Etat à connaître du litige.

L'exception est rejetée.

V. Enrôlement de la requête

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse souligne que l'article 8 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État rend les articles 3 et 3bis de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État applicables à la procédure de référé. Elle relève que l'article 3, 4°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 prévoit que, dans les cas où la partie requérante est une personne morale, elle doit joindre à sa requête une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur. Elle fait valoir que, dès lors que le législateur a fait le choix en matière de marchés publics de la procédure de suspension en extrême urgence, il faut avoir égard aux seuls documents annexés à la requête. Elle déduit du fait que la partie requérante n'a pas joint ses statuts à sa requête que celle-ci ne peut être enrôlée.

V.2. Appréciation

Aux termes de l'article 3 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat:

- " La partie requérante joint à sa requête:
[...]
4° dans les cas où la partie requérante est une personne morale, une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur et, si cette personne morale n'est pas représentée par un avocat, de l'acte de désignation de ses organes ainsi que de la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice".

L'article 3bis, alinéa 1^{er}, 1°, du même arrêté énonce que la requête n'est pas enrôlée lorsque, émanant d'une personne morale, elle n'est pas accompagnée des documents énumérés à l'article 3, 4°. Ce même article 3bis dispose comme suit, en son deuxième alinéa:

- " En cas d'application de l'alinéa 1^{er}, le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause du non-enrôlement et l'invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours".

En vertu de l'article 8, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, ces dispositions sont applicables à la demande de suspension.

En l'espèce, il n'a pas été fait application de la disposition contenue au deuxième alinéa de l'article 3bis précité. Néanmoins, la requérante a, entretemps, produit ses statuts. Il serait d'un formalisme excessif de biffer l'affaire du rôle, d'inviter la requérante à déposer à nouveau les documents qui figurent finalement au dossier et de procéder à un nouvel enrôlement. La réglementation prévoit le principe de la régularisation, laquelle opère rétroactivement à la date d'introduction de la requête.

L'exception ne peut être retenue.

VI. Caractère illégitime de l'intérêt au recours

VI.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que, par son recours, la partie requérante entend, par l'annulation de l'acte attaqué, obtenir la poursuite de l'exécution du contrat signé le 1^{er} septembre 2017 et qui, conformément à son avenant du 15 septembre 2017, prévoit que sa durée de validité sera prolongée de 3 ans à dater du 1^{er} janvier 2018 si aucune décision de changement n'est notifiée pour le 1^{er} décembre 2017. Elle fait valoir qu'une telle poursuite de la convention est contraire à la législation sur les marchés publics et plus particulièrement à l'article 42 de la loi du 17 juin 2016.

VI.2. Appréciation

Comme le souligne la partie adverse elle-même, le Conseil d'Etat est incompétent pour se prononcer sur un litige portant sur les droits subjectifs résultant de l'exécution d'une convention. Seul le juge civil sera habilité à se prononcer sur les conséquences qu'une éventuelle annulation de l'acte attaqué pourrait impliquer au regard des obligations contractuelles liant les parties. Il n'appartient dès lors pas au Conseil d'Etat d'apprécier ni la conformité du contrat du 1^{er} septembre 2017 et de son avenant du 15 septembre 2017 avec la législation sur les marchés publics ni les éventuelles conséquences qu'une annulation de l'acte attaqué pourrait avoir sur les obligations contractuelles entre parties. L'exception est rejetée.

VII. Exception "Omissio Medio"

VII.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que la requête est irrecevable à défaut pour la partie requérante d'avoir épuisé les recours internes préalables qui s'offraient à elle. Elle souligne qu'en vertu de l'article 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 août 1996 fixant la composition et les modalités de fonctionnement du Conseil pédagogique, du Conseil social, des Conseils de catégorie et des Conseils de département ainsi que les modalités de fonctionnement du Conseil d'administration et du Collège de direction des Hautes Ecoles organisées par la Communauté française, un recours est ouvert auprès du Gouvernement contre les décisions du Conseil d'administration d'une Haute Ecole organisée par la Communauté française.

VII.2. Appréciation

Les articles 9 et 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 août 1996 fixant la composition et les modalités de fonctionnement du Conseil pédagogique, du Conseil social, des Conseils de catégorie et des Conseils de département ainsi que les modalités de fonctionnement du Conseil d'administration et du Collège de direction des Hautes Ecoles organisées par la Communauté française, disposent comme suit :

" Art. 9. Les décisions du conseil d'administration sont, selon le cas, rendues publiques, ou notifiées aux personnes concernées dans un délai de dix jours ouvrables. Elles sont transmises dans ce délai à l'administration de l'enseignement supérieur.

Art. 10. Dans les dix jours ouvrables qui suivent la publication ou la notification d'une décision, toute personne qui s'estime lésée par celle-ci peut introduire un recours auprès du Gouvernement par la voie hiérarchique. Dans un délai de trente jours à dater de l'introduction du recours, le Gouvernement peut annuler cette décision s'il la juge contraire aux lois, décrets, arrêtés et dispositions réglementaires. La décision du Gouvernement est motivée".

Si la plupart des dispositions de cet arrêté trouvent leur fondement légal dans l'article 68 du décret du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en Hautes Ecoles, il n'en va pas de même pour l'article 10 invoqué par la partie adverse. L'article 68 du décret du 5 août 1995 ne confère aucun autre pouvoir au Gouvernement que celui de fixer des modalités de fonctionnement des conseils d'administration des Hautes Ecoles. L'article 10 précité a une portée beaucoup plus large, excédant l'habilitation accordée par le décret, puisqu'il permet au Gouvernement d'annuler les décisions des conseils d'administration sur recours, ce qu'avait relevé la section de législation dans son avis L. 25.412/2/V du 30 juillet 1996.

En outre, ledit article 10 est inconciliable avec l'article 65, alinéa 1^{er}, du décret du 5 août 1995 qui consacre l'autonomie de gestion des conseils d'administration des Hautes Ecoles. L'application de l'article 10 précité doit être écartée en vertu de l'article 159 de la Constitution. Un tel écartement, en matière de marchés publics, s'impose également eu égard à l'incompétence de la Communauté française à interférer dans l'organisation des recours en cette matière spécifique qui est régie par 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.

L'exception est rejetée.

VIII. Irrecevabilité de la requête en son second objet

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Certes la requérante invoque, à l'appui de son recours, l'irrecevabilité de l'offre du soumissionnaire retenu. Elle n'avance ni ne démontre que cette circonstance impliquerait nécessairement l'obligation de la partie adverse de lui attribuer le marché.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

IX. Examen des deuxième et troisième moyens

IX.1. Le deuxième moyen

IX.1.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 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, notamment son article 4, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs. Elle fait valoir que la motivation ne peut être qualifiée de claire, complète, précise et adéquate. Elle soutient que les motifs invoqués par l'autorité constituent une affirmation de portée générale non étayée et ne s'appuient pas sur des références concrètes du contenu de l'offre et considère que l'insuffisance de la motivation formelle résulterait de l'absence de référence au document décrivant de manière détaillée le service proposé auquel le cahier spécial des charges fait référence en lien avec le premier critère d'attribution. La requérante reproche par ailleurs à la partie adverse d'avoir estimé que le nombre de distributeurs proposés par les deux offres serait le même, ce qui serait impossible dès lors qu'en proposant une rétrocession de 20%, l'attributaire serait en perte. Parallèlement, elle indique que la motivation formelle ne mentionne pas le nombre de distributeurs proposés. Elle renvoie enfin à son troisième moyen en estimant que les motifs ne sont ni exacts ni pertinents et que la partie adverse n'a pas eu égard à l'ensemble des éléments du cahier spécial des charges en vue d'examiner la régularité des offres.

IX.1.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation du "principe de motivation formelle", car ce principe n'est pas une norme juridique reconnue. Elle soutient également que le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 4 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, dès lors que cette disposition n'est pas applicable au marché public en cause, qui n'atteint pas les seuils européens. Elle ajoute que la requérante ne se réfère pas à l'article 29/1 de la loi du 17 juin 2013 précitée, qui est applicable aux marchés publics n'atteignant pas les seuils européens et n'indique pas de quelle manière il serait violé.

En ce qui concerne l'invocation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la partie adverse fait valoir que la requérante serait irrecevable à en invoquer la violation. Se référant à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, elle soutient que la requérante ne démontre pas en quoi la circonstance que la motivation formelle ne se référerait pas à la liste des services proposés que les soumissionnaires devaient intégrer dans leur offre, et plus particulièrement au nombre de distributeurs proposés par les deux soumissionnaires, pourrait la priver d'une garantie ou avoir un quelconque impact sur le sens de la décision prise.

En ce qui concerne le fond du moyen, la partie adverse soutient que la motivation de l'acte attaqué permet de comprendre que la liste descriptive des services proposés n'a, conformément à ce que mentionne le cahier spécial des charges, jamais été considérée par la partie adverse comme étant obligatoire et qu'après un examen des différents services proposés, la partie adverse a estimé que les offres étaient donc *ex aequo* pour le premier critère d'attribution. Elle souligne, à cet égard, que la requête en suspension en extrême urgence de la requérante reprend une argumentation identique à celle qui a été développée dans le cadre du recours en annulation à l'encontre de la décision du 16 janvier 2018, sans prendre en compte la circonstance que la décision a été refaite et que la motivation formelle de l'acte attaqué est distincte de celle que portait la décision du 16 janvier 2018 retirée. Elle en déduit que la critique, qui se réfère à des éléments de la motivation formelle de la décision du 16 janvier 2018, manque en fait.

IX.1.3. Appréciation

Le contrôle de la conformité de la motivation formelle d'un acte administratif au regard du prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, précitée, ne se limite pas à un aspect formel mais porte également sur le caractère légalement admissible de la motivation des actes administratifs.

Dès lors que le cahier spécial des charges énonce des règles qui doivent prévaloir dans la comparaison des offres, le caractère légalement admissible de la motivation de l'acte attaqué doit être apprécié à la lumière des dispositions dudit cahier des charges.

Il résulte du point I.10 du cahier spécial des charges que la qualité du service proposé ainsi que la qualité des produits proposés constituent les deux premiers critères par ordre d'importance et que le taux de rétrocession correspond au troisième critère, présenté comme le moins important.

Compte tenu du caractère identique des produits proposés, les offres ont été jugées équivalentes au regard du deuxième critère. Cette appréciation n'est pas contestée.

Par contre et en ce qui concerne le premier critère en ordre d'importance, la requérante conteste l'appréciation émise quant au caractère équivalent des offres. A cet égard, ni l'acte attaqué ni le rapport d'examen des soumissions ne permettent de comprendre les raisons pour lesquelles les offres ont été jugées équivalentes pour ce critère. Il résulte d'un examen des offres que celles-ci diffèrent en ce qui concerne la qualité du service proposé sous plusieurs aspects parmi lesquels :

- la quantité de distributeurs,
- le délai d'intervention des services techniques.

Il ne peut être tenu compte des explications fournies à ce propos par la partie adverse dans sa note d'observations. D'une part, une telle tentative de motivation *a posteriori* n'est pas admissible. D'autre part, la partie adverse ne peut raisonnablement prétendre que le pouvoir adjudicataire a pu considérer ces éléments comme irrelevant. Le nombre de distributeurs proposé participe directement à la qualité du service dès lors que, spécialement dans un établissement scolaire, les appareils de distribution sont utilisés durant des plages horaires précises par un nombre important de consommateurs. Le délai d'intervention en cas de problème technique participe également à la qualité du service. Dans ces conditions, l'acte attaqué ne repose pas sur une motivation pertinente et adéquate en ce qui concerne la classification des offres par rapport au premier critère relatif à la qualité du service.

La requérante justifie incontestablement d'un intérêt à soulever cette critique dès lors que c'est en raison du classement *ex aequo* des offres sur les deux premiers critères que la partie adverse a conféré au troisième critère un caractère déterminant.

Le moyen est dès lors recevable et sérieux.

IX.2. Le troisième moyen

IX.2.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'arrêté royal 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans

les secteurs classiques, notamment son article 76, du principe de concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des principes généraux de bonne administration, notamment le principe général du raisonnable et le principe de minutie et du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs. Elle soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste dans son appréciation de la régularité des offres. Selon elle, la qualité du service proposé doit être évaluée sur la base de l'éventail de l'offre de produits proposés avec les prix énoncés. Dès lors que le tableau inséré dans le PV de la Commission d'analyse des offres indiquerait que les prix de la S.A. Vending seraient "à discuter", tandis que les prix proposés par la requérante sont des prix imposés, il faut en déduire que l'offre de la S.A. Vending ne respecte pas les exigences de l'article IV.2 (lire III.4.2.) du cahier spécial des charges de proposer une gamme de produits avec les prix de vente. Elle soutient que l'acte attaqué confirme que les prix des produits sont "à discuter", ce qui rend la comparaison des offres impossible et implique en outre l'irrégularité de l'offre de la S.A. Vending. Elle fait également valoir qu'en l'absence de détermination d'un prix fixe, l'évaluation de la rétrocession dont bénéficierait la partie adverse est impossible, dès lors que celle-ci dépend du chiffre d'affaires. La requérante reproche également à la partie adverse de ne pas avoir effectué la vérification des prix et des coûts des offres qui lui était imposée par l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle rappelle que selon elle, l'attributaire ne pourrait pas offrir un taux de rétrocession de 20% sans être en perte. Elle estime également que la partie adverse n'a pas vérifié le respect de la législation sur les accises.

Dans une argumentation développée à titre subsidiaire, la requérante estime que si l'offre de la S.A. Vending ne devait pas être écartée, elle n'aurait toutefois pas dû être classée en premier, car le "rapport d'attribution" indique que la requérante présente l'avantage d'être connue de la Haute Ecole et que ses services y sont appréciés, et cette remarque aurait dû être prise en compte par le pouvoir adjudicateur afin d'attribuer plus de points à la requérante pour le premier critère, lequel était prépondérant. Il en aurait résulté que la requérante aurait dû être désignée.

Enfin, la requérante affirme que l'acte attaqué est en contradiction avec le contrat de partenariat signé entre elle et la Haute École Robert Schuman le 1^{er} septembre 2017 et complété par un avenant le 15 septembre 2017, qui impose à la Haute Ecole de notifier la modification du contrat avant le 1^{er} décembre 2017 si elle souhaitait éviter que la convention ne soit prolongée pour une durée de 3 ans.

IX.2.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque la réglementation en matière d'accises dès lors que la requérante n'indique pas quelles seraient les dispositions violées par l'acte attaqué et de quelle manière elles le seraient.

Elle fait valoir que le moyen doit également être déclaré irrecevable en tant qu'il invoque la violation des droits de la requérante résultant du contrat conclu le 1^{er} septembre 2017 entre la partie adverse dès lors que le Conseil d'Etat est incompétent pour se prononcer sur la méconnaissance éventuelle de la partie des obligations résultant de l'exécution d'un contrat préexistant, dès lors que cette problématique relève du contentieux des droits subjectifs qui revient exclusivement aux cours et tribunaux du pouvoir judiciaire.

En ce qui concerne l'argumentation que développe la requérante à titre subsidiaire et qui tend à faire constater qu'elle aurait dû être classée en premier, elle doit être déclarée irrecevable pour la même raison. Le Conseil d'Etat n'est, en outre, pas compétent pour substituer son appréciation à celle de la partie adverse quant à la question de savoir quelle était l'offre qui répondait le mieux aux critères.

En ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de la S.A. Vending, la partie adverse reconnaît que le rapport remis par la Commission d'analyse des offres indique erronément que les prix des snacks et boissons vendus par la S.A. Vending sont "à discuter". Elle relève cependant que, comme le confirme la motivation formelle de l'acte attaqué, le conseil d'administration de la Haute Ecole Robert Schuman ne s'est pas fondé sur ce rapport afin d'analyser la régularité des offres et que, tout au plus, il a considéré, en lien avec la comparaison des offres, que cette dernière pouvait "notamment, se fonder, en partie du moins, sur le rapport de la commission d'analyse des offres du 30 novembre 2017". La partie adverse fait valoir qu'elle ne s'est en aucune façon sentie liée par ce rapport et ne l'a pas intégralement repris à son compte. Elle souligne qu'il résulte d'un examen de l'offre de la S.A. Vending que celle-ci mentionne le prix des boissons et mentionne pour ce qui concerne les snacks une fourchette de prix. Elle en déduit que les prix proposés sont fixes et qu'il n'y avait donc pas de raison d'écarter l'offre de la S.A. Vending.

IX.2.3. Appréciation

Le moyen est irrecevable en tant qu'il remet en cause la décision de la partie adverse de lancer la procédure d'appel d'offre jugée contraire aux droits subjectifs invoqués par la requérante sur la base de l'analyse qu'elle fait de la convention du 1^{er} septembre 2017 ainsi que de son avenant du 15 septembre 2017.

En ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de la S.A. Vending déduite du défaut de mention d'un prix unitaire pour les produits proposés, il n'est pas contesté, et la motivation de l'acte attaqué le confirme du reste, que l'offre du candidat retenu reprend une fourchette de prix pour les produits snack. Conformément au point III.4, les soumissionnaires sont invités à s'inscrire dans une politique tarifaire reprenant des prix unitaires fixes. Le cahier spécial des charges définit à cet égard des conditions strictes de révision des prix en cours d'exécution du contrat.

En mentionnant, pour certains produits, une fourchette de prix, le soumissionnaire retenu ne respecte pas les clauses du cahier des charges. Il s'agit d'un manquement dont le caractère substantiel ne peut être contesté. L'existence d'un prix fixe est énoncée dans l'intérêt des utilisateurs. Par ailleurs et dès lors que le critère du taux de rétrocession est devenu primordial, son appréciation implique nécessairement un engagement précis en ce qui concerne les prix proposés.

Le moyen est dès lors sérieux en tant qu'il conteste l'irrégularité de l'offre retenue.

X. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de l'offre qu'elle a déposée et qu'elle identifie comme étant la pièce A de son dossier de pièces, dès lors que celle-ci contient des informations protégées par le secret des affaires.

La partie adverse sollicite la confidentialité de l'offre déposée par la S.A. Vending ainsi que du contrat conclu entre la S.A. Vending et la Haute École Robert Schuman, qu'elle identifie comme étant les pièces A et B du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du Conseil d'administration de la Haute Ecole Robert Schuman du 18 juin 2018 d'attribuer à la société Vending Euro Product S.A. le marché public de services ayant pour objet la mise à disposition de distributeurs de boissons et de snacks est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces identifiées A et B du dossier administratif et A du dossier de pièces annexé à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse.

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 des vacations siégeant en référé, le trente et un juillet deux mille dix-huit par :

MM.	Luc CAMBIER,	conseiller d'État, président f.f.,
	Xavier DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier DUPONT.

Luc CAMBIER.