

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.257 du 31 juillet 2019

A. 228.409/VI-21.507

En cause : **La société coopérative à responsabilité limitée
CALLENS, PIRENNE, THEUNISSEN & CO,**

ayant élu domicile chez
M^e Michaël PILCER, avocat,
avenue Albert-Élisabeth 46
1200 Bruxelles,

contre :

- 1. La société coopérative à responsabilité limitée
ORES ASSETS,**
- 2. La société coopérative à responsabilité limitée ORES,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL, Christophe
DUBOIS, Isabelle VAN KRUCHTEN
et Ikram EABDELLATIN, avocats,
Place Flagey 18
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**La société coopérative à responsabilité limitée
RSM INTERAUDIT,**

ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
Rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 juin 2019, la société coopérative à responsabilité limitée CALLENS, PIRENNE, THEUNISSEN & CO demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019 d'attribuer le marché ayant pour objet des «Services de réviseurs d'entreprises» (Réf. : OSREVIS22) pour les années d'exercices comptables 2019 à 2021, selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, à la société RSM INTERAUDIT et, pour autant que

de besoin, des décisions de nomination des 29 mai 2019 des assemblées générales d'ORES SCRL et d'ORES ASSETS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 juin 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 3 juillet 2019.

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

Par une requête introduite le 1^{er} juillet 2019, la société coopérative à responsabilité limitée RSM INTERAUDIT demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a fait rapport.

M^{es} Hanna BOUZEKRI et Michaël PILCER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Patrick THIEL et Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Élisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis partiellement 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. Exposé des faits utiles

Les parties adverses exposent, dans les termes suivants, les faits utiles à l'examen de la demande :

- " 1. Le litige concerne un marché public de services ayant pour objet des «services de réviseurs d'entreprises (OSREVIS22)» pour les exercices comptables 2019, 2020 et 2021.

Il est lancé par la partie adverse, ORES SCRL dans le cadre d'un marché conjoint occasionnel avec ORES ASSETS SCRL. Une convention de mandat a été conclue

à cet effet entre les parties adverses. C'est ORES SCRL qui revêt la qualité d'entité adjudicatrice.

2. Le marché est passé par le biais d'une procédure négociée sans mise en concurrence préalable au cours de laquelle sept opérateurs économiques ont été invités à remettre une offre.

Trois des opérateurs économiques consultés ont remis une offre :

- CALLENS, PIRENNE, THEUNISSEN & Co (Réviseurs d'Entreprises), à savoir la requérante ;
- PWC Réviseurs d'Entreprises et
- RSM INTERAUDIT (l'attributaire du marché).

3. Concernant les critères d'attribution du marché, le cahier spécial des charges [...] prévoit ce qui suit :

« Article III.9 — Critères d'attribution et choix de l'offre :

L'entité adjudicatrice se fonde pour attribuer le marché sur l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée comme suit sur la base des prix proposés pour réaliser les différentes missions.

Pour chacun des critères, la cotation sera réalisée sur base de la formule suivante :

$$B = (P + \text{bas} / P_{\text{offre}}) * Z$$

B = nombre de points obtenus par l'offre examinée

P+bas = le prix de l'offre régulière la moins-disante

Poffre = prix de l'offre examinée

Z = le nombre de point attribué à chaque critère.

Les points obtenus pour les 7 critères sont additionnés pour obtenir la cote globale d'attribution de l'offre.

Critère 1 – prix forfaitaire pour mission A	170 points
Critère 2 – prix forfaitaire pour mission B	170 points
Critère 3 – prix forfaitaire pour mission C	60 points
Critère 4 – prix forfaitaire pour mission D	100 points
Critère 5 – prix forfaitaire pour mission E	120 points
Critère 6 – prix forfaitaire pour mission F	100 points
Critère 7 – prix forfaitaire pour mission G	80 points
TOTAL	800 points

».

En réponse, les soumissionnaires devaient déposer offre de prix comprenant pour les critères 1 à 5 un prix forfaitaire et les critères 6 et 7 un taux horaire.

4. Par décision du 27 février 2019, le Conseil d'administration d'ORES SCRL décide d'attribuer ce marché à la SRCL RSM INTERAUDIT [...] :

« Le Conseil d'administration, réuni en sa séance du 27 février 2019, décide à l'unanimité d'attribuer — tel que précisé ci-avant — le marché relatif aux services de réviseurs d'entreprises pour ORES SCRL et ORES ASSETS SCRL selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

Par conséquent, le Conseil d'administration propose à l'Assemblée générale qui se tiendra le 29 mai 2019 de désigner RSM INTERAUDIT SCRL, représentée par Monsieur Thierry Lejuste, Madame Catherine Saye et

Monsieur Laurent Van Der Linden, aux fonctions de réviseur pour ORES SCRL.

Le Conseil d'administration informe également de cette attribution le Conseil d'administration D'ORES ASSETS SCRL afin de lui permettre de proposer à son Assemblée générale qui se tiendra également le 29 mai 2019, de désigner RSM INTERAUDIT SCRL, représentée par Monsieur Thierry Lejuste, Madame Catherine Saey et Monsieur Laurent Van Der Linden, aux fonctions de réviseur pour ORES SCRL».

Cette décision lui est notifiée par courrier recommandé du 3 juin 2019 [...].

Il s'agit du premier acte attaqué.

5. Par décision du 29 mai 2019, l'assemblée générale de la première et de la seconde partie adverses, ORES ASSETS SCRL, a désigné RSM INTERAUDIT aux fonctions de réviseur.

Il s'agit des deuxième et troisième actes attaqués [...]."

IV. Intervention

Par une requête introduite le 1^{er} juillet 2019, la société coopérative à responsabilité limitée RSM INTERAUDIT demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Détermination de l'objet du recours

Le présent recours se donne pour objet, d'une part, la décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019 et, d'autre part, les décisions des assemblées générales d'ORES SCRL et d'ORES ASSETS SCRL du 29 mai 2019.

Il convient d'abord de relever qu'en date du 24 octobre 2018, le conseil d'administration d'ORES ASSETS a décidé :

- " - de passer conjointement avec ORES SCRL un marché de services de révision pour les années 2019 à 2021 en procédure négociée sans mise en demeure préalable sur base de l'article 124, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- de mandater ORES SCRL, pour agir en son nom et pour son compte pour le lancement du marché public conjoint de désignation d'un réviseur d'entreprises pour les années 2019 à 2021, son attribution et le suivi de son exécution. ORES scrl est ainsi notamment chargée d'établir la liste des prestataires à consulter, d'approuver le cahier des charges, de procéder à la passation et à l'attribution du marché, de notifier l'attribution du marché, d'assurer le suivi et la direction du marché, étant précisé que le Conseil d'administration d'ORES ASSETS sera tenu informé de l'évolution de la procédure".

La décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019 porte notamment ce qui suit:

" Le Conseil d'Administration, réuni en sa séance du 27 février 2019, décide à l'unanimité d'attribuer – tel que précisé ci-avant – le marché relatif aux services de réviseurs d'entreprises pour ORES SCRL et ORES ASSETS SCRL selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

Par conséquent, le Conseil d'administration propose à l'Assemblée générale qui se tiendra le 29 mai 2019 de désigner RSM INTERAUDIT SCRL, représentée par [...] aux fonctions de réviseur pour ORES SCRL.

Le conseil d'administration informe également de cette attribution le Conseil d'Administration d'ORES ASSETS SCRL afin de lui permettre de proposer à son Assemblée générale, qui se tiendra également le 29 mai 2019, de désigner RSM INTERAUDIT SCRL, représentée par [...] aux fonctions de réviseur pour ORES ASSETS SCRL".

Les décisions des assemblées générales d'ORES SCRL et ORES ASSETS SCRL, adoptées le 29 mai 2019, sont toutes deux rédigées comme suit :

" L'Assemblée générale nomme le cabinet RSM Interaudit, représenté par [...], sur la base de l'examen des offres reçues et de la proposition d'attribution faite par le Conseil d'administration [...] lors de sa séance du 27 février 2019".

Il ressort des termes mêmes des deux délibérations du 29 mai 2019 que les assemblées générales considéraient la décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019 comme une "proposition d'attribution" - et non une décision qu'il leur appartiendrait d'exécuter - et qu'elles entendaient donc se prononcer sur l'attribution du marché sur la base de cette proposition et, en particulier, de l'examen des offres effectué par ORES SCRL.

Dans les limites d'un examen en référé d'extrême urgence, il y a donc lieu de considérer, *prima facie*, que, nonobstant les termes dans lesquels a été rédigée la décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019, et indépendamment du mandat conféré à ORES SCRL le 24 octobre 2018, la décision d'attribution du marché a été prise, non par le conseil d'administration d'ORES SCRL le 27 février 2019, mais bien par les deux assemblées générales en date du 29 mai 2019.

Interprétées de la sorte, les décisions des assemblées générales respectent d'ailleurs parfaitement le prescrit de l'article 130 du Code des sociétés, encore applicable à ces décisions en vertu de l'article 39, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, et qui dispose que "les commissaires sont nommés, par l'assemblée générale, parmi les réviseurs d'entreprises, inscrits au registre public des

réviseurs d'entreprises ou les cabinets d'audit enregistrés, pour la mission de contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés", le § 2 précisant que l'assemblée générale décide "sur la base d'une proposition formulée par l'organe de gestion".

Au demeurant, il résulte tant de l'article 2, 36°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que de l'article 130 de la même loi, applicable aux marchés publics dans les secteurs spéciaux, que la procédure de passation d'un marché conjoint ne doit pas être menée conjointement dans son intégralité.

En conséquence, il y a lieu de considérer, au stade actuel de la procédure, que le recours a pour objet les décisions des assemblées générales d'ORES SCRL et d'ORES ASSETS SCRL du 29 mai 2019 attribuant le marché de services de réviseurs d'entreprises à RSM INTERAUDIT. La désignation de ce cabinet comme réviseur pour chacune des deux sociétés résulte nécessairement de l'attribution du marché par l'assemblée générale concernée et ne constitue pas, comme telle, une décision distincte de cette attribution.

VI. Compétence du Conseil d'État et recevabilité

VI.1. Thèses des parties

A. Quant à la décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019

La partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État à l'égard de la décision du conseil d'administration d'ORES SCRL du 27 février 2019. Elle expose que si ORES SCRL est "l'entité adjudicatrice du marché aux termes d'un mandat de marché conjoint", il s'agit d'une personne morale de droit privé, née de l'initiative privée, à savoir ELECTRABEL RESEAUX WALLONIE, et de partenaires communaux via les intercommunales pures de financement et qu'elle ne peut être qualifiée d'autorité administrative dès lors qu'elle ne peut adopter de décision obligatoire à l'égard de tiers et ne dispose donc pas de pouvoir d'*imperium*. Elle se prévaut à cet égard de l'arrêt ETABLISSEMENTS GUY MAGERMANS ET Cie, n° 219.043 du 25 avril 2012. Elle ajoute que le seul fait qu'ORES SCRL soit assujettie à la réglementation des marchés publics ne permet pas de considérer qu'elle exercerait un *imperium*.

Par ailleurs, elle soutient que la conclusion d'un mandat de marché conjoint emporte comme conséquence que seule l'autorité adjudicatrice désignée comme agissant au nom des partenaires à la convention de mandat est la partie

adverse devant le Conseil d'État. Elle estime que "le fait que ORES ASSETS, qui est une autorité administrative, soit une des parties au marché conjoint, n'emporte pas que le Conseil d'État serait compétent". Selon elle, en cas de marché conjoint, il faut identifier la qualité juridique de la personne qui a été désignée, aux termes du marché conjoint, comme agissant pour chacune des parties au marché": si cette personne ne revêt pas la qualité d'autorité administrative, alors le Conseil d'État n'est pas compétent, quant bien même y aurait-il une ou plusieurs autorités administratives parties au marché conjoint. La partie adverse se prévaut, en ce sens de l'arrêt la société de droit allemand VARIAN MEDICAL SYSTEMS PARTICLE THERAPY GmbH, n° 231.706, du 23 juin 2014. Elle en conclut que le recours est irrecevable à l'égard d'ORES ASSETS SCRL, dont elle demande la mise hors cause.

La partie intervenante, qui déclare se rallier aux arguments de la partie adverse, conteste en outre la recevabilité de la requête en raison de ce que le marché a été conclu. Elle constate que la requérante justifie le recours à la procédure de suspension d'extrême urgence par les articles 15, 31 et 33 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Après avoir relevé que la décision motivée du 24 octobre 2018 de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable et le cahier spécial des charges, en son article I.4., estiment le montant du marché inférieur à 443.000 euros et que le marché a été attribué à la RSM INTERAUDIT pour un montant global inférieur à 443.000 euros, elle expose qu'il en résulte "que l'article 11 du premier chapitre de la loi précitée du 17 juin 2013, qui prévoit un délai de *standstill*, n'est pas applicable, conformément à l'article 3 de la loi du 17 juin 2013, qui prévoit que «le présent chapitre s'applique aux marchés, aux systèmes de qualification et aux systèmes d'acquisition dynamique qui relèvent de la loi relative aux marchés publics et atteignent le montant fixé pour la publicité européenne», le seuil de publicité européenne fixé par l'article 11 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux étant de 443.000 euros pour les marchés de services. Cela étant, elle souligne que le marché lui a été notifié par un courrier du 3 juin 2019, ce qui a fait naître un lien contractuel entre les parties et qu'en vertu tant de l'article 21 que de l'article 30, § 2, de la loi du 17 juin 2013, une fois le marché conclu, le marché ne peut être suspendu par l'instance de recours. Elle en conclut que le Conseil d'État ne peut suspendre l'exécution de l'acte attaqué.

À titre surabondant, elle fait valoir que la requérante ne peut "se fonder sur la présomption d'extrême urgence prévue par les articles 15 et 31 de la loi du 17 juin 2013, qui ne sont pas applicables au marché litigieux dont le montant estimé et la dépense à approuver est inférieur à 443.000 €" et qu'elle ne justifie ni l'existence

d'une extrême urgence, ni celle d'une urgence simple, au sens de l'article 17, §§ 1^{er} et 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle ajoute que la requérante "n'a pas fait preuve de diligence, ayant introduit sa requête 14 jours après la notification de la décision".

B. Quant aux décisions des assemblées générales du 29 mai 2019

Pour les motifs exposés ci-avant, la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État à l'égard de la décision de l'assemblée générale d'ORES SCRL.

Par ailleurs, elle fait valoir que les décisions des assemblées générales ne sont pas des décisions relatives à la désignation d'un contractant d'un marché public, le choix du contractant étant l'objet spécifique du premier acte attaqué. Elle en déduit qu'en ce qui concerne ces décisions, la requérante ne pouvait se fonder sur la loi du 17 juin 2013, et qu'elle devait introduire sa requête conformément à l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, en démontrant notamment que le délai de traitement de la demande de suspension était incompatible avec l'extrême urgence qu'elle aurait invoquée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La partie adverse estime qu'une procédure de suspension ordinaire aurait permis de disposer d'un arrêt avant que le contrat ne soit complètement exécuté et que rien ne permet de comprendre pourquoi la procédure d'extrême urgence devait être préférée à une procédure de suspension ordinaire. Elle ajoute que la requérante n'a fait preuve d'aucune célérité, la requête ayant été introduite 14 jours après la notification.

La partie intervenante soutient également que les décisions des assemblées générales ne sont pas des décisions visées à l'article 4 de la loi du 17 juin 2013, auxquelles se réfèrent les articles 14 et 15 de ladite loi et qu'aucune urgence n'est démontrée, de sorte que la demande de suspension ne peut être accueillie en ce qui concerne ces décisions.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la compétence du Conseil d'État

En l'espèce, la procédure de marché conjoint a abouti à l'adoption de deux décisions distinctes, adoptées à la même date, par l'assemblée générale de la SCRL ORES, d'une part, et par l'assemblée générale de la SCRL ORES ASSETS, d'autre part.

En vertu de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains

marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, la section du contentieux administratif du Conseil d'État est compétente pour connaître de la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

La qualité d'autorité adjudicatrice, au sens de la loi précitée 17 juin 2013, n'emporte pas nécessairement et immédiatement la qualification d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, précité.

Les institutions créées ou reconnues par l'autorité fédérale, par les communautés et les régions, les provinces et les communes, qui sont chargées d'un service public et qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par l'autorité et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, même si elle a été créée par une autorité administrative et est soumise au contrôle des pouvoirs publics, une personne morale de droit privé n'acquiert le caractère d'une autorité administrative que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée étant à cet égard sans incidence (Cass, 13 juin 2013, n° C.12.0458.F et 13 juin 2014, n° C.14.0010.F).

La partie adverse ne conteste pas la qualité d'autorité administrative de la SCRL ORES ASSETS, qui est une intercommunale.

S'agissant de la SCRL ORES, il y a lieu de relever que la qualité d'autorité administrative lui a été déniée par le Conseil d'État dans l'arrêt SCRL ÉTABLISSEMENTS GUY MAGERMANS ET C^{ie}, n° 219.043, du 25 avril 2012, dès lors qu'elle a été créée par des personnes privées, qu'elle revêt une forme privée et qu'aucun élément n'était invoqué attestant de ce qu'elle est titulaire de prérogatives au titre desquelles elle est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers. En la présente espèce, la requérante n'expose pas, dans la requête, les raisons pour lesquelles elle considère que la SCRL ORES devrait être qualifiée d'autorité administrative.

En revanche, à l'audience, elle s'est prévaluée, d'une part, de l'arrêt n° 244.263 du 23 avril 2019, qui, selon elle, aurait reconnu implicitement la qualité d'autorité administrative de la SCRL ORES en la maintenant à la cause, et, d'autre part, de l'article 3 des statuts de ladite société, qui précise que relève de son objet social "l'exécution des obligations de service public imposées par le gouvernement

conformément aux dispositions décrétales relatives «au marché régional de l'électricité» et «au marché régional du gaz»".

Les considérations qui précèdent ne permettent pas, au stade actuel de la procédure, de s'écarter de l'analyse faite dans l'arrêt n° 219.043, précité.

En effet, d'une part, il convient de souligner que, dans l'arrêt n° 244.263 précité, le Conseil d'État s'est limité à constater que la SCRL ORES a bien pris part à la procédure administrative d'adoption de l'acte attaqué et à la maintenir à la cause en qualité de partie adverse. Il ne s'est nullement prononcé sur la qualité d'autorité administrative de ladite société.

D'autre part, la circonstance qu'un service public a été confié à la SCRL ORES n'implique nullement que cette dernière disposerait du pouvoir d'adopter des décisions obligatoires à l'égard des tiers, c'est-à-dire de déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou de constater unilatéralement les obligations de ces tiers. En se prévalant de l'article 3 des statuts de la société en cause, la requérante n'établit donc nullement que celle-ci aurait le pouvoir de prendre de telles décisions.

Il résulte de ce qui précède que la SCRL ORES ne peut, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, être qualifiée d'autorité administrative de sorte que le Conseil d'État ne peut se déclarer compétent qu'à l'égard de la décision de l'assemblée générale de la SCRL ORES ASSETS.

B. Quant à la recevabilité de la demande de suspension eu égard à la circonstance que le contrat est conclu

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu. Il appartient dès lors au Conseil d'État d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous

prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

Ni l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, ni son article 24, qui vise la compétence du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, ne font de distinction selon que le contrat serait ou non conclu. Il convient également d'avoir égard aux articles 31 et 33 de la loi qui rendent les dispositions concernant les recours applicables aux marchés sous les seuils européens et de s'en référer à la définition du terme "marché" telle qu'elle figure à l'article 2, 1°, de la loi.

Quant à l'article 30, § 2, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu'"une fois conclu, le marché ou la concession ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit", il s'agit d'une disposition qui concerne la conclusion du marché, laquelle relève de la compétence des cours et des tribunaux, mais qui ne s'oppose pas à ce que le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution d'une décision unilatérale d'attribution prise par les autorités adjudicatrices, comme en l'espèce, même lorsque le marché est conclu.

L'exception soulevée par la partie intervenante, et déduite de ce que le contrat est formé, ne peut être retenue.

C. Quant aux conditions du référé et à la procédure applicable

Il résulte de l'examen consacré à la détermination de l'objet du recours que les décisions des assemblées générales du 29 mai 2019 sont les décisions attribuant le marché.

Il s'ensuit que c'est bien la loi du 17 juin 2013, précitée, qui est applicable, et que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse et la partie intervenante en ce que la requête ne satisfait pas aux conditions prescrites par l'article 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne peut être retenue.

C'est également à tort que la partie intervenante soutient que les articles 15 et 31 de la loi du 17 juin 2013 ne sont pas applicables en l'espèce en raison du montant du marché. En effet, l'article 31 de ladite loi précise que les articles 14 à 16 sont applicables "aux marchés et concessions visés par le présent chapitre", lequel, en vertu de l'article 28, s'applique à tous les marchés n'atteignant pas le montant pour la publicité européenne et relevant de la loi relative aux marchés publics.

D. Conclusion

Partant, la demande de suspension est recevable en tant qu'elle est dirigée contre la décision de l'assemblée générale de la SCRL ORES ASSETS du 29 mai 2019 attribuant au cabinet RSM INTERAUDIT le marché de services de réviseurs d'entreprises pour la SCRL ORES ASSETS.

VII. Quant aux demandes de mise hors cause formulées par la partie adverse et la partie intervenante.

VII. 1. Thèses des parties

Dans la note d'observations, il est fait état de ce qu'en ce qui concerne la décision d'attribution du marché – à savoir le premier acte attaqué – et la décision de l'assemblée générale de la SCRL ORES, le recours est dirigé tant à l'encontre de la SCRL ORES qu'à l'encontre de la SCRL ORES ASSETS, alors que ces deux actes ont été adoptés par la SCRL ORES et non par la SCRL ORES ASSETS, laquelle devrait être mise hors de cause pour ces deux décisions.

La partie intervenante estime elle aussi qu'ORES ASSETS doit être mise hors cause eu égard à la forme conjointe du marché.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte de l'examen, effectué ci-avant, de la compétence du Conseil d'État et de la recevabilité de la demande de suspension que deux décisions ont été adoptées, respectivement par l'assemblée générale de la SCRL ORES ASSETS et par l'assemblée générale de la SCRL ORES et que le Conseil d'État n'est compétent qu'à l'égard de la première décision. Il n'y a donc pas lieu de faire droit à la demande de mise hors cause de la SCRL ORES ASSETS.

Par ailleurs, s'agissant de la SCRL ORES, dès lors qu'elle a effectivement pris part à la procédure administrative d'adoption de l'acte attaqué, il convient, au stade de la procédure de référé d'extrême urgence, de la maintenir à la cause en qualité de partie adverse.

VIII. Premier moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un premier moyen "de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 81 et 124 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article III.9 du cahier des charges, de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation matérielle, de l'article 29/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, du principe d'égalité de traitement, des principes généraux du droit de concurrence, de transparence, d'impartialité et de bonne administration, de la violation des formes substantielles et de l'excès de pouvoir".

Après avoir reproduit l'article 81 de la loi du 17 juin 2016, elle souligne que s'il n'est désormais plus fait référence au critère du "prix le plus bas" mais bien au critère du "prix", ces deux critères ont toutefois la même portée.

Se référant à l'article III.9 du cahier spécial des charges, elle fait valoir que, dans la réalité, le prix est l'unique critère d'attribution qui a été retenu (au moins pour les missions A à E puisque le critère – un prix forfaitaire pour la mission – est totalement identique pour ces (missions), de sorte que l'attribution doit se faire au prix le plus bas.

Elle poursuit l'exposé de son moyen dans ces termes :

" [...]

Comme le relève Maurice-André FLAMME, «il n'y a pas 36 méthodes pour attribuer un marché public. Ou bien cette attribution s'opère au bénéfice de l'auteur de l'offre jugée «la plus intéressante», ou bien l'adjudication (...) s'opère en faveur du moins disant, et ce quasi automatiquement par la seule vertu de l'arithmétique».

Par conséquent, tant le prix indiqué par les candidats pour chaque mission que le prix global pour l'ensemble des missions sont suffisants pour opérer une comparaison entre les candidats et opérer un classement sur cette base.

Or, la partie adverse a entendu adjoindre au critère prix, des points pour chaque mission et transformer artificiellement, en portant atteinte au principe de concurrence et de transparence, le critère d'attribution du prix en sept (cinq + deux) critères sans aucune justification crédible.

En effet, ériger chaque mission en critère d'attribution aurait pu se comprendre, et être justifié, si chaque mission pouvait être attribuée à un soumissionnaire différent. Chaque mission aurait constitué un lot du marché. Cependant, tel n'est

pas le cas en l'espèce : toutes les missions doivent être exécutées par un seul et même adjudicataire. Dès lors, le «découpage» du marché en plusieurs missions, dont chacune d'entre elles constitue un critère d'attribution, n'a pas de sens et le système de pondération mis en place (à tout le moins pour les missions A à E) a pour conséquence inacceptable d'entraîner une distorsion de concurrence en permettant de désigner un soumissionnaire qui n'a pas remis le prix le plus bas et l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette distorsion, et la violation de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, est démontrée ci-dessous.

19. Pour chaque mission, la première partie adverse a calculé la cotation selon la formule « $B = (P + \text{bas} / P_{\text{offre}}) * Z$ ». Le nombre de points obtenus par mission et par candidat permet le classement des offres suivant :

Classement	Cabinet de réviseurs	Cote globale de l'offre
1	RSM InterAudit	698,47
2	Callens, Pirenne, Theunissen & Cie	488,06
3	PWC Réviseurs	280,67

C'est donc RSM InterAudit qui obtient le plus de points et le meilleur classement alors que la requérante est classée deuxième.

20. Un tel classement est très interpellant. On rappellera également que le tableau suivant est reproduit dans la fiche d'attribution jointe au premier acte attaqué :

Fiche d'attribution

	Nb Points / critère	PWC Réviseurs d'Entreprises		Callens, Pirenne, Theunissen & C [*] Réviseurs d'Entreprises		RSM InterAudit	
		Prix	Points	Prix	Points	Prix	Points
Critère 1 – prix forfaitaire pour mission A	170 points		25,50		75,56		170,00
Critère 2 – prix forfaitaire pour mission B	170 points		30,22		41,65		170,00
Critère 3 – prix forfaitaire pour mission C	60 points		22,50		60,00		4,09
Critère 4 – prix forfaitaire pour mission D	100 points		11,11		55,56		100,00
Critère 5 – prix forfaitaire pour mission E	120 points		48,00		75,29		120,00
Critère 6 – prix forfaitaire pour mission F	100 points		76,67		100,00		71,88
Critère 7 – prix forfaitaire pour mission G	80 points		66,67		80,00		62,50
MONTANT GLOBAL (MISSIONS A à E)		435.000,00		205.950,00		241.000,00	
COTE GLOBALE		800 points	280,67		488,06		698,47

Comme cela a déjà été observé dans l'exposé des faits, on soulignera qu'il ressort de ce tableau que c'est sur les critères 1 à 5 (missions A à E) que RSM InterAudit prend l'avantage sur la requérante puisque c'est celle-ci qui marque le plus de points sur les critères 6 et 7 (missions F et G) avec tarif-horaire.

La requérante a donc remis le meilleur prix (c'est-à-dire le meilleur taux horaire) pour les critères 6 et 7 (missions F et G). Ce qui est singulier, c'est que c'est également la requérante qui a remis le meilleur prix (ou le prix le plus bas) pour les critères 1 à 5 (missions A à E) alors que c'est RSM qui marque le plus de points sur les cinq premiers critères.

On observera en effet à ce sujet que la requérante propose un prix global, pour les missions A à E, de 205.950€ alors que pour ces mêmes missions RSM InterAudit propose un prix de 241.000€.

Il en ressort que c'est donc la requérante, tant sur les critères 1 à 5, que sur les critères 6 et 7, qui a remis le prix le plus bas. C'est donc son offre qui est l'offre économiquement la plus avantageuse.

21. Le «découpage» du marché, de manière totalement artificiel, en plusieurs missions, est responsable de cette situation. Le système de pondération, mis en place pour chaque critère (à tout le moins pour les missions A à E), a pour

conséquence inacceptable d'entraîner une distorsion de concurrence en permettant d'attribuer le marché un soumissionnaire qui n'a pas remis le prix le plus bas et l'offre économiquement la plus avantageuse. Une telle manière de procéder est illégale.

22. On relèvera que selon la jurisprudence de votre Conseil, mis en avant par la doctrine, qu'«il est manifeste tant au regard de la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse" qu'au regard du principe de concurrence qui est à la base des législations européenne et belge en matière de marchés publics que le prix le plus intéressant est, en principe, le prix régulier le plus bas, et non le prix moyen. Il en va ainsi expressément en matière d'adjudication. Si la procédure d'appel d'offres apparaît, en raison de la combinaison de deux ou plusieurs critères d'attribution, comme un mode plus affiné de passation de marché, elle demeure néanmoins un procédé de mise en concurrence des offres sur le plan économique, de sorte que le prix le plus intéressant y est aussi le plus bas» [...]

Il est cependant évident de constater, au regard du prix global proposé pour les missions A à E, que l'offre de la requérante est la moins disante et donc l'offre économiquement la plus avantageuse. Sur cette unique base, le prix étant l'unique critère, le classement des offres diffère donc fortement :

Classement	Montant global (missions A à E)	Cabinet de réviseurs
1	205.950,00	Callens, Pirenne, Theunissen & Cie
2	241.000,00	RSM InterAudit
3	435.000,00	PWC Réviseurs

Ainsi, l'application d'une formule mathématique et d'une pondération par mission revient à détourner le principe même de l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse et dont le seul critère est le prix.

Or, votre Conseil a considéré que l'article 4 de loi du 17 juin 2016 «pose le respect de l'égalité entre les entrepreneurs et la transparence comme principes de base s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs. Il en découle, notamment, que, sans préjudice du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, la manière dont celle-ci s'effectuera doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels. Cette prévisibilité s'inscrit dans le cadre de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'agir avec transparence, mais constitue aussi l'une des conditions préalables au respect par celui-ci de l'égalité entre les entrepreneurs».

23. Le premier acte attaqué, ainsi que le cahier spécial des charges qui a mis en place des critères d'attribution inadéquats, sont entachés d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que le marché n'est pas attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire, en l'espèce, l'offre régulière la plus basse.

24. Dès lors que le premier acte attaqué n'attribue pas le marché à la requérante, qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, il n'est pas possible de comprendre les raisons de fait et de droit qui justifient l'attribution du marché à un autre soumissionnaire dont le prix global, remis dans son offre, est plus élevé.

Par conséquent, la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, le principe de motivation matérielle, et l'article 29/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics sont violés par le premier acte attaqué.

25. Dès lors que le cahier spécial des charges annonçait le principe de l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base

des prix, et que tel n'est pas le cas, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et les principes généraux de concurrence, de transparence et d'impartialité ont également été violés.

26. En tout état de cause, de deux choses l'une :

- soit la première partie adverse a entendu attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse dont le seul critère est le prix et dans ce cas la décision d'attribution de marché est illégal car c'est la requérante qui a remis le prix le plus bas et donc l'offre la plus avantageuse (et le libellé de l'article III.9. du cahier spécial des charges permet de déterminer que c'est bien cette option que la première partie adverse a choisie);
- soit la première partie adverse a entendu attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse avec l'établissement d'un rapport qualité/prix, (*quod non*) et dans ce cas, des critères qualitatifs, autre que le prix, auraient dû être établis afin de comparer les offres. En effet, le rapport qualité/prix se calcule sur la base du prix, ainsi que d'autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux.

Dans les deux cas, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, et l'article III.9. du cahier spécial des charges, sont violés.
[...]"

B. La note d'observations

Relativement à ce premier moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" IV.1.2 Absence d'intérêt à la critique

17. À suivre le raisonnement de la partie requérante, il appartenait à la partie adverse de prendre en considération le prix global, sans opérer de pondération par mission.

Dans sa requête, la partie requérante indique le montant total des critères 1 à 5 pour justifier que son offre était la moins chère. Elle ne justifie pas les raisons pour lesquelles elle ne prend pas en considération les critères 6 et 7. Elle ne pourrait d'ailleurs le faire.

IV.1.3 Caractère non sérieux du moyen

18. Le cahier spécial des charges prévoit plusieurs critères d'attribution relatifs au prix. Chaque critère a trait au prix d'une mission (de A à G) et se voit octroyer une pondération différente par l'entité adjudicatrice [...].

Les critères, au nombre de 7, sont analysés critère par critère, en fonction de la pondération qui leur est octroyée. En d'autres mots, les prix remis par les soumissionnaires par critère sont comparés pour obtenir les points de ce critère. Les points obtenus par un soumissionnaire pour tous les critères sont ensuite additionnés pour obtenir la cote globale.

19. Pour chacun des critères, il convient de relever que l'offre la moins chère reçoit le maximum des points, les autres offres recevant une cotation dans le cadre d'une règle de trois. Pour chaque critère d'attribution, la méthode de cotation est donc la règle de trois, annoncée dans les documents du marché, et qui est la règle la plus classique lorsque des prix sont comparés.

Pour répondre au marché, les soumissionnaires étaient invités à remplir un tableau de prix. [...]

20. La détermination des critères d'attribution relève du pouvoir d'appréciation de l'entité adjudicatrice :
- « le choix des critères d'attribution, de leur pondération et de la méthode d'évaluation de ces critères relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité adjudicatrice ».

La doctrine précise également à cet effet que :

- « Le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté totale de choix de la méthode. Il opte ainsi pour la méthode qui lui paraît la plus appropriée pour évaluer les offres en fonction des critères d'attribution qu'il a choisis. Aucune disposition ni principe ne lui impose, par exemple, de devoir appliquer une méthode fondée sur une règle de trois notamment pour des critères d'attribution quantifiables. Il n'a pas non plus l'obligation d'appliquer la même méthode pour l'ensemble des critères ».

21. L'entité adjudicatrice est donc libre d'attacher une importance différente aux coûts des différentes missions, même si celles-ci sont attribuées au même soumissionnaire. La partie requérante elle-même s'abstient de démontrer, sur la base d'une disposition légale ou réglementaire, les raisons pour lesquelles ce procédé n'était régulier que si chacune des missions constituait un lot du marché.

22. En l'espèce, cela a été dûment porté à la connaissance des soumissionnaires avant le dépôt des offres, qui, dès lors, disposaient de toutes les informations nécessaires pour la rédiger. Ce faisant, l'on n'aperçoit pas en quoi il y aurait une distorsion de concurrence, tous les soumissionnaires ayant eu connaissance au préalable de la pondération de chacun des critères et de la manière dont leur offre serait analysée et comparée.

23. L'utilité de distinguer 7 critères d'attribution portant sur des coûts différents relève du pouvoir d'appréciation de l'entité adjudicatrice qui a souhaité pouvoir bénéficier d'un coût différent par mission et octroyer à chaque mission une pondération différente en fonction de leur importance.

À titre d'exemple, il ne peut être contesté que les missions A et B relatives aux missions révisorales pour les comptes statutaires en Belgian GAAP sont plus importantes et incontestables que la mission G qui a trait à des missions particulières et ponctuelles liées au financement.

Or, et ceci n'est pas contesté par la partie requérante, c'est sur les critères 6 (missions F) et critère 7 (mission G), soit les critères pondérés respectivement à 100 et 80, que la partie requérante gagne des points par rapport à RSM INTERAUDIT.

24. Enfin, la partie requérante n'a pas critiqué le cahier spécial des charges avant le dépôt de son offre, alors qu'elle était en mesure de le faire. L'on relèvera également, à titre purement informatif, que le marché de réviseur 2013-2015 avait été attribué par le même procédé à la partie requérante, sans qu'elle ne le conteste.

25. Il résulte de ce qui précède que le marché a été attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée à partir d'une somme de cotations obtenues pour chacun des sept critères par la méthode de cotation.

Dans la mesure où le marché a été attribué à l'offre régulière la plus intéressante économiquement au regard des 7 critères d'attribution tels que pondérés dans les documents du marché, le moyen n'est pas sérieux.

C. La requête en intervention

La partie intervenante fait valoir que le marché est passé par une procédure négociée sans mise en concurrence préalable sur la base de l'article 124, § 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2016, le montant du marché ne dépassant pas le seuil de 443.000 euros fixé à l'article 11, 2°, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, et qu'il résulte de l'alinéa 2 du § 2 de la disposition précitée, que l'article 81 de la loi n'est pas applicable aux marchés passés par procédure négociée sans concurrence. Constatant que la requérante ne démontre pas que l'article 81 de la loi a été rendu applicable au marché, l'article III.9. du cahier spécial des charges n'y faisant par ailleurs pas référence, elle en déduit qu'elle n'était pas tenue de prévoir des critères d'attribution et qu'elle disposait donc d'une liberté complète dans l'établissement de ces critères. Elle se réfère aussi à l'article 42, § 3, alinéa 2 de la loi, qui prévoit également l'inapplicabilité de l'article 81.

Elle entreprend par ailleurs de démontrer la régularité des critères d'attribution qu'elle a fixés. Elle expose que le pouvoir adjudicateur a fixé des critères d'attribution dans la limite de la marge d'appréciation qui est la sienne, en toute transparence et dans le respect des principes d'égalité et de concurrence et que la formule mathématique annoncée à l'article III.9 du cahier spécial des charges est précise. Elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur indique qu'il se fonde sur "l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée comme suit sur la base des prix proposés pour réaliser les différentes missions", qu'il a, dans la marge d'appréciation qui est la sienne et pour des motifs légitimes, décidé que l'offre économiquement la plus avantageuse allait être déterminée sur base des prix proposés pour différentes missions, et non sur base du prix le plus bas pour le prix global de l'offre, de sorte qu'il ne s'était pas contraint à attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse pour les prix globaux. Elle fait également valoir que la requérante ne démontre nullement qu'il existerait une obligation d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre ayant le prix global le plus bas, de sorte que la pondération des différentes composantes du prix et l'attribution au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse sur cette base n'est pas irrégulière.

En conséquence, elle estime que la requérante ne démontre pas à suffisance les raisons pour lesquelles les règles évoquées au moyen sont violées, ce qui rend le moyen irrecevable et non fondé.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir procédé de manière artificielle à un "découpage" du marché et d'avoir mis en place, pour 5 des 7 critères, un système de pondération qui entraîne une distorsion de concurrence en permettant d'attribuer le marché à un soumissionnaire qui n'a pas remis le prix le plus bas et l'offre économiquement la plus avantageuse.

Aux termes de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

- " § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée:
1° sur la base du prix;
2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;
3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment : [...]"

Le présent marché relève des secteurs spéciaux et il est passé par procédure négociée sans mise en concurrence préalable. Son montant étant inférieur à 443.000 euros, l'article 81 n'est pas applicable, et ce, en vertu de l'article 124, § 2, alinéa 2, de la même loi, l'alinéa 3 permettant toutefois qu'il soit rendu applicable dans les documents du marché.

En l'espèce, l'article 81 n'est pas rendu applicable comme tel. Le point III.9 du cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

- " L'entité adjudicatrice se fonde pour attribuer le marché sur l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée comme suit sur la base des prix proposés pour réaliser les différentes missions.

Pour chacun des critères, la cotation sera réalisée sur base de la formule suivante :

$$B = (P + \text{bas} / P_{\text{offre}}) * Z$$

B = nombre de points obtenus par l'offre examinée
P+bas = le prix de l'offre régulière la moins-disante
Poffre = prix de l'offre examinée
Z = le nombre de point attribué à chaque critère.

Les points obtenus pour les 7 critères sont additionnés pour obtenir la cote globale d'attribution de l'offre.

Critère 1 – prix forfaitaire pour mission A	170 points
Critère 2 – prix forfaitaire pour mission B	170 points

Critère 3 – prix forfaitaire pour mission C	60 points
Critère 4 – prix forfaitaire pour mission D	100 points
Critère 5 – prix forfaitaire pour mission E	120 points
Critère 6 – prix forfaitaire pour mission F	100 points
Critère 7 – prix forfaitaire pour mission G	80 points
TOTAL	800 points

„

Il résulte de la prescription précitée que la mise en œuvre des critères d'attribution doit permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

À égard, il convient de constater qu'au point III.7.1. (Prix et aspects économiques - Généralités), le cahier spécial des charges précise que les prix s'entendent comme "un forfait, tout frais compris", pour la réalisation des missions A, B, C, D, E et "un taux horaire, tout frais compris", pour les missions F et G.

Le "découpage" du marché en plusieurs "postes", dénoncé par la requérante, ne paraît pas, en soi, devoir susciter des critiques. Le procédé revient à constituer un inventaire, avec un poste par mission à exécuter.

La partie adverse ne s'est toutefois pas limitée à ce découpage. Par un système de coefficients, elle a attribué à chaque poste une valeur différente. Ainsi, la mission C est la moins valorisée (X60), tandis que les missions A et B sont celles qui font l'objet de la valorisation la plus importante (X170).

Le dossier administratif ne comporte aucun élément permettant de comprendre l'objectif poursuivi. La note d'observations ne s'avère guère plus éclairante sur ce sujet. Certes, la valorisation différenciée de chaque poste pourrait être considérée comme permettant de tenir compte de l'importance de chacune des missions. Tel peut être le cas des deux derniers postes, pour lesquels le prix est un prix unitaire, à savoir le taux horaire. L'application d'un coefficient multiplicateur permettrait de tenir compte de l'importance présumée de chacun de ces deux postes. En revanche, s'agissant des cinq premiers postes, le prix n'est pas un taux horaire, mais bien un forfait global pour l'exécution de la mission. L'importance réelle de chacun de ces cinq postes est donc déjà prise en compte à travers ce forfait, sans que l'on aperçoive ici la justification de l'application d'un coefficient multiplicateur.

Ainsi que le soutient la requérante, les critères d'attribution doivent avoir pour but et pour effet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour des postes forfaitaires, qui ne sont évalués que sur la base du prix, l'offre la plus avantageuse est nécessairement celle qui propose le prix régulier le plus bas. Le procédé choisi en l'espèce pour les cinq premiers postes ne permet pas d'atteindre cet objectif, ainsi que le confirme d'ailleurs la comparaison des prix forfaitaires de

chaque offre, repris ci-après, les parties ayant accepté la levée de la confidentialité à cet égard.

	Callens,Pirenne, Theunissen & Co	RSM InterAudit
Critère 1	40.500,00	18.000,00
Critère 2	97.950,00	24.000,00
Critère 3	11.250,00	165.000,00
Critère 4	18.000,00	10.000,00
Critère 5	38.250,00	24.000,00
Critère 6	115,00	160,00
Critère 7	125,00	160,00

L'offre de la requérante est donc la moins chère globalement (206.190 euros contre 241.320 euros pour RSM INTERAUDIT). Elle l'est également tant pour les cinq premiers postes réunis (205.950 euros contre 241.000 euros) que pour les postes 6 et 7 réunis (240 euros contre 320 euros).

Toutefois, l'offre de RSM INTERAUDIT a obtenu plus de points, ce qui s'explique par l'incidence de la pondération. En effet, pour le poste le moins pondéré, à savoir le critère 3 (X60), RSM INTERAUDIT propose un prix très largement supérieur à celui de la requérante (plus de 14 fois et demi), tandis que, pour tous les autres postes, ce soumissionnaire propose un prix légèrement inférieur à celui de la requérante.

Le procédé consistant à pondérer des prix forfaitaires, qui favorise des pratiques de spéculation, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère "prix".

Le moyen est sérieux.

IX. Balance des intérêts

IX.1. Thèses des parties adverse et intervenante

A. La note d'observations

La partie adverse estime qu'il convient d'appliquer l'article 15, § 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions et de ne pas accorder la suspension en la présente espèce dès lors que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.

Elle expose à cet égard ce qui suit :

" [...]

VII.3.1 Il n'est pas certain que la partie requérante soit consultée dans l'hypothèse où un nouveau marché devrait être relancé ensuite d'une suspension que viendrait à décider Votre Conseil

D'une part, la partie requérante n'est absolument pas certaine d'effectivement obtenir le marché litigieux dans l'hypothèse où la décision d'attribuer le marché litigieux serait suspendue par votre Conseil.

En effet, si Votre Conseil devait suspendre l'acte attaqué pour cause d'irrégularité du critère d'attribution (premier moyen), il y aurait lieu, pour la partie adverse, de relancer *ab initio* une nouvelle procédure de passation.

Celle-ci serait une procédure négociée sans publication préalable, procédure qui se caractérise par le choix, par la partie adverse, des opérateurs économiques qu'elle déciderait de consulter comme Votre Conseil l'a récemment rappelé dans un arrêt rendu en 2018.

Il est tout sauf certain, à ce stade, que la partie requérante soit à nouveau consultée.

VII.3.2 Les parties adverses subiraient un dommage considérable

D'autre part, dans l'hypothèse d'une suspension qui serait ordonnée par Votre Conseil, ORES devra nécessairement se heurter aux obstacles suivants :

- (A) ceux liés à la longueur de la procédure de désignation d'un nouveau réviseur ;
- (B) le fait que RSM INTERAUDIT a déjà commencé à exécuter le marché ;
- (C) l'interdiction de révoquer un réviseur pour d'autres motifs que les «justes motifs».

A. Le contrôle légal des comptes annuels est une obligation légale et la nomination d'un réviseur doit suivre une procédure qui prend du temps en raison du respect des impositions légales encadrant la désignation des réviseurs

Les requérantes semblent perdre de vue que la nomination d'un réviseur d'entreprise est une obligation légale issue de la Directive 2006/43/CE concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) transposée en droit belge par la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

Il ressort de l'article 3:58 du Code des sociétés et des associations que pour procéder à la nomination d'un réviseur d'entreprise, il faut respecter une procédure assez longue. À titre d'exemple, dans le cadre du marché litigieux dont a à connaître Votre Conseil, la procédure a débuté au mois d'octobre 2018 pour s'achever tout récemment, au mois de juin 2019, soit près de... neuf mois.

Transposée aux parties adverses cela implique de respecter la procédure suivante :

- Le marché est présenté au puis approuvé par le Comité de direction;
- Le Comité d'audit ORES SCRL doit rendre un avis au Conseil d'administration ORES SCRL sur les conditions de marché (le cahier des charges) et les soumissionnaires invités à présenter une offre, sachant que le Comité d'audit ne se tient qu'une fois par mois ;
- Ensuite vient l'étape du Conseil d'administration au cours de laquelle ORES SCRL doit procéder au «lancement du marché», c'est-à-dire approuver le

- cahier des charges et les candidats, sachant qu'il existe un délai de convocation de sept jours à respecter ;
- Ces éléments sont également présentés au Conseil d'Entreprise d'ORES SCRL, il est important de souligner que l'article 185 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés impose l'écoulement d'un délai de 2 mois entre cette réunion et l'assemblée générale et qu'il s'agit d'un organe qui réunit beaucoup de membres (28 personnes parmi lesquelles les délégués de l'employeur et le personnel) ;
 - La procédure de marché public suit son cours : transmission des offres, questions/réponses aux soumissionnaires ; analyse des offres ; vérifications... *etc.* ;
 - Le dossier du candidat pressenti est présenté au Comité de Direction ;
 - Il est également présenté au Comité d'Audit d'ORES SCRL puis au Conseil d'administration d'ORES SCRL pour avis sur attribution (délai de convocation de sept jours) ;
 - Le Conseil d'administration (délai de convocation de sept jours) d'ORES SCRL se prononce sur l'attribution ;
 - Le cabinet ainsi retenu est présenté au Conseil d'Entreprise d'ORES SCRL pour approbation en vertu de l'article 185 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés ;
 - Tenue de deux assemblées générales (avec respect des délais de convocation respectivement de 15 et 30 jours).

L'exposé de cette procédure appelle trois remarques :

- Premièrement, sauf l'étape de la présentation au Comité de direction, toutes les autres étapes sont toutes obligatoires, car prescrites par des dispositions légales (Code des Sociétés et des Associations, arrêté royal du 30 janvier 2001 précité ou Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation). On notera également que, si cette étape n'est pas imposée par le Code des sociétés, elle est néanmoins rendue nécessaire par l'importance, la complexité du marché et le fait que la première attribution aura fait l'objet d'un recours au Conseil d'État.
- Deuxièmement, il convient de préciser qu'étant donné la transposition dans les statuts d'ORES SCRL de l'article L-1523-10 du Code de la Démocratie Locale et de la Décentralisation, il n'est plus possible, pour le quorum de présence des organes de cette société, de donner une procuration (tant en Conseil d'administration qu'en Comité d'audit). Par conséquent, il sera très compliqué voire impossible de rassembler aussi bien le quorum de présence que le quorum de vote requis durant la période de juillet-août, en raison des nombreux départs en vacances. Le processus s'en voit par conséquent à nouveau rallongé.
- Troisièmement, il doit être signalé que les dates auxquelles les prochaines réunions du Conseil d'Entreprise devront se tenir sont fixées par avance : les 23/09, 21/10, 25/11 et 16/12 pour l'année 2019, ce qui également de nature à retarder la procédure de manière considérable.

À titre purement illustratif, la procédure litigieuse a débuté le 28 septembre 2018 par la présentation au Comité de Direction et ne s'est clôturée que le 29 mai par la tenue des Assemblées générales...

À cette estimation, il convient encore de tenir compte des retards inhérents à la période des vacances estivales.

Il s'agit donc d'un processus très long et qui ne peut être raccourci par la seule volonté des parties adverses. Cette circonstance mettrait les parties adverses en défaut vis-à-vis de leurs obligations légales d'avoir nommé un réviseur durant de nombreux mois, mais surtout vis-à-vis de leur obligation légale de contrôle légal des comptes semestriels. En effet, celle-ci implique que le réviseur ait remis son rapport sur les comptes au plus tard au 30 juin et ce, au plus tard pour le 31 octobre dans le cadre du programme de billets de trésorerie.

En effet, l'article 22, §1er de l'arrêté royal du 14 octobre 1991 relatif aux billets de trésorerie impose qu'un rapport du réviseur soit rendu pour, au plus tard, le 31 octobre 2019 au plus tard. Dès lors que les comptes annuels devant être approuvés fin juin devront être présentés au Conseil d'administration après vérification par le réviseur en septembre d'habitude, il est prévu que le travail à ce sujet soit réalisé les 15 derniers jours d'août.

Quant à ce qui concerne le travail à fournir pour ORES ASSETS un contrôle de la situation des comptes au 30 juin par le réviseur est toujours réalisé avant la présentation des comptes au Conseil d'administration. Le prochain rapport à émettre sur les comptes d'ORES ASSETS concerne l'acompte sur dividendes à octroyer aux associés, à savoir les communes. Ce dernier doit être terminé pour la convocation du Conseil d'administration de décembre, soit pour le 2 décembre. Dès lors que l'acompte est décidé sur base de la clôture à fin octobre, le travail du réviseur est réalisé durant le mois de novembre.

Enfin, outre les missions légales confiées au réviseur il y a aussi toutes les missions non audit non prévisibles aujourd'hui qui pourraient devoir être confiées au réviseur. Il pourrait par exemple s'agir d'une demande du régulateur. ORES ASSETS est en effet un gestionnaire de réseau de distribution qui, en tant que détenteur d'un monopole, est soumis au contrôle d'un régulateur, la CWaPE. Les réponses aux demandes ainsi formulées par la CWaPE doivent être fournies endéans le délai requis par le régulateur et ne pourraient être reportées sur base de l'absence d'un réviseur. Un nouveau système de gestion (RSG) a été mis en place en 2019. Le régulateur pourrait par exemple demander au réviseur de lui fournir une attestation sur les clés de répartition utilisées par ORES ASSETS suite à ce nouveau système. De même, dans le cadre de sa politique de financement pour les années 2020 et suivantes, actuellement à l'étude mais qui devrait être déterminée par le Conseil d'administration au plus tard en octobre 2019, ORES devrait pouvoir relancer des opérations pour lesquelles elle pourrait nécessiter de disposer de l'attestation du réviseur sur les comptes consolidées selon les normes IFRS au 30 juin 2019 (mise en place d'un EMTN, rating,...).

Compte tenu de la longueur de la procédure de nomination d'un réviseur, il est matériellement impossible pour les parties adverses de procéder à une nomination d'un nouveau réviseur qui respecterait ce planning imposé par la loi.

B. RSM INTERAUDIT a déjà entamé l'exécution de ses missions

Outre la difficulté relevée au point précédent, les parties adverses insistent sur le fait que RSM INTERAUDIT a déjà entamé l'exercice de ses missions.

En effet, pour la vérification des comptes au 30 juin, le planning des travaux a déjà été fixé. Des prestations sont attendues du réviseur durant les 15 derniers jours d'août de manière à pouvoir les présenter lors du Conseil d'administration du 18 septembre. De plus une réunion préparatoire est fixée au 2 juillet.

Il a également déjà commencé à travailler sur le rapport qu'il est tenu de remettre dans le cadre de la scission partielle de «*Intercommunale Maatschappij voor Gas en Electriciteit van het Westen*» par apport de l'activité de distribution d'électricité et gaz sur le territoire des communes de Celles, Comines-Warneton, Ellezelles et Mont-de-l'Enclus à ORES ASSETS SCRL sur base des chiffres définitifs au 31 décembre 2018 (qui concerne exclusivement ORES ASSETS). Ce rapport doit être conventionnellement rendu pour le 30 juin. Si de la simple faute d'ORES il est impossible de finaliser l'exercice, alors cela pourrait déboucher sur une procédure litigieuse dommageable pour ORES.

C. Limites relatives au droit de révocation des parties adverses

Enfin, en vertu de l'article 3 : 66 du Code des Sociétés et des Associations, il n'est possible de révoquer un réviseur d'entreprise qu'en raison d'un «juste motif». Cette notion recouvre toute situation causée par le commissaire de nature à engendrer la perte de confiance.

Ont été retenus comme «justes motifs», le non-respect par le commissaire d'une des obligations fondamentales inhérentes à l'exercice de sa profession pour autant qu'il soit démontré que le réviseur concerné est manifestement incapable de s'acquitter avec diligence des missions qui lui incombent. L'impossibilité de s'acquitter de sa mission constitue également un juste motif de révocation.

Or il est évident qu'en l'espèce, la suspension de l'acte attaqué ne peut constituer un juste motif au sens du Code des sociétés et des associations.

Il en découle qu'une telle décision par Votre Conseil aura pour conséquence directe d'exposer les parties adverses à un risque de recours en dommages et intérêts introduit par RSM INTERAUDIT pour la décision fautive de l'assemblée générale consistant à le révoquer en l'absence de justes motifs²⁵. Selon la jurisprudence, ces dommages-intérêts comprennent les honoraires qui auraient pu être facturés au cours de la partie non écoulée du contrat, c'est-à-dire les honoraires sur deux ans et demi.

[...]"

B. La requête en intervention

La partie intervenante estime également qu'une balance des intérêts doit être opérée en raison des conséquences négatives qu'emporterait un arrêt de suspension. Elle se réfère particulièrement aux arguments développés par la partie adverse sur les points suivants :

- l'inconvénient que représenterait le recommencement de la procédure de désignation d'un réviseur d'entreprise, laquelle est très longue;
- le non-respect forcé de l'obligation légale de nommer un réviseur pendant la durée de la procédure de désignation;
- l'absence de contrôle légal des comptes des parties adverses, qui nuirait à l'intérêt public,
- la circonstance qu'au commencement de l'exécution, par RSM INTERAUDIT, de ses missions, le contrat été conclu, et que l'arrêt de ces missions aurait des conséquences négatives;
- l'impossibilité de révoquer un réviseur, en l'absence d'un juste motif lié à une perte de confiance.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 15, § 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions :

" L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages."

La partie adverse se prévaut, en substance, de trois arguments : la longueur de la procédure en vue de la nomination d'un réviseur d'entreprises, la circonstance que l'adjudicataire a déjà entamé l'exécution des travaux et le fait que les possibilités de révocation d'un réviseur sont limitées.

En l'occurrence, le contrat est conclu et le marché est en cours d'exécution. La suspension de l'exécution de la décision d'attribution serait sans effet sur la poursuite de l'exécution du contrat. Les parties adverse et intervenante sont en défaut d'expliquer – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – l'intérêt que présenterait, dans ces circonstances, un refus, fondé sur l'article 15, § 3, précité, d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision d'attribution au regard des difficultés dont font état les parties adverse et intervenante.

Il s'ensuit que les parties adverse et intervenante sont en défaut d'établir que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages.

X. Confidentialité

La partie requérante demande au Conseil d'État de garantir la confidentialité de son offre qu'elle dépose en pièce 3 de son dossier.

La partie adverse dépose, quant à elle, les pièces A à I du dossier administratif à titre confidentiel.

La partie intervenante précise que son offre et ses justifications de prix, qu'elle dépose en pièces 3 et 5 de son dossier, doivent rester confidentielles.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de les maintenir confidentielles.

Toutefois, interrogées à l'audience sur cette question, les parties se sont accordées pour convenir de ce que les prix forfaitaires mentionnés dans les offres étaient connus de toutes de sorte que la confidentialité de ces prix pouvait être levée.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société coopérative à responsabilité limitée RSM INTERAUDIT est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de l'assemblée générale de la SCRL ORES ASSETS du 29 mai 2019 attribuant au cabinet RSM INTERAUDIT le marché de services de réviseurs d'entreprises pour la SCRL ORES ASSETS.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La pièce 3 du dossier de la requérante, les pièces A à I du dossier administratif et les pièces 3 et 5 du dossier de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens 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-neuf par :

Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.