

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

A R R Ê T

n° 247.703 du 3 juin 2020

A. 230.438/VI-21.736

En cause : **la société privée à responsabilité limitée QJOBS QUALITY JOBS@WORK** ,
ayant élu domicile chez
M^{es} Chris SCHIJNS et Dieter TORFS, avocats,
Grotestraat 122
3600 Genk

contre :

l'intercommunale TIBI, société coopérative à responsabilité limitée de droit public,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kim Eric MÖRIC et Céline ESTAS, avocats,
rue Ducale 83
1000 Bruxelles

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 mars 2020, la société privée à responsabilité limitée QJOBS QUALITY JOBS@WORK demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision motivée du 12 mars 2020 qui stipulait que l'offre de la requérante n'avait pas été retenue pour le LOT 2 du marché public de services ayant pour objet la désignation d'un pool d'agences dans le cadre de la mise à disposition de personnel intérimaire – CSC CDA 2020-001 publié au Bulletin des adjudications le 30/11/2019 ».

Par une requête introduite le 25 mai 2020, la société privée à responsabilité limitée QJOBS QUALITY JOBS@WORK poursuit l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite

et des arrêtés royaux des 4 mai 2020 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 précité.

Une ordonnance n°1186 du 28 avril 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

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.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés. Les parties ont déposé des notes complémentaires et ont été invitées à communiquer leurs éventuelles dernières observations.

Mme Élisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a ensuite émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties le 28 mai 2020 à 18h38, les débats ont été clos et l'affaire a été mise en délibéré.

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

Par un avis de marché publié respectivement les 27 novembre 2019 et 2 décembre 2019 au Bulletin des Adjudications et au Journal Officiel de l'Union européenne, la partie adverse lance un marché public de services ayant pour objet « la désignation d'un pool d'agences dans le cadre de la mise à disposition de personnels intérimaires ». Des avis rectificatifs sont ensuite publiés.

La partie adverse agit en tant que centrale d'achats pour satisfaire ses besoins propres, mais aussi pour les besoins d'autres bénéficiaires (adhérents potentiels).

Le marché, passé sous la forme d'un accord-cadre d'une durée de « 12 mois reconductible 3 fois par période de 12 mois (maximum 48 mois) à partir de la date mentionnée dans le courrier de notification », est attribué par le biais d'une procédure ouverte et comprend trois lots, dont le lot 2 « mise à disposition de personnels employés ».

Le cahier spécial des charges prévoit que le marché est conclu avec un maximum de cinq participants par lot, les participants retenus étant « les soumissionnaires qui, après l'analyse des droits d'accès, de la sélection et de la régularité, seront les mieux classés eu égard aux critères d'attribution fixés ». Le mode de dévolution des marchés subséquents est complexe et varie selon les lots. En substance, pour le lot 2, trois « volets » sont prévus. Le premier « volet » concerne des marchés qui seront attribués aux participants à l'accord-cadre selon un système de cascade (le premier classé étant le premier consulté). En cas d'activation du deuxième « volet », les marchés subséquents sont remis en concurrence entre les quatre participants suivants (à l'exclusion du premier classé). En cas d'activation du troisième « volet », les marchés subséquents sont remis en concurrence entre tous les participants à l'accord-cadre.

Huit offres sont déposées, y compris l'offre de la requérante.

Le 12 mars 2020, le bureau exécutif de la partie adverse adopte la décision relative au lot 2. Il en résulte que le marché est attribué selon le classement suivant :

1. DAOUST SA
2. HUMAN SUPPORT SA
3. RANDSTAD BELGIUM SA
4. PEPS INTERIM SPRL
5. TEMPO-TEAM SA.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

La requérante évoque, en termes de requête, « la décision motivée, datée du 12.03.2020, mais communiquée par lettre recommandée le 16.03.2020 ». Elle mentionne également que « la notification de la décision contestée est datée du lundi 16.03.2020 », qu'elle « n'aurait pas pu recevoir la notification avant le mardi 17.03.2020 au plus tôt », que « [l]e délai d'introduction d'un recours commencera donc au plus tôt le 17.03.2020 » et que « [l]e fait que la défenderesse ait également transmis la décision contestée par courrier électronique daté du 16.03.2020 n'enlève rien au fait que le délai d'introduction d'un recours commence le 17.03.2020 ». Dans sa « note complémentaire (version 2) » du 25 mai 2020, la requérante indique, en réponse aux courriels des 19 mai et 25 mai adressés respectivement par le greffier

de la VI^{ème} chambre et madame le Premier auditeur, que « le recours en annulation sera déposé au greffe le 25 mai ».

Dans sa « note complémentaire » du 27 mai 2020, la partie adverse soulève, notamment, une exception d'irrecevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence, indiquant que « la notification de l'acte attaqué [est] intervenue le 16 mars 2020 », que « le délai imparti à la requérante pour introduire son recours en annulation expirait le 15 mai 2020 conformément à l'article 23, § 2, 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 », que « [c]e délai n'a pas fait l'objet d'une prolongation en application de l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite », qu'au jour du 27 mai, « aucune requête en annulation n'a encore été communiquée à la partie adverse, que ce soit par le greffe de Votre conseil ou par les conseils de la requérante ». Elle fait valoir que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, « [l]a demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence est l'accessoire de la requête en annulation » et qu'il « en résulte que, si la requête en annulation est tardive, la demande de suspension d'extrême urgence ne peut être accueillie ».

Dans des dernières observations adressées le 28 mai 2020 à 11h49, la requérante répond que « la note complémentaire soulève soudainement la recevabilité de la demande », que « cette exception doit être déposée en limine litis, quod non in casu », qu'« [a]près tout, la défenderesse suppose simplement que la demande d'annulation a été déposée tardivement », qu'elle « atteint cette position simplement en facturant 60 jours après (à son avis) que les envois recommandés ont été transférés à la partie requérante », que « la défenderesse ne fournit aucune preuve à l'appui de ce prétendu retard », qu'« [e]n effet, le dossier administratif ne comporte aucune preuve du courrier recommandé », que « la charge de la preuve incombe désormais à la partie qui soulève l'exception » et que la procédure est recevable.

Dans ses dernières observations adressées le 28 mai 2020 à 12h00, la partie adverse maintient l'exception d'irrecevabilité et confirme que « l'acte attaqué a bien été transmis à la requérante par un courrier recommandé du 16 mars 2020, ce qu'elle reconnaît elle-même dans ses écrits de procédure ». Elle transmet, à 13h29, avant la clôture des débats, la preuve de l'envoi du recommandé du 16 mars 2020 et de sa réception par la requérante le 17 mars 2020.

IV.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Les règles relatives à la recevabilité des recours qui peuvent être portés devant le Conseil d'État sont d'ordre public. Le Conseil d'État peut, dès lors, vérifier d'office la recevabilité de la demande introduite devant lui, qu'une exception soit ou non soulevée par la partie adverse.

Le référé administratif vise à préserver les effets utiles de l'annulation éventuelle, en permettant d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision dans l'attente d'un arrêt statuant sur le fond de l'affaire. La décision rendue en référé est nécessairement provisoire. Lorsqu'elle est ordonnée, la suspension doit être confirmée – ou infirmée – à l'issue de la procédure en annulation. La demande de suspension est, par conséquent, l'accessoire de la requête en annulation.

Le caractère accessoire de la demande de suspension est exprimé à l'article 17, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui prévoit que la suspension ne peut être ordonnée que pour autant que la décision prise soit susceptible d'être annulée. À défaut d'être rattachée à un recours en annulation valablement introduit, la demande de suspension est irrecevable. Si, par exception, la demande de suspension d'extrême urgence peut être introduite avant l'introduction du recours en annulation, l'article 17, § 4, alinéa 3, des lois coordonnées prévoit expressément que la suspension doit être immédiatement levée par arrêt si elle n'est pas suivie d'une requête en annulation invoquant des moyens qui l'avaient justifiée, introduite dans le délai prévu par le règlement de procédure.

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 ne déroge pas aux principes et dispositions précités. Au contentieux des marchés publics, comme dans les autres contentieux, la suspension qui est ordonnée est par nature provisoire. La directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, que transpose la loi du 17 juin 2013, englobe d'ailleurs sous la notion de « mesure provisoire » celle qui consiste à suspendre l'exécution d'une décision prise par un pouvoir adjudicateur, que la directive distingue des décisions prises au fond par les instances de recours, notamment sur la demande d'annulation d'une décision illicite. L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précise, par ailleurs, que la suspension peut être ordonnée « en présence d'un moyen sérieux », c'est-à-dire en présence d'un moyen susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte, ce qui confirme que la demande de suspension est bien l'accessoire du recours en

annulation. Si la demande de suspension d'extrême urgence n'est pas suivie d'une requête en annulation introduite dans le délai prévu par l'article 23, § 2, de la loi du 17 juin 2013, la suspension ordonnée doit être levée par arrêt, en application de l'article 17, § 4, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, lu en combinaison avec l'article 25 de la loi du 17 juin 2013. Cette disposition renvoie aux règles de compétence et de procédure fixées par les lois coordonnées sur le Conseil d'État et le règlement général de procédure « à moins que des dispositions de la présente loi n'y dérogent ». La loi du 17 juin 2013 ne déroge pas à l'article 17, § 4, alinéa 3, des lois coordonnées. Au contraire, la levée de la suspension prononcée sur la base de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 est expressément évoquée – dans des contextes particuliers – aux articles 13, alinéa 3, et 34, § 5, de la même loi.

Par conséquent, au contentieux des marchés publics, comme dans les autres contentieux, la demande de suspension d'extrême urgence doit être déclarée irrecevable, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée ou suivie d'une requête en annulation introduite dans le délai légal.

L'article 23, §§1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2013 précitée prévoit que le recours en annulation doit être introduit dans les soixante jours de la communication de la décision motivée au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, sans préjudice de l'article 9/1, §2, alinéa 2, de la loi, c'est-à-dire pour autant que la communication indique l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes par une référence explicite notamment à l'article 14 de la loi. L'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite a, dans le prolongement des mesures de lutte contre la prorogation du Covid-19, prorogé les délais applicables à l'introduction et au traitement des procédures devant la section du contentieux administratif qui arrivent à échéance pendant la période s'étendant du 9 avril au 3 mai 2020 inclus. Les arrêtés royaux des 4 mai 2020 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 précité a prorogé jusqu'aux 18 mai et au 30 juin certaines mesures, mais pas les délais prévus à l'article 1^{er}. Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 4 mai 2020 indique, à ce sujet, qu'« en ce qui concerne les délais prévus à l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020, ceux-ci ne seront pas prorogés » au motif que « [l]es acteurs associés au fonctionnement du Conseil d'État, dont les justiciables, ont pu s'organiser suffisamment de sorte qu'aucune prorogation n'est nécessaire ».

En l'espèce, le dossier administratif contient la lettre datée du 16 mars 2020 par laquelle la partie adverse a communiqué sa décision motivée de ne pas retenir la société requérante pour le lot 2 du marché litigieux. Cette lettre comporte la mention des voies de recours exigée par l'article 9/1, § 2, de la loi du 17 juin 2013

précitée. Le dossier administratif comporte également le courriel de notification envoyé le lundi 16 mars 2020 à la société requérante. La partie adverse a, par ailleurs, déposé, avant la clôture des débats, la preuve de l'envoi du recommandé du 16 mars 2020 ainsi que sa réception par la requérante le 17 mars 2020. La requérante ne peut donc sérieusement contester que la lettre de notification de la décision attaquée ait bien fait l'objet d'un envoi par courriel et par recommandé le 16 mars 2020.

Le délai pour introduire le recours en annulation a, dès lors, commencé à courir le lendemain de la communication, soit le 17 mars 2020, et est venu à échéance 60 jours plus tard, soit le vendredi 15 mai 2020. Le 20 mai, le greffe du Conseil d'État n'avait pas reçu de requête en annulation. La requérante a implicitement confirmé, dans sa « note complémentaire (version 2) » qu'elle n'avait pas introduit de requête dans le délai prescrit, puisqu'elle annonce que « le recours en annulation sera déposé au greffe le 25 mai 2020 ». La requête en annulation a effectivement été déposée à cette date. Le jour de l'échéance du délai de 60 jours étant le 15 mai, le recours en annulation est tardif, ce que le Conseil d'État peut déjà constater, au provisoire, pour ce qui concerne les conséquences à tirer sur la recevabilité de la demande de suspension.

Il résulte de ce qui précède que la présente demande de suspension, introduite selon la procédure d'extrême urgence, est irrecevable.

V. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre soit considérée comme confidentielle, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Contrairement cependant à ce qu'elle affirme en termes de requête, elle ne dépose pas son offre à son dossier de pièces.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les offres des différents soumissionnaires « ainsi que des éléments personnels à chaque soumissionnaire pour lesquels [elle] a fait des vérifications ou demandes de complément ». Il s'agit des pièces B.1, B.2, B.3, B.4, B.5 et B.6 du dossier administratif.

Aucune de ces demandes n'est contestée. Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces B.1, B.2, B.3, B.4, B.5 et B.6 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 3 juin 2020 par :

Florence Piret,
Katty Lauvau,

président f.f. de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty Lauvau

Florence Piret