

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 251.143 du 29 juin 2021

A. 233.689/VI-22.051

En cause : **la société anonyme WALRAVENS**,
ayant élu domicile chez
M^e Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise 283/19
1050 Bruxelles,

contre :

la province du Brabant wallon,
représentée par son collègue provincial,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie BOURGYS et
Yves SCHNEIDER, avocats
chemin de la Maison du Roi 34c
1380 Lasne.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 mai 2021, la SA Walravens demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse le 4 mars 2021 de ne pas retenir son offre et d'attribuer le marché public de fournitures de viandes fraîches au profit des institutions et domaines de la Province du Brabant wallon (référence : 72/PR/Viandes/5372) à la société anonyme Meco (...) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 mai 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juin 2021.

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.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Alain Delfosse, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M. Bernard Walravens, administrateur de la société requérante, et M^e Yves Schneider, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause :

« 1. Le 18 mai 2020, la partie adverse lance par procédure ouverte un marché public portant sur “la fourniture de denrées alimentaires de viandes fraîches s’inscrivant dans une démarche d’alimentation saine et durable à destination des institutions et des domaines de la Province du Brabant wallon.” (...).

Le cahier spécial des charges énonce au total six critères d’attribution (...).

2. Le 24 juin 2020, il est procédé à l’ouverture des offres (...). Il est constaté que deux soumissionnaires ont remis offres dans le délai fixé, à savoir la S.A. WALRAVENS et la S.A. MECO (pièces B1 et B2).

3. Le 3 décembre 2020, la partie adverse adresse un *email* aux soumissionnaires en vue d’organiser le “test de goût” et de permettre la notation des offres au regard du deuxième critère d’attribution (“qualité des produits” 40 points; ...).

4. Le 10 décembre 2020, le “test de goût” précité est réalisé (...).

5. Le 4 mars 2021, après examen et comparaison des offres au regard des critères d’attribution, le collège provincial attribue le marché à la S.A. MECO (...). Il s’agit de l’acte attaqué.

6. Par courrier recommandé avec accusé réception du 9 mars 2021, la partie adverse communique la décision d’attribution de marché aux soumissionnaires (...). L’accusé réception, signé de la main de la requérante, porte la date du 10 mars 2021.

7. Par requête du 23 mars 2021, la requérante introduit une demande en suspension à l’encontre de la décision d’attribution de marché du 4 mars 2021. Par un arrêt n° 250.454 du 28 avril 2021, le Conseil d’État rejette cette demande au motif suivant :

“ il apparaît que la demande de suspension ne peut être considérée comme ayant été introduite selon la procédure d’extrême urgence, conformément à ce que prescrit l’article 15 de la loi du 17 juin 2013. Les règles relatives à la recevabilité des recours qui peuvent être portés devant le Conseil d’État sont d’ordre public. Il ne peut y être dérogé au motif que la partie requérante a introduit seule son recours sans l’assistance d’un avocat.”

Cet arrêt n° 250.454 est notifié aux parties par courriel du 30 avril 2021.

8. Le 19 mai 2021, la requérante réintroduit une nouvelle demande en suspension à l’encontre de la même décision, cette fois-ci selon la procédure d’extrême urgence. »

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité du recours et ce pour deux motifs, qu’elle expose comme suit :

« II. A. Quant à l’intérêt de la requérante

9. Il n’est pas contesté que l’acte attaqué a été notifié à la requérante le 9 mars 2021 par courrier recommandé avec accusé réception et que celle-ci l’a réceptionné le 10 mars 2021. La requérante a d’ailleurs introduit un recours en suspension le 23 mars 2021 contre cette décision, de telle sorte que la requérante ne saurait prétendre le contraire.

Pour autant, elle n’a introduit aucun recours en annulation à l’encontre de la décision d’attribution du 4 mars 2021.

À défaut d’avoir introduit contre cet acte un recours en annulation dans les 60 jours de calendrier suivant sa réception, la requérante ne dispose plus, à ce stade, d’un intérêt à en poursuivre la suspension de l’exécution.

II. B. Quant à la qualité et à la capacité à agir du représentant de la requérante

[...]

11. En l’espèce, la requérante n’a pas joint à sa demande une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur (une copie respective de ces statuts publiés et coordonnés n’est pas non plus jointe à l’offre que la requérante a déposée dans le cadre de la procédure de marché en cause).

La requête ne satisfait donc pas à la première des deux conditions de recevabilité et d’enrôlement déterminée par l’article 3, 4°, du règlement général de procédure.

À cet égard, il importe de relever que les statuts publiés et les statuts coordonnés de la requérante sont inaccessibles à l’aide de son numéro d’entreprise. En effet, le seul document relatif aux statuts de la requérante qui est accessible via la banque de données des personnes morales (<https://www.ejustice.just.fgov.be>) est un acte – sans intérêt pour l’espèce – par lequel la requérante a modifié une partie de ses statuts le 15 février 2006.

L’enseignement de l’arrêt *Kapinga*, n° 238.995 du 31 août 2017, selon lequel “le défaut de production des statuts n’empêche (...) pas le Conseil d’État d’avoir accès à ceux-ci.” n’est donc pas transposable à la présente affaire; par

conséquent, il ne peut pas être jugé que “le défaut de production des statuts ne cause en l’espèce aucun grief.”

À défaut pour le Conseil d’État de pouvoir accéder aux statuts publiés ET aux statuts coordonnés en vigueur de la requérante, les conditions imposées par les articles 3 et 3bis du règlement général de procédure sont méconnues par la requérante.

À ce sujet, il convient de rappeler que ce manquement avait déjà été soulevé par la partie adverse dans le cadre du précédent recours. Il n’est dès lors pas un fait anodin que la requérante n’ait pas veillé à joindre à sa requête ses statuts publiés et ses statuts coordonnés en vigueur.

Il existe une forte présomption que ce manquement répété de la requérante s’explique par le fait que la requérante est dans l’impossibilité de produire des statuts conformes au code des sociétés, ainsi que des statuts coordonnés en vigueur.

Or, si la requérante n’est pas en mesure de produire une copie de ses statuts publiés ET de ses statuts coordonnés en vigueur, contrairement à ce qu’imposent pourtant les articles 3 et 3bis du règlement général de procédure, et que ces statuts sont, en outre, inaccessibles par d’autres moyens, il faut alors en conclure que le recours ne pouvait pas être enrôlé et, partant, que la présente demande en suspension d’extrême urgence doit, *in fine*, être rejetée.

En effet, s’il peut se justifier de ne pas verser dans un formalisme à l’excès lorsque les statuts du requérant sont accessibles et consultables par d’autres moyens, le Conseil d’État ne peut pas, pour autant, méconnaître ou faire l’impasse sur ses propres règles de procédure.

12. En toute hypothèse, l’article 19, *in fine*, des lois coordonnées sur le Conseil d’État, dispose que “sauf preuve contraire, l’avocat est présumé avoir été mandaté par la personne capable qu’il prétend représenter”. La présomption prévue par l’article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d’État est donc une présomption réfragable.

La partie adverse est en droit d’exiger la production d’une décision d’agir régulière si elle avance des éléments suscitant un doute raisonnable sur l’existence ou la régularité de la décision d’agir (C.E., n° 246.128 du 20 novembre 2019, Siamu & RBC, *a contrario*)

Or il est permis de douter, en l’espèce, que l’organe compétent de la requérante ait bien pris, dans le délai de 15 jours prévu à cet effet, une décision d’agir en suspension selon la procédure d’extrême urgence à l’encontre de l’acte attaqué.

Dans le cadre de l’instruction du recours ayant donné lieu à l’arrêt n° 250.454, l’auditorat avait adressé la demande suivante à la requérante (pièce A. 12) :

“ (...)

La partie requérante est par ailleurs invitée à produire une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur ainsi que l’acte de désignation de ses organes et la preuve que l’organe habilité a décidé d’agir en justice. Conformément à l’article 3bis du Règlement général de procédure, la requête n’est pas enrôlée lorsque ces documents (énumérés à l’article 3, 4° du même Règlement) ne sont pas produits. Cependant, en cas d’application de cette disposition, le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause de non-enrôlement et l’invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours. En l’espèce, cette cause de non-enrôlement n’a pas été invoquée dans le courrier de régularisation adressé à la partie requérante le 2 avril dernier, raison pour laquelle les documents en question sont sollicités par le présent courriel.”

En réponse, la requérante n'avait pas été en mesure de produire les pièces demandées par l'auditorat :

- les statuts coordonnés en vigueur de la requérante n'ont jamais été versés au dossier;
- la "décision d'agir" produite avait été prise par la requérante après l'introduction du recours et plus de 15 jours après la communication de l'acte attaqué (pièce A.13);
- la "décision d'agir", précitée, portait sur l'introduction d'un recours en suspension ordinaire;
- cette "décision d'agir" était, qui plus est, signée par le seul administrateur en charge de la gestion journalière, à savoir Monsieur Bernard WALRAVENS; or il est de jurisprudence constante qu'une décision d'agir devant le Conseil d'État excède les limites légales de la gestion journalière (voyez, par ex. : C.E. n° 226.860 du 21 mars 2014, *Bâtiments et ponts construction, CIT Blaton et CFE*).

Ces éléments s'ajoutent évidemment à la circonstance que la requérante s'abstient toujours de déposer ses statuts publiés et ses statuts coordonnés en vigueur.

Au-delà du fait que la requête n'aurait pas dû être enrôlée en application de l'article 3bis du règlement général de procédure, la présomption de l'article 19, alinéa 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ne saurait donc suffire à considérer le présent recours recevable. Il appartient dès lors à la requérante de produire (i) ses statuts publiés, (ii) ses statuts coordonnés en vigueur, (iii) ainsi qu'une décision d'agir à l'encontre de l'acte attaqué. À défaut de satisfaire à l'une de ces trois conditions, le recours doit être rejeté. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première exception d'irrecevabilité

Sous le titre « quant à l'intérêt de la requérante », la partie adverse prétend que la requérante ne disposerait plus de l'intérêt requis dès lors qu'elle n'a pas introduit un recours en annulation à l'encontre de la décision d'attribution du 4 mars 2021 dans les 60 jours suivant sa réception. Il ne s'agit en réalité pas d'une question d'intérêt au recours mais bien de la recevabilité *ratione temporis* de la demande.

En vertu de l'article 9/1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, il incombait à la partie adverse de procéder à une double notification : par voie électronique et par voie de courrier recommandé. La notification par courrier recommandé est intervenue le 9 mars 2021, tandis que la notification par courrier électronique n'a eu lieu que le 7 mai 2021.

Conformément à l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013, les délais de recours de quinze jours pour la demande de suspension, comme celui de soixante jours pour le recours en annulation, commencent à courir à la date du

dernier envoi. Les délais n'ont donc commencé à courir qu'à compter du 7 mai 2021. La demande introduite le 19 mai 2021 est donc recevable *ratione temporis* et elle est bien l'accessoire d'un principal qui peut encore être introduit, le délai de soixante jours courant encore.

La première exception ne peut être retenue.

Quant à la seconde exception d'irrecevabilité

Conformément à l'article 8, second alinéa, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, les articles 3 et 3bis du règlement général de procédure sont applicables.

L'article 3 du règlement général de procédure prévoit que 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 la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice ».

Selon l'article 3bis, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure, la requête n'est pas enrôlée lorsque « 1° émanant d'une personne morale, elle n'est pas accompagnée des documents énumérés à l'article 3 ». Les alinéas suivants de l'article 3bis disposent comme suit :

« 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.
La partie requérante qui régularise sa requête dans les quinze jours de la réception de l'invitation visée à l'alinéa 2 est censée l'avoir introduite à la date de son premier envoi.
Une requête non régularisée ou régularisée de manière incomplète ou tardive est réputée non introduite. ».

En l'espèce, le greffe n'a pas invité la partie requérante à déposer des pièces manquantes. Toutefois, faisant suite à la note d'observations, celle-ci a produit plusieurs documents relatifs à la désignation des administrateurs, l'acte constitutif de la société requérante, daté du 19 janvier 1988 ainsi que la modification apportée aux statuts le 13 janvier 2006. S'il est exact que la modification du 15 février 2006 n'a pas été produite, elle est disponible sur le site internet du *Moniteur belge*, ainsi que le confirme d'ailleurs la partie adverse, laquelle souligne que cette modification est « sans intérêt pour l'espèce ».

La circonstance que la requérante n'a pas produit une version coordonnée de ses statuts ne paraît pas avoir causé grief en la présente espèce. Il en

va de même du défaut de production de la modification du 15 février 2006, que le Conseil d'État peut consulter sur le site internet du *Moniteur belge*, ainsi que l'a d'ailleurs fait la partie adverse pour en déduire qu'il s'agit d'un acte sans intérêt pour l'espèce. Les conditions de recevabilité ne peuvent être interprétées de manière excessivement formaliste. Dans les circonstances de l'espèce, l'action en référé ne peut être déclarée irrecevable pour ces motifs, le but poursuivi par les dispositions précitées, à savoir permettre de vérifier que les personnes morales agissent dans le respect des dispositions statutaires, paraissant atteint.

S'agissant de la décision d'agir, il convient de souligner que dans l'affaire 233.381 ayant donné lieu à l'arrêt n° 250.454 du 28 avril 2021, la demande de suspension avait été introduite par l'administrateur délégué de la requérante, agissant seul. En la présente espèce, la requérante est d'emblée représentée par un conseil. Il n'y avait donc pas d'obligation pour elle de produire « l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice » puisque l'article 3 du règlement général de procédure ne prévoit cette obligation que dans l'hypothèse où « la personne morale n'est pas représentée par un avocat ». L'article 19, alinéa 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État prévoit que « sauf preuve contraire, l'avocat est présumé avoir été mandaté par la personne capable qu'il prétend représenter ».

Les parties se sont opposées sur la question de savoir de savoir si, en l'espèce, il pouvait être raisonnablement douté de l'existence de la décision d'agir. Au cours de l'audience, toutefois, le conseil de la requérante a déposé le procès-verbal de la séance du 10 mai 2021 du conseil d'administration de la société requérante, au cours de laquelle il fut décidé d'introduire la présente demande de suspension. Sur le vu de cette pièce, la demande de suspension paraît avoir été régulièrement introduite par l'organe compétent de la requérante.

La seconde exception d'irrecevabilité ne peut être retenue.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation :

- des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination;

- des articles 4, alinéa 1^{er}, 66, § 1^{er}, et 81, §§1^{er} à 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- des principes généraux de bonne administration que sont les principes de motivation, de concurrence, de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence ainsi que le devoir de minutie;
- du principe général *patere legem quam ipse fecisti*.

Elle expose ce moyen comme suit :

- « 9.- Le premier critère d’attribution était le prix, coté sur quatre-vingts points. Ce critère était lui-même subdivisé en deux sous-critères, à savoir :
- le prix unitaire des produits, coté sur soixante points;
 - la ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire “hors marché” , cotée sur vingt points.
- 10.- Il ressort de la décision motivée d’attribution du marché que :
- “ Analyse des critères d’attribution
1. Premier critère : le prix (80 points)
- [...]
- Ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire ‘hors marché’ (20 points)
- Meco propose 20 % de ristourne;
- Walravens propose 10 % de ristourne;
- Considérant que la société Meco obtient donc le maximum de points pour ce sous-critère et la société Walravens obtient ses points sur base d’une règle de trois;
- Meco : 20 points;
- Walravens : 10 points;”
- 11.- Par définition, les produits “hors marché” ne font pas partie du marché. Or, les critères d’attribution doivent être liés à l’objet du marché.
- En effet, aux termes de l’article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 :
- “ Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d’attribution fixés conformément à l’article 81 [...]”
- Aux termes de l’article 81, §§ 1^{er} à 3, de la loi du 17 juin 2016 :
- “ § 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 facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit [...]"

Selon les travaux préparatoires du projet de loi relatif aux marchés publics (Chambre des Représentants de Belgique, Doc. 54 1541/001, Exposé des motifs, p. 135) :

" Il est important de rappeler que la détermination des critères se fait en fonction de l'objet du marché. Les critères d'attribution doivent en effet être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison effective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. Ces critères doivent en outre être indiqués dans l'avis de marché ou dans les documents du marché."

Selon le portail "marchés publics" de la Région wallonne (www.marchespublics.wallonie.be Accueil > Entreprises > Participer à un marché public > Quelle est la procédure d'attribution ? Critères d'attribution) :

" 3.5. Lien avec l'objet du marché

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché et être suffisamment précis, objectifs, mesurables et univoques de manière à permettre une comparaison effective des offres." (Les critères d'attribution – version septembre 2019, p. 6)

Selon la jurisprudence du Conseil d'État :

" Il ressort de cette disposition (N.D.L.R. : l'article 81 de la loi du 17 juin 2016) qu'est laissée aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre 'économiquement la plus avantageuse', ce qui implique qu'ils doivent être liés à l'objet du marché. Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. La liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique, par ailleurs, que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté." (C.E., arrêt n° 245.676 du 7 octobre 2019; voir également : C.E., arrêt n° 193.924 du 8 juin 2009; P. Thiel – *Mémento des marchés publics et des PPP 2021* – Wolters Kluwer, n° 712 et 713)

Un critère d'attribution doit par conséquent permettre de déterminer l'offre "économiquement la plus avantageuse", ce qui implique nécessairement qu'il se rapporte aux travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché, à l'exclusion donc des travaux, fournitures et services qui, étant "hors marché", ne font pas partie du marché.

12.- En l'occurrence, le critère d'attribution en question est tout à fait étranger à l'objet du marché.

En effet, la ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire "hors marché" porte, selon ses propres termes, sur des produits qui ne font pas partie du marché.

Dès lors, ce critère est dépourvu de toute pertinence pour évaluer les offres relatives aux fournitures qui font l'objet du marché et qui seules doivent ou peuvent être prises en compte.

Ces fournitures sont décrites de manière exhaustive dans le “catalogue des produits” qui figure à la fin du cahier spécial des charges (pages 25 à 31) et dans le formulaire d'offre qui est annexé à celui-ci.

Aucune confusion n'est donc possible entre les fournitures qui font l'objet du marché et les fournitures “hors marché”.

13.- Par ailleurs, le cahier spécial des charges ne contient pas – et pour cause – de catalogue, d'inventaire ou de liste des produits “hors marché”.

De ce fait, les soumissionnaires n'ont pas été invités à remettre un prix pour ces produits et n'auraient d'ailleurs pas pu le faire.

Or, la ristourne accordée par le soumissionnaire est dépourvue de toute pertinence si l'on fait abstraction du prix de base auquel elle s'applique.

Ces deux paramètres sont effectivement indissociables, car leur application combinée est indispensable pour calculer le prix net, qui constitue le seul élément déterminant.

Pour mémoire, la société Meco a proposé une ristourne de 20 % et la société Walravens une ristourne de 10 %.

À titre d'exemple :

- si la société Meco vend un produit “hors marché” au prix de base de 15 € le kilo, le prix net de ce produit s'élèvera, déduction faite d'une ristourne de 20 %, à 12 €;

- si la société Walravens vend un produit “hors marché” au prix de base de 13 € le kilo, le prix net de ce produit s'élèvera, déduction faite d'une ristourne de 10 %, à 11,70 €.

En dépit d'une ristourne moins importante, le prix net de la société Walravens serait donc plus bas que celui de la société Meco.

Cet exemple démontre – s'il en était besoin – que le critère de la ristourne accordée par le soumissionnaire sur ses produits “hors marché” ne permet pas de déterminer quelle est l'offre “économiquement la plus avantageuse”.

Il en va d'autant plus ainsi que plus le soumissionnaire accordera une ristourne importante, plus il pratiquera un prix de base élevé, afin de compenser la ristourne et parce que sa cote n'en sera pas affectée, les prix des produits “hors marché” n'étant pas évalués.

Le critère en question doit par conséquent être invalidé.

Mais si ce critère est neutralisé, le classement des soumissionnaires doit être inversé, la société Walravens obtenant au total (208,63 points – 10 points) 198,63 points et la société Meco (214,55 points – 20 points) 194,55 points.

La société Walravens justifie par conséquent d'un intérêt incontestable au recours et au moyen.

14.- Vainement, la Province du Brabant wallon objecterait-elle qu'il appartenait à la société Walravens de contester le cahier spécial des charges en temps utile.

En effet, dans son arrêt n° 152.173 du 2 décembre 2005, l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'État a considéré :

“ [...] qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une 'décision préalable', parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; [...] que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges;”

En l'espèce, le cahier spécial des charges ne faisait pas “directement grief” à la société Walravens.

Dès lors, l'intérêt de la société Walravens à attaquer d'emblée le cahier spécial des charges aurait éventuellement pu être contesté.

En outre, le soumissionnaire peut légitimement craindre de s'aliéner le pouvoir adjudicateur en exerçant un recours contre le cahier spécial des charges et, partant, attendre que son offre n'ait pas été choisie pour attaquer celui-ci avec la décision motivée d'attribution du marché.

15.- En conclusion, la Province du Brabant wallon a commis une erreur manifeste d'appréciation :

- d'une part, en fixant un critère d'attribution (la ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire “hors marché”) qui n'est pas lié à l'objet du marché;
- d'autre part, en considérant uniquement la ristourne, abstraction faite du prix de base des produits “hors marché” auquel elle s'applique, alors que seul le prix net constitue un critère pertinent. »

V.2. Thèse de la partie adverse

Sur la recevabilité du moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- « 13. Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que de principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination. La requérante n'expose pas en quoi l'acte attaqué violerait ces dispositions et ce principe, alors que les offres reçues ont été confrontées aux mêmes critères d'attribution et évaluées et notées selon la même méthode d'évaluation, soit, pour ce concerne le sous-critère litigieux, après application d'une règle de trois.

La requérante ne précise pas non plus en quoi l'acte attaqué violerait les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. La requérante ne soutient pas que la motivation serait insuffisante, inadéquate, erronée ou contradictoire. En ce qu'il est pris de la violation de ces dispositions, le moyen unique est donc irrecevable.

Le moyen unique est également pris de la violation des principes généraux de bonne administration mais, à nouveau, la requérante ne précise pas en quoi ceux-ci auraient été méconnus par la décision attaquée. Elle n'a d'ailleurs pas égard à ces principes dans le développement de son moyen.

Par ailleurs, la partie adverse ne soutient pas que le marché aurait été attribué sur la base d'autres critères que ceux prévus par le cahier spécial des charges ou que la partie adverse n'aurait pas respecté la méthode d'évaluation des offres énoncée dans les documents de marché. En ce qu'il est pris de la violation du principe *patere legem quam ipse fecisiti*, le moyen est donc aussi irrecevable.

Enfin, la requérante fait grief à l'acte attaqué de méconnaître l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016. L'article 4, alinéa 1^{er}, précité, énonce ce qui suit : "les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée."

Toutefois, la requérante ne soutient pas qu'elle n'aurait pas été en mesure de remettre une offre en parfaite connaissance de cause, qu'elle n'aurait pas disposé des mêmes chances que les autres soumissionnaires dans la formulation des termes de son offre, qu'elle aurait été discriminée par rapport à son concurrent au stade de la comparaison des offres, ou encore que la procédure de marché n'aurait pas été transparente, ...

Il en résulte que le moyen unique est uniquement pris de la violation des articles 66, § 1^{er}, et 81, §§ 1^{er} à 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

14. En substance, la requérante soutient, *a posteriori*, que le sous-critère litigieux méconnaîtrait les dispositions de ces articles 66 et 81 de la loi du 17 juin 2019. Elle remet donc en cause la légalité du cahier spécial des charges. Or la requérante pouvait – et devait –, si elle le jugeait utile, introduire un recours contre la décision d'adoption du cahier spécial des charges.

Les articles 14 et 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 prévoient qu'un recours en annulation et un recours en suspension sont ouverts contre "les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, (...)". La décision par laquelle un pouvoir adjudicateur arrête les critères d'attribution de son marché peut donc faire l'objet d'un recours en annulation et d'un recours en suspension auprès du Conseil d'État sur la base de ces articles.

Les délais de ces recours sont fixés à l'article 23, §§ 2 et 3, de la même loi, à savoir 60 jours en cas d'annulation et 15 jours en cas de suspension, et ce à compter de la publication ou de la communication de l'acte litigieux.

En l'espèce, le cahier spécial des charges a été publié sur la plateforme *e-procurement* en même temps que l'avis de marché, soit le 18 mai 2020 (<https://enot.publicprocurement.be/enotwar/preViewNotice.do?noticeId=375399>). La partie requérante n'a toutefois pas introduit de recours en suspension et/ou en annulation dans ces délais. Au contraire, elle a remis une offre et a, de ce fait, accepté les exigences du cahier spécial des charges.

Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour d'appel de Gand a récemment jugé ce qui suit :

" Un participant à un marché public qui, en prenant connaissance du cahier spécial des charges, considère que celui-ci contient des dispositions illégales mais ne prend pas de mesures immédiates pour y remédier, ne peut pas, par la suite, intenter une action à son encontre au moment de l'attribution du marché public.

Dans son arrêt du 13 décembre 2019, la Cour d'appel de Gand a estimé que le fait de permettre aux candidats et aux soumissionnaires de contester la décision d'attribution d'un marché au moment de son attribution en invoquant des violations des règles d'attribution des marchés, telles que la détermination des termes du cahier spécial des charges, qui obligerait le pouvoir adjudicateur à recommencer toute la procédure à partir du moment où les termes du cahier spécial des charges ont été fixés, met en péril l'objectif de la directive 89/665/CEE relative à la protection juridique.

La seule conclusion possible de l'arrêt de la Cour est que le droit national ne permet pas aux candidats et aux soumissionnaires de bénéficier de ce qui précède.

Selon la loi 'recours' des marchés publics du 17 juin 2013, le délai est de 60 jours (délai de recours en annulation) à compter de la prise de connaissance du cahier spécial des charges et c'est ce délai que le soumissionnaire a laissé s'écouler qui ne lui permet pas d'intenter une action civile.

En tant que soumissionnaire conscient et spécialisé, le soumissionnaire a fait preuve d'une attitude et d'un comportement inadmissibles en soumettant d'abord une offre sur la base des dispositions du cahier spécial des charges (c'est-à-dire en tenant compte également des critères de sélection prédéfinis) et en contestant ensuite la légalité de ce cahier spécial des charges sans avoir introduit la procédure d'annulation mentionnée ci-dessus. Sur cette base, sa demande initiale est irrecevable."

Le moyen unique est donc, pour partie ou en totalité, irrecevable. »

Sur le caractère sérieux du moyen, après avoir reproduit les articles 66, § 1^{er}, et 81, §§ 1^{er} à 3, de la loi du 17 juin 2016, la partie adverse fait observer ce qui suit :

« 16. La requérante soutient que le sous-critère litigieux méconnaîtrait les dispositions des articles 66 et 81 de la loi du 17 juin 2019, non pas tant parce que ce sous-critère serait affecté d'une illégalité manifeste, mais parce que le résultat de la comparaison des offres au regard de ce sous-critère lui est, cette fois-ci, défavorable.

En effet, il convient de rappeler que le précédent marché public de fourniture attribué en 2016 prévoyait déjà le même sous-critère d'attribution :

Afin de déterminer quelle offre est économiquement la plus avantageuse parmi les offres retenues, celles-ci seront comparées sur base des critères d'attribution détaillés et pondérés ci-dessous afin d'obtenir un classement final.

° **1^{er} critère : le prix (40 points)**

- **Prix unitaire des produits (30 points)**

- **Ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire « hors marché » (10 points)**

Remarque : l'adjudicataire désigné pour le marché « viandes fraîches » ne pourra vendre que de la viande fraîche.

En 2016, la requérante s'est toutefois abstenue de formuler le moindre grief à l'encontre de cette procédure de marché.

Plus encore, la requérante exécute toujours ce marché alors qu'à suivre son raisonnement, ce marché serait illégal.

La position défendue par la requérante dans le cadre du présent recours est donc incompatible avec ses actes; en tous les cas, au regard des circonstances factuelles qui viennent d’être rappelées ci-dessus, le moyen soulevé ne fait état d’aucune illégalité manifeste, de telle sorte que, *prima facie*, le moyen ne peut pas être déclaré sérieux.

Or rappelons que la requérante doit “(...) établir l’illégalité de la décision attaquée par des moyens devant présenter, au stade de la suspension en extrême urgence, un caractère sérieux”, avec pour conséquence que “(...) seules des illégalités évidentes peuvent être examinées selon la procédure extrêmement rapide voulue par le législateur, le Conseil d’État statuant en moyenne dans les 22 jours de sa saisine.”

Sur la base de son intitulé, la requérante soutient que le second sous-critère “prix” serait étranger à l’objet du marché.

Toutefois, il est insuffisant d’avoir égard au seul intitulé de ce sous-critère pour décider si celui-ci est, ou non, en lien avec l’objet du marché.

Concernant ce sous-critère, le cahier spécial des charges énonce : “l’adjudicataire désigné pour le marché viandes fraîches ne pourra vendre que de la viande fraîche.”

Le sous-critère litigieux ne porte donc pas sur d’autres produits que ceux concernés par le marché.

L’objet de ce marché est, en effet, décrit comme suit dans le cahier spécial des charges :

1. Objet du marché

Le présent marché a pour objet la fourniture de denrées alimentaires de viandes fraîches s’inscrivant dans une démarche d’alimentation saine et durable à destination des institutions et des domaines de la Province du Brabant wallon et ce en respectant les clauses techniques du présent cahier spécial des charges.

Il s’agit d’un marché « stock » ou « marché à bons de commande ». Dans ce type de marché, l’adjudicataire ne livre pas l’ensemble des fournitures en une fois, mais par livraisons fractionnées sur base de bons de commandes successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée du marché.

Les quantités qui seront commandées ne sont pas connues avec précision lors de la passation du marché.

L’article 81, § 3, de la loi du 17 juin 2016 énonce que “les critères d’attribution sont réputés être liés à l’objet du marché public lorsqu’ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit (...)” (...)

En l’espèce, il n’est pas soutenu par la requérante que la ristourne accordée par les soumissionnaires dans leurs offres respectives ne serait pas destinée à s’appliquer sur des “viandes fraîches” à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit. Au sens de l’article 81, § 3, de la loi du 17 juin 2016, un lien existe donc entre le sous-critère concerné et l’objet du marché.

Il est partant inexact pour la requérante d’affirmer que ce sous-critère d’attribution serait étranger à l’objet du marché et que l’article 81, § 3, de la loi du 17 juin 2016, serait méconnu.

Le cas échéant, la partie requérante est libre d’estimer que l’intitulé de ce sous-critère, lequel contient la mention “ hors marché”, aurait été mal choisi; ce grief est toutefois sans incidence sur la légalité de la décision d’attribution de marché. En effet, la requérante ne s’est pas méprise sur l’objet ou la portée de ce sous-critère. Tous les soumissionnaires l’ont d’ailleurs interprété de la même façon et ont déposé une offre pertinente et comparable au regard de ce sous-critère.

Du reste, rappelons que la requérante exécute déjà ce même marché depuis 4 ans, de telle sorte qu'elle n'ignore évidemment pas le lien existant entre ce sous-critère et l'objet du marché.

17. La requérante précise encore que les soumissionnaires n'ont pas été invités à remettre un prix pour les produits concernés, c'est-à-dire pour ceux sur lesquels la ristourne est destinée à s'appliquer. Elle en déduit que la ristourne offerte serait dépourvue de pertinence.

Un tel raisonnement ne peut toutefois pas être suivi.

Le pouvoir adjudicateur choisit librement le ou les critères d'attribution de son marché et la requérante ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

La requérante est libre d'estimer que la partie adverse aurait dû faire intervenir un facteur prix dans le cadre de ce sous-critère d'attribution. Le fait qu'elle en ait décidé autrement n'implique pas, cependant, que le sous-critère retenu serait dépourvu de pertinence. Aux termes de l'article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016, l'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui l'est du point de vue du pouvoir adjudicateur.

La requérante peut donc estimer que la partie adverse aurait dû évaluer les offres sur la base d'autres éléments d'appréciation, mais cela ne constitue que son point de vue. Ce point de vue n'emporte pas que le critère choisi est irrégulier.

Le critère prix n'est pas en soi un critère obligatoire (en ce sens : C.E., n° 192.128, 1^{er} avril 2009, Quadra architecte et management). En effet, l'article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 offre le choix suivant au pouvoir adjudicateur :

“ § 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 : (...)” (...).

Comme le relève la requérante, le critère retenu a certes pour conséquence que l'offre retenue n'est pas nécessairement celle dans laquelle les fournitures seront les moins chères.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut librement décider d'accorder sa préférence à l'offre qui présente le meilleur rapport qualité/prix.

À supposer, pour un produit donné, que le prix proposé par l'attributaire du marché s'avère, *in fine*, plus onéreux (au kilo) que celui offert par Walravens, soit après application de la ristourne accordée dans l'offre, il ne s'en déduit pas, pour autant, que le sous-critère retenu cesserait d'être pertinent.

En effet, un prix de base plus élevé implique par définition une qualité de viande supérieure.

En d'autres termes, le rapport qualité/prix obtenu par l'adjudicateur est, toute proportion gardée, meilleur dans l'offre de l'attributaire du marché même si, au final, le prix payé par l'adjudicateur est plus élevé.

Le sous-critère litigieux ne souffre donc, en lui-même, d'aucun vice.

Au contraire, il permet de comparer les offres sur la base d'un élément objectif et pertinent : l'importance de la ristourne accordée. Un tel critère est d'autant plus objectif qu'il est mathématique : plus la ristourne est grande, plus le soumissionnaire obtient une note élevée.

Après examen du grief soulevé, il appert que la requérante manifeste, en vérité, son désaccord avec le choix posé par la partie adverse pour ce sous-critère. Le grief soulevé par la requérante consiste à demander à votre Conseil de dire pour droit qu'il aurait été préférable, de son point de vue, d'évaluer les offres sur la base d'autres éléments que celui choisi par la partie adverse. Ce faisant, la requérante invite le Conseil d'État à réformer la décision litigieuse, ce qui n'est pas de sa compétence, ou à substituer son appréciation à celle de la partie adverse, ce qu'il ne peut faire.

Le moyen unique n'est donc pas sérieux. »

V.3. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen en ce qu'une illégalité analogue serait le cas échéant à constater dans la décision qui lui a attribué le précédent marché.

Cette exception ne paraît pas pouvoir être retenue. En effet, il ne se déduit pas des conditions fixées par les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 que le recours dirigé contre une décision d'attribution d'un marché public devrait être déclaré irrecevable au motif que des illégalités identiques à celles qui y sont alléguées entacheraient, par ailleurs, une autre décision d'attribution qui, quant à elle, bénéficierait au requérant.

La partie adverse soutient également que la requérante ne pouvait plus se prévaloir de l'irrégularité du cahier spécial des charges dès lors qu'elle n'a pas introduit de recours à l'encontre de celui-ci. Cette exception ne paraît pas non plus devoir être retenue. En effet, la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation.

Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit à propos du premier critère (prix) :

- « - Prix unitaire des produits (60 points)
 - Ristourne accordée sur les produits du soumissionnaire "hors marché" (20 points)
- Remarque : l'adjudicataire désigné pour le marché "viandes" ne pourra vendre que des produits "hors marché" relatifs aux viandes fraîches.

Attribution des points : ces deux sous-critères seront évalués sur base d'une règle de trois. »

La requérante a obtenu une cotation finale de 208,63/230 points et la SA Meco 214,55/230. Les griefs portent sur le second sous-critère, valant 20 points, pour lequel la requérante a obtenu 10 points, tandis que la SA Meco s'est vue attribuer le maximum de points. Il en résulte que la note attribuée pour ce sous-critère a bien une incidence sur le classement final.

Le moyen formule deux critiques à l'égard du second sous-critère : d'une part, il ne serait pas en lien avec l'objet du marché; d'autre part, il ne serait pas suffisamment clair et précis. Ces deux critiques peuvent être considérées comme deux branches du moyen.

Les articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics sont libellés comme suit :

- « Art. 4. Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'Accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994 ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne ».
- « Art. 81. § 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 :
- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;
 - b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;
 - c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.
- Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.
- § 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. À défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution ».

Il ressort de ces dispositions qu'est laissée aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse », ce qui implique qu'ils doivent être liés à l'objet du marché. Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnelle de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. La liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique, par ailleurs, que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté.

Selon l'article 1^{er} du cahier spécial des charges, le marché « a pour objet la fourniture de denrées alimentaires de viandes fraîches s'inscrivant dans une démarche d'alimentation saine et durable à destination des institutions et des domaines de la Province du Brabant wallon et ce en respectant les clauses techniques du présent cahier spécial des charges ». Il est précisé qu'il s'agit d'un « marché stock » ou « marché à bons de commande », l'adjudicataire ne livrant pas

l'ensemble des fournitures en une fois, mais par livraisons fractionnées sur base de bons de commande successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur pendant toute la durée du marché. Le cahier spécial des charges comporte un « catalogue des produits » qui figure également dans le formulaire d'offre annexé à celui-ci.

Le second sous-critère tend à apprécier l'importance de la ristourne sur les « produits du soumissionnaire « hors marché » La portée des termes « hors marché » n'est pas claire dès lors qu'elle dépend de ce qu'est l'objet du marché.

Soit le marché est entendu comme ne portant que sur les viandes mentionnées dans le catalogue. À suivre cette interprétation, l'objectif du pouvoir adjudicateur serait de profiter du présent marché pour obtenir un avantage dans le cadre de commandes qui ne ressortiraient pas de ce marché. Dans ce cas, le sous-critère n'apparaîtrait pas lié à l'objet du marché dès lors qu'il ne porterait pas sur la manière dont les prestations seront réalisées dans le cadre du présent marché mais bien sur ce que la partie adverse pourrait obtenir grâce à ce marché mais dans un contexte qui lui est extérieur. Dans cette hypothèse, la première branche du moyen apparaîtrait sérieuse.

Soit le marché porte sur la fourniture de toutes viandes fraîches et produits alimentaires, le catalogue repris dans le cahier des charges ayant pour objectif de comparer les offres. Dans ce cas, le sous-critère paraît pouvoir être considéré comme étant en lien avec l'objet du marché.

En tout état de cause, s'agissant de la seconde critique formulée par le moyen, il semble qu'en tendant à apprécier l'importance d'une ristourne sur des viandes ou des produits alimentaires dont le prix n'est pas connu, le sous-critère en cause soit dépourvu de pertinence dès lors qu'il n'apparaît pas en mesure d'assurer la comparabilité des offres. En effet, ainsi que l'expose à juste titre la requérante, une ristourne de 20 % sur des prix très élevés peut donner lieu à un prix final supérieur à un prix plus bas sur lequel est appliquée une ristourne de 10 %. À cet égard, l'assertion de la partie adverse selon laquelle « un prix de base élevé implique par définition une qualité de viande supérieure » est dépourvue de pertinence à propos d'un critère relatif au prix, et ce alors même qu'un critère, le deuxième, tend à apprécier la qualité des produits.

Il doit dès lors être considéré, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, que le moyen est sérieux, en sa seconde branche, en ce qu'il dénonce la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016.

VI. Balance des intérêts

VI.1. Thèse de la requérante

Sur la balance des intérêts en présence, la requérante fait valoir ce qui suit :

« 18.- En l'espèce, la balance des intérêts en présence commande de suspendre l'exécution de l'acte attaqué.

En effet, les griefs soulevés par la société Walravens sont incontestablement sérieux.

Par ailleurs, la société Walravens subirait un dommage très important si le marché ne lui était pas attribué.

À cet égard, il convient de rappeler que :

- le marché doit être conclu pour une durée de trois ans reconductible une fois une année (section B "Clauses administratives", article 3, du cahier spécial des charges);
- le marché est estimé à 150.000 € hors t.v.a. pour un an, soit 600.000 € hors t.v.a. pour l'entièreté du marché (quatre ans) (section B "Clauses administratives", article 4, alinéa 1^{er}, du cahier spécial des charges).

Enfin, le marché public de fournitures précédent (référence : 72/MT/Viandes/5097) – qui a été attribué à la société Walravens par décision du 22 décembre 2016, notifiée par courrier du 11 janvier 2017 – devait, en principe, prendre fin au début de l'année 2021.

La présente demande de suspension ayant suspendu l'exécution de l'acte attaqué, ce marché est toujours en cours d'exécution actuellement.

La société Walravens est évidemment disposée à poursuivre l'exécution du marché pendant toute la durée de la procédure en référé (demande de suspension d'extrême urgence) et, le cas échéant, de la procédure au fond (recours en annulation).

Dès lors, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué ne devrait pas occasionner de préjudice à la Province du Brabant wallon.

Par conséquent, l'on n'aperçoit pas quelles conséquences négatives de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages. »

VI.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse répond de la manière suivante :

« La décision attaquée a été notifiée à la requérante par courrier recommandé du 9 mars 2021.

Alors qu'elle a réceptionné cette décision le 10 mars 2021, la requérante a attendu plus de deux mois avant d'introduire la présente demande en suspension d'extrême urgence.

L'attitude adoptée par la requérante est donc incompatible avec la prétention avancée dans sa requête, selon laquelle elle "subirait un dommage très important si le marché ne lui est pas attribué".

La circonstance que le marché en cause est estimé sur quatre ans à 600.000,00 EUR n'implique pas *ipso facto* que la perte de ce marché risque de causer un préjudice important à la requérante ou de mettre en péril sa santé financière ou économique.

La requérante ne le prétend pas et, en tout état de cause, elle ne joint aucune pièce à sa requête attestant que le risque de préjudice invoqué par ses soins pourrait être "très important".

La requérante fait valoir que le précédent marché public de fournitures lui a été notifié par courrier du 11 janvier 2017 et qu'il devait donc, en principe, prendre fin au début de l'année 2021. Elle ajoute que ce marché est toujours en cours d'exécution et qu'elle est disposée à le poursuivre si l'exécution de la décision attaquée est suspendue.

Comme précisé *supra*, la requérante omet toutefois de rappeler que le contrat actuel a été attribué sur la base, notamment, du même sous-critère d'attribution. En d'autres termes, en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, l'exécution du contrat actuel ne peut pas être garantie. Il en résulte que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué risque de priver les institutions et domaines de la Province (en ce compris ses établissements d'enseignement) de fournisseur pendant plusieurs mois.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de ne pas ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. »

VI.3. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est pas contesté que le marché actuel est toujours en cours d'exécution et la requérante expose être disposée à en poursuivre l'exécution. La circonstance, alléguée par la partie adverse, que ce contrat a été attribué sur la base, notamment, du même sous-critère d'attribution s'avère dépourvue de pertinence à cet égard, dès lors que la décision d'attribution de ce marché est devenue définitive.

Dans ces conditions, la partie adverse n'établit pas que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie adverse demande d'assurer la confidentialité des offres des soumissionnaires. Il s'agit des pièces B1 à B4 classées dans un sous-dossier confidentiel joint à son dossier administratif.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège provincial de la province du Brabant wallon du 4 mars 2021 attribuant à la société Meco le marché de fournitures de viandes fraîches au profit des institutions et des domaines provinciaux.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces B1 à B4 sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 29 juin 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky