

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 252.281 du 1^{er} décembre 2021

A. 224.803/VI-21.213

En cause : **le Centre Public d'Action Sociale (CPAS) de Courcelles**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS et Cyrille DONY, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

le Gouverneur de la Province du Hainaut,
ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 mars 2018, le CPAS de Courcelles demande l'annulation de « l'arrêté du Gouverneur de la Province du Hainaut du 15 janvier 2018 annulant la délibération du 16 novembre 2017 par laquelle le Conseil de l'action sociale du CPAS de Courcelles a désigné, en qualité d'adjudicataire du marché de services de restauration pour la cuisine du Centre Spartacus Huart, la SA COMPASS GROUP BELGILUX ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

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

Le rapport a été notifié à la partie adverse le 3 mars 2020.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, a rédigé une note le 29 juin 2020 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quinq}ies de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Par une lettre du 13 août 2020, le greffe a notifié à la partie adverse que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte attaqué à moins qu'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

L'article 30 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son paragraphe 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un rapport concluant à l'annulation.

La partie adverse n'a pas sollicité la poursuite de la procédure et aucune des parties n'a souhaité être entendue.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 14^{quinq}ies du règlement général de procédure.

À la suite de l'arrêt de l'assemblée générale n° 243.249 du 14 décembre 2018, il revient dès lors d'apprécier si le second moyen, qui a été considéré comme fondé par le rapport de l'auditeur rapporteur, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen du second moyen

Dans le second moyen, pris de la violation de l'article 111 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de

l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation des documents du marché et, notamment, des dispositions du cahier spécial des charges décrivant l'objet du marché, des principes généraux du droit et plus particulièrement du principe de bonne administration, du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de la motivation matérielle et du principe de l'exercice raisonnable des pouvoirs, de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation ainsi que de l'excès de pouvoir, la partie requérante reproche, en une première branche, à l'acte attaqué de considérer qu'en analysant les offres sur la base de la pondération des critères d'attribution prévue par le cahier spécial des charges n° 2017/09, elle n'aurait pas respecté les règles fixées dans l'avis de marché. Elle rappelle que les conditions relatives au marché litigieux ont été fixées par son conseil de l'action sociale lors de la séance du 22 juin 2017 et que le cahier spécial des charges n° 2017/09 a été approuvé au cours de la même séance, que lors de l'élaboration et de l'envoi de l'avis de marché en date du 23 juin 2017, elle n'a dès lors fixé aucune règle nouvelle mais s'est contentée d'énoncer les règles approuvées lors de la délibération du 22 juin 2017 et a commis une erreur matérielle lors de l'encodage de la pondération relative aux critères d'attribution relatifs aux prix et au système d'information et de gestion des allergènes. Elle estime qu'en annulant la décision d'attribution du 16 novembre 2017 en raison du non-respect de la pondération des critères d'attribution prévue dans la publication officielle (avis de marché), la partie adverse semble considérer qu'en cas de contradiction entre un avis de marché et un cahier spécial des charges, le premier devrait toujours primer sur le second, alors qu'une telle interprétation n'est pas certaine compte tenu de l'absence d'une motivation formelle suffisante et adéquate. Elle cite, à l'appui de sa thèse, l'arrêt n° 222.109 du 17 janvier 2013, dans lequel le Conseil d'État a considéré que le contenu d'un avis de marché résulte de décisions prises par le pouvoir adjudicateur et ayant notamment pour objet l'adoption du cahier spécial des charges du marché concerné, de sorte qu'en principe, rien ne permet de considérer que le cahier spécial des charges aurait été adopté après l'élaboration de l'avis de marché. Elle souligne que celui-ci doit mentionner les informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché définies par le pouvoir adjudicateur de sorte que, lors de l'élaboration dudit avis, il ne saurait être question de modifier les règles arrêtées par le pouvoir adjudicateur dans le cadre du cahier spécial des charges et que, par conséquent, une mention erronée de l'avis de marché ne signifie pas qu'il existe une contradiction avec le cahier spécial des charges si l'avis de marché et le cahier spécial des charges ont été élaborés et adoptés sur la base d'une même décision du pouvoir adjudicateur fixant les modalités du marché. Elle rappelle qu'en l'espèce, lors de sa séance du 22 juin 2017, son conseil de l'action sociale a décidé, à l'unanimité, de lancer le marché litigieux et qu'au terme de sa délibération, il a

notamment pris la décision d'approuver le cahier spécial des charges n° 2017/09 et le montant estimé du marché, de fixer les conditions du marché comme prévu au cahier spécial des charges et par les règles générales d'exécution des marchés publics, de choisir l'appel d'offres ouvert comme mode de passation du marché, de conclure le marché pour une durée de quatre ans, et de compléter et d'envoyer le formulaire standard de publication au niveau national. Elle relève qu'il n'a donc pas été question de modifier les règles arrêtées dans la délibération du 22 juin 2017, mais qu'il s'agit seulement de la commission d'une erreur dans l'encodage de la pondération relative des critères d'attribution. Elle souligne en outre que l'acte attaqué précise que le mode de passation du marché et ses conditions ont été fixés par la délibération du 22 juin 2017 du conseil de l'action sociale, et que la partie adverse n'ignorait donc pas que les modalités du marché ont été fixées par le biais de cette délibération. Dans une seconde branche, elle fait grief à l'acte attaqué de considérer qu'elle aurait violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, alors que l'erreur matérielle contenue dans un avis de marché n'entraîne pas, par nature, une rupture de l'égalité entre les soumissionnaires, que la pondération relative des critères d'attribution peut être précisée dans le cahier spécial des charges, qu'en l'espèce tous les soumissionnaires ont été informés de l'importance relative exacte des différents critères et sous-critères d'attribution avant de préparer leur offre et que, par voie de conséquence, ils ont été traités sur un pied d'égalité. Elle relève qu'aucun soumissionnaire n'a critiqué ou contesté le rapport d'analyse des offres et la décision d'attribution du 16 novembre 2017. Elle cite encore l'arrêt n° 222.109, précité, selon lequel si, malgré une erreur matérielle dans un avis de marché, il n'existe pas de contradiction entre cet avis et le cahier spécial des charges, il n'y a alors pas de rupture d'égalité entre les soumissionnaires. Elle cite par ailleurs des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et souligne que si l'importance relative des critères d'attribution doit être portée à la connaissance des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre, rien n'interdit cependant de préciser la pondération des critères d'attribution dans le cahier spécial des charges. Selon elle, l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 permet en effet explicitement que l'importance relative des critères d'attribution soit précisée dans le cahier spécial des charges.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse constate, à titre préliminaire, que la requête n'établit aucune corrélation entre les dispositions et principes visés au moyen et le développement des deux branches qui composent ce moyen, de telle sorte que le moyen ne répond pas à l'exigence de clarté imposée par le règlement de procédure et la jurisprudence. Elle considère en conséquence que le moyen est « non fondé ». Sur le fond, elle estime que l'erreur commise dans l'encodage de la pondération relative aux critères d'attribution et, en conséquence,

l'information inexacte contenue dans l'avis de marché, ont directement impacté la connaissance que devaient avoir tous les soumissionnaires potentiels des conditions de ce marché. Elle avance qu'il ne peut être exclu que les pondérations annoncées dans l'avis de marché aient pu décourager certains de participer au marché. Elle relève qu'elle ne conteste pas que la rédaction de l'avis de marché et sa publication constituent des mesures de pure exécution des décisions préalables adoptées par le pouvoir adjudicateur, de telle sorte que l'argumentation de la partie requérante sur l'existence ou non d'une contradiction n'a pas lieu d'être. Elle rappelle que les principes d'égalité et de transparence consacrés par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 imposent que la manière dont l'évaluation des offres sera réalisée doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels et qu'en conséquence, le pouvoir adjudicateur annonce clairement dans les documents du marché les critères d'attribution et la pondération y relative. Elle observe que le principe d'égalité s'étend à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés et ne peut dès lors être limité aux soumissionnaires ayant demandé le cahier spécial des charges. Elle reproche à la partie requérante d'avoir restreint artificiellement la concurrence et défavorisé indûment certains opérateurs économiques qui auraient pu être intéressés par le marché s'ils en avaient eu une connaissance exacte.

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante ne revient pas sur la critique formulée par la partie adverse quant à la recevabilité de son moyen. Sur le fond, elle rappelle, quant à la première branche, que l'interprétation qu'elle fait de la position de la partie adverse (qui semble, selon elle, considérer qu'en cas de contradiction entre un avis de marché et un cahier spécial des charges, le premier devrait toujours primer sur le second), n'est pas certaine au vu de l'absence de motivation formelle suffisante et adéquate. Elle constate que la partie adverse ne rencontre pas son argumentation tirée de l'arrêt n° 222.109, précité. Pour le surplus, elle reproduit ou paraphrase l'argumentation développée dans sa requête en annulation. Quant à la seconde branche, elle répète que tous les soumissionnaires ont été informés de l'importance relative et réelle des différents critères et sous-critères d'attribution, repris dans le cahier spécial des charges, avant de préparer leur offre. Elle insiste sur le caractère minime de l'erreur matérielle commise lors de l'encodage de l'avis de marché dès lors que tant dans l'avis de marché que dans le cahier spécial des charges, l'importance donnée au critère d'attribution relatif au prix était prépondérante par rapport à celle des deux autres critères d'attribution. Elle estime dès lors que les soumissionnaires étaient en mesure de prévoir raisonnablement les critères sur la base desquels leur offre serait évaluée et que l'erreur commise n'était pas de nature à décourager un soumissionnaire souhaitant se démarquer par un prix compétitif. Elle cite par ailleurs l'arrêt n° 235.817 du 21 septembre 2016, duquel il résulte que l'obligation de transparence et le respect du

principe d'égalité n'imposent pas au pouvoir adjudicateur de porter à la connaissance des soumissionnaires la méthode d'évaluation appliquée afin d'évaluer et de classer concrètement les offres au regard des critères et de la pondération annoncés dans les documents du marché.

Dans son rapport, l'auditeur rapporteur considère que le moyen est fondé dans les termes suivants :

« V.2.4.1 Quant à la recevabilité

Dans le respect de l'article 2, § 1^{er}, 3^o, du règlement général de procédure, un moyen, pour être recevable, doit comporter l'indication de la règle de droit qui a été violée, ainsi que l'indication claire et sans ambiguïté de la manière dont elle a été enfreinte. Cela étant, l'exception *obscuri libelli* n'est pas fondée lorsque le moyen indique les règles de droit et les principes violés et que les reproches formulés à l'encontre de l'autorité et de l'acte attaqué permettent de déduire les raisons pour lesquelles le requérant estime que les dispositions et principes visés auraient été violés. Il en va d'autant plus ainsi lorsque l'autorité n'est nullement induite en erreur quant à la portée du moyen auquel elle a opposé une réponse en fait et en droit.

En l'espèce, l'exposé des premières et deuxième branches permet à suffisance de comprendre les raisons pour lesquelles la violation de l'article 111 de la loi du 8 juillet 1976, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, du principe de la motivation matérielle, du principe de proportionnalité et du principe de l'exercice raisonnable des pouvoirs, ainsi que l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, sont invoquées. Le moyen n'est, par contre, pas recevable en tant qu'il est pris, de manière générale, de la violation "du principe de bonne administration", dès lors qu'il s'agit d'une notion extrêmement large englobant une grande variété de critiques possibles. De même, la partie requérante reste en défaut d'expliquer en quoi la partie adverse n'aurait pas examiné avec soin la délibération du 16 novembre 2017 et les documents du marché ayant conduit à son adoption, de telle sorte que sa décision n'aurait pas été adoptée en pleine connaissance de cause, en violation du devoir de minutie. Le moyen n'est, dès lors, pas non plus recevable sous cet angle. Enfin, les critiques développés par la partie requérante ne permettent pas de comprendre en quoi les dispositions du cahier spécial des charges décrivant l'objet du marché auraient été méconnues par la partie adverse. Sous cet angle également, le moyen n'est pas recevable.

V.2.4.2. Quant au fond

Observation commune aux deux branches du moyen

1. En l'espèce, la partie adverse justifie l'annulation de la délibération de la partie requérante du 16 novembre 2017 comme suit :

“(…) Considérant que l'avis de marché précise que le marché sera attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des 3 critères énoncés, assortis d'une pondération;

Considérant que le cahier spécial des charges prévoit les 3 mêmes critères d'attribution, mais assortis de pondérations différentes;

Considérant que les offres ont été analysées sur la base des critères énoncés dans le cahier spécial des charges;

Considérant qu'en procédant de la sorte, le Pouvoir adjudicateur n'a pas respecté les règles qu'il avait fixées dans la publication officielle;

Considérant au surplus que ce faisant, le pouvoir adjudicateur a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires exigeant que tous les éléments devant être pris en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, et leur importance relative, soit connu des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre;

Considérant en conséquence que la délibération du Conseil de l'action sociale en date du 16 novembre 2017 en question est illégale; (...)"

2. L'acte attaqué ne se limite dès lors pas à relever l'existence d'une divergence entre les données reprises par l'avis de marché et celles reprises au sein du cahier spécial des charges. Outre ce constat, l'acte attaqué énonce "Considérant que les offres ont été analysées sur la base des critères énoncés dans le cahier spécial des charges". Cet élément apparaît comme central dans la critique de légalité retenue par la partie adverse au sein de l'acte attaqué. La partie adverse ne critique pas, en soi, la divergence existant au sein des documents du marché mais plus précisément le fait que, alors que cette divergence existait, la partie requérante a analysé les offres sur la base des critères énoncés dans le cahier spécial des charges. Ce point est, selon la partie [adverse], de nature à entraîner l'irrégularité de la délibération du 16 novembre 2017 pour deux motifs distincts :

- D'une part, le fait qu'en "procédant de la sorte", la partie requérante n'aurait pas respecté les règles fixées dans l'avis de marché.

- D'autre part, et à titre complémentaire, que "ce faisant", la partie requérante a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires qui exige que tous les éléments devant être pris en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, et leur importance relative, soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre.

3. Contrairement à ce que soutient la partie adverse dans son mémoire en réponse, cette motivation ne remet pas en cause la légalité de la décision litigieuse au motif que, l'avis de marché contenant une erreur matérielle, les soumissionnaires potentiels ont pu être induits en erreur et être dissuadés de remettre une offre, ce qui porterait atteinte à la finalité de transparence poursuivie par la publication officielle.

Dans le cadre de l'appréciation du respect par un acte administratif des obligations imposées par la loi du 29 juillet 1991, le Conseil d'État ne peut pas avoir égard à des motifs autres que ceux figurant au sein de l'acte attaqué au jour de son adoption. Il n'y a dès lors pas lieu d'avoir égard à la nouvelle motivation proposée *a posteriori* au sein du mémoire en réponse, ainsi qu'aux arguments développés en réaction à celle-ci par la partie requérante au sein de son mémoire en réplique.

V.2.4.2.1. Première branche

Comme le relève la partie requérante et comme l'admet la partie adverse dans son mémoire en réponse, l'élaboration d'un avis de marché consiste en l'encodage, par l'agent désigné à cette fin et dans le formulaire imposé réglementairement, des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées l'organe compétent du pouvoir adjudicateur. Le contenu de l'avis de marché résulte donc de décisions prises par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet l'adoption du cahier spécial des charges du marché

concerné. La rédaction de cet avis et sa publication constituent des mesures de pure exécution de ces décisions préalables. L’avis de marché ne fixe donc pas, de manière autonome, de “règles”.

En partant du postulat selon lequel la publication officielle “fixe des règles”, la partie adverse ne motive pas de manière admissible l’acte attaqué.

Par conséquent, la première branche du second moyen est fondée.

V.2.4.2.1. Deuxième branche

L’acte attaqué invoque également la violation du principe d’égalité dans la mesure où celui-ci exige que tous les éléments devant être pris en considération pour identifier l’offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative, soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre.

Concrètement, et compte tenu de la procédure retenue en l’espèce par la partie requérante dans le cadre du marché litigieux, la préparation d’une offre par un soumissionnaire implique nécessairement que celui-ci dispose du cahier spécial des charges. Dès lors que les offres ont été évaluées au regard des critères tels que définis par le cahier spécial des charges, les soumissionnaires potentiels disposaient, au moment de la préparation de leur offre, de l’ensemble des éléments à prendre en considération pour identifier l’offre économiquement la plus avantageuse. L’acte attaqué repose, dès lors, sur une erreur manifeste d’appréciation.

Par conséquent, la seconde branche du second moyen est fondée ».

La partie adverse n’a pas demandé la poursuite de la procédure dans le délai imparti et s’est abstenue de déposer un dernier mémoire pour contester le point de vue développé dans le rapport de l’auditeur. Elle n’a pas non plus demandé à être entendue.

Au vu de ces éléments, il y a lieu de se rallier au point de vue exposé dans le rapport de l’auditeur rapporteur.

Le second moyen est fondé. Il justifie l’annulation de l’acte attaqué en application des articles 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d’État et 14^{quiquies} du règlement général de procédure.

VI. Indemnité de procédure et dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

L'arrêté du Gouverneur de la Province du Hainaut du 15 janvier 2018 annulant la délibération du 16 novembre 2017 par laquelle le Conseil de l'action sociale du CPAS de Courcelles a désigné, en qualité d'adjudicataire du marché de services de restauration pour la cuisine du Centre Spartacus Huart, la SA COMPASS GROUP BELGILUX, est annulé.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 1^{er} décembre 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy