

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

n° 254.616 du 28 septembre 2022

A. 237.208/VI-22.418

En cause : **l'association sans but lucratif COHEZIO,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Stéphanie GOLINVAUX et
 Hannah TACHENY, avocats,
 chaussée de la Hulpe 166
 1160 Bruxelles,

contre :

la Province de Liège,
 représentée par son collègue provincial,
 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 8 septembre 2022, l'ASBL Cohezio demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution :

- « - de la décision de la Province de Liège par laquelle elle juge irrégulière la participation de Cohezio à la procédure ouverte qu'elle a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (GED/2022-06710), communiquée à Cohezio asbl par *e-mail* et courrier recommandé du 2 septembre 2022 [...].
- de la décision d'attribution éventuellement subséquente, de date inconnue dans le même marché public, par laquelle la partie adverse désigne le soumissionnaire retenu en vue de lui attribuer le marché litigieux, si elle existe ».

et, d'autre part, l'annulation de ces décisions.

Elle sollicite également du Conseil d'État qu'il ordonne, selon la procédure d'extrême urgence, les mesures provisoires suivantes :

- « a) de procéder à l'analyse du dossier introduit par Cohezio le 2 septembre 2022 [...] en faisant abstraction du litige en cours au sujet de la participation de

Cohezio à la séance d'information, et en considérant ainsi l'offre de Cohezio comme régulière sur ce point;
b) de transmettre à Cohezio la liste des questions et réponses aux questions posées par les candidats intéressés et auxquelles il aurait été répondu à la séance d'informations, et de lui permettre d'éventuellement modifier ou rectifier son offre sur les éléments qui nécessiteraient de l'être sur base des informations reçues ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 9 septembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 septembre 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Stéphanie Golinvaux, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Jean-Luc Teheux *loco* M^e Emmanuelle Bertrand, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur adjoint 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 utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen des demandes de suspension et de mesures provisoires se présentent comme il suit :

« I. LES FAITS PERTINENTS.

1. Le 10 juin 2022, la Province de Liège, ci-après la partie adverse, publie un avis de marché concernant l'attribution d'un marché public de services relatif à "la désignation d'un service externe de prévention et de protection au travail pour l'ensemble des services de la Province de Liège"[...].

2. Le mode de passation choisi pour chacun des lots est la procédure ouverte, l'offre économiquement la plus avantageuse étant déterminée sur base du meilleur rapport qualité/prix, lequel sera évalué en se fondant sur différents critères d'attribution définis en page 20 du cahier spécial des charges [...].

3. L'article II.11 de ce cahier prévoit que les opérateurs économiques intéressés par le marché doivent assister à une séance d'information obligatoire qui se tiendra le 26 août 2022 à 10h00 au Val Benoît, Rue Ernest Solvay, 11 à 4000 Liège.

Cette disposition est la suivante :

II.11 Séance d'information

Afin de pouvoir apprécier l'ampleur du marché, la disposition des lieux et les difficultés éventuelles d'exécution, chaque soumissionnaire devra assister à une **séance d'information obligatoire**.

Les éventuelles **questions devront être envoyées 5 jours ouvrables avant la séance d'information** à l'adresse suivante : Sipp.secretariat@provincedeliege.be

La séance d'information aura **lieu le vendredi 26 août 2022 à 10h00 au Val Benoît, Rue Ernest Solvay, 11 à 4000 LIEGE.**

Le soumissionnaire doit confirmer sa présence, au plus tard 5 jours ouvrables avant la date de la séance, par mail adressé à Madame Virginia LUPO (Sipp.secretariat@provincedeliege.be).

A la fin de la séance d'information, le soumissionnaire recevra une **attestation de présence** dûment complétée et signée par le responsable.

Cette attestation **sera jointe à l'offre**.

Un **procès-verbal de la séance d'information**, reprenant les questions et les réponses, sera dressé et envoyé par e-mail à chaque participant, dans un **délai de 3 jours ouvrables** après la séance d'information.

4. Trois opérateurs économiques intéressés par ce marché confirment leur présence à la partie adverse, à savoir : les sociétés CESI, MENSURA et la partie requérante.

Afin d'éviter les difficultés de stationnement, la partie adverse contacte ces opérateurs économiques afin de les informer que des places de parkings leur ont été réservées au sous-sol du bâtiment (lieu du rendez-vous). Il leur est également indiqué que des travaux sont en cours au Val benoît et que l'accessibilité des lieux peut, par conséquent, être compliquée.

5. La séance se tient à la date indiquée. Y sont présents les représentants de deux opérateurs économiques :

- CESI ASBL
- MENSURA SEPP

Avec l'accord des participants, la réunion ne débute néanmoins qu'à 10 h 15 dans la mesure où la représentante de la partie requérante avait prévenu par téléphone la partie adverse qu'elle aurait un léger retard.

Cette dernière n'arrive néanmoins qu'une fois la réunion terminée vers 10 h 40.

L'attestation de présence n'est logiquement transmise qu'aux participants à l'exclusion de la partie requérante qui est arrivée une fois la séance clôturée. Tout comme le relève la partie requérante, la partie adverse indique directement "à la représentante de Cohezio qu'elle ne pouvait lui attribuer l'attestation de participation à la séance, car la séance venait de prendre fin lorsqu'elle est arrivée".

Par contre, il est inexact d'affirmer en termes de requête que Monsieur Humblet, représentant de la partie adverse, aurait "indiqué à la représentante de Cohezio que l'attestation de présence pourrait être délivrée à Cohezio si les deux autres soumissionnaires l'acceptaient, faisant ainsi reposer la décision d'octroi de l'attestation sur les autres soumissionnaires – concurrents directs de Cohezio".

La partie requérante a peut-être mal compris les propos du représentant de la partie adverse lequel lui avait uniquement indiqué qu'il ne pouvait, eu égard au principe d'égalité des soumissionnaires, lui délivrer une telle attestation.

6. En date du 30 août 2022, la partie adverse adresse aux participants et à la partie requérante un PV retraçant le déroulement de la séance d'information [...]. Selon celui-ci :

Déroulement de la séance :

A l'heure prévue (10h00), seules 2 firmes étaient représentées, à savoir : CESI et MENSURA.

La firme COHEZIO, représentée par Madame DEFRANCE Fabienne, a prévenu par téléphone, à 09h56, qu'elle aurait un petit retard d'environ 10 minutes.

A l'unanimité des personnes présentes (représentants de la Province de Liège et des firmes) il a été décidé de reporter l'ouverture de la séance de 15 min.

A 10h15, la représentante de la firme COHEZIO n'était toujours pas présente. Il a cependant été décidé de débiter la séance d'information.

Les questions reçues dans le délai requis par le cahier des charges ont été lues et les réponses ad hoc y ont été apportées.

Aux alentours de 10h35, les représentants présents n'ayant aucune question complémentaire par rapport aux réponses apportées, la séance d'information s'est terminée.

La représentante de la firme COHEZIO n'étant toujours pas arrivée à 10h35, des contacts ont été pris avec le service des marchés publics de la Province de Liège afin de l'interroger sur la suite à réserver à cette problématique. Monsieur Humblet a également été appelé en sa qualité de Directeur du SIPPT.

Est également adressé aux participants un PV reproduisant les questions et les réponses émises lors de cette séance d'information. Ce PV n'est pas adressé à la partie requérante qui n'y a pas participé [...].

7. Interprétant ce PV comme une décision de l'exclure du marché, la partie requérante écrit le 31 août 2022 [...] à la partie adverse que sa position méconnaît le principe de proportionnalité et l'exhorte à lui adresser une attestation de présence.

8. Le 2 septembre 2022, la partie adverse refuse d'accéder à la demande de la partie requérante [...]. Dans ce courrier, la partie adverse rappelle les principes applicables en la matière et conclut que "la stricte application de ces principes l'obligera à déclarer toute offre déposée par votre société irrégulière dès lors que vous n'avez pas assisté à la séance d'information obligatoire (...)".

Ce courrier est le suivant :

Le Collège provincial a pris connaissance de votre courrier du 31 août 2022 adressé dans le cadre du marché relatif à la désignation d'un Service externe de Prévention et de Protection au travail (cahier des charges 2022-03695), en réaction à la transmission du procès-verbal établi suite à la séance d'information obligatoire du 26 août 2022.

Après nouvel examen de la situation par nos différents services juridiques, nous avons le regret de vous informer que nous ne pouvons répondre positivement à votre demande.

Outre les éléments développés dans le procès-verbal que vous avez reçu et auquel nous vous renvoyons, nous reprenons vos remarques point par point et y apportons les réponses suivantes :

- La date, l'heure et le lieu de la séance d'information étaient bien connus puisque communiqués dès la publication de l'avis de marché.
En bon père de famille, il vous appartenait de prendre toutes les dispositions et précautions nécessaires pour arriver à l'heure prévue.
Les erreurs de GPS sont fréquentes et les difficultés de circulation à Liège sont notoires depuis longtemps et ne peuvent dès lors en aucun cas constituer une cause de force majeure et justifier le retard.
La Province avait par ailleurs pris toutes les dispositions utiles pour assurer des places de parking et avait communiqué les informations au préalable aux différents participants.
- Que le retard annoncé ait été de 10 ou 20 minutes importe peu en l'espèce. Il s'avère que dans les faits, il s'est finalement allongé à une quarantaine de minutes, sans que votre représentante ne reprenne contact pour informer les intervenants.
- Le fait d'avoir informé du retard n'obligeait aucunement la Province à l'accepter et c'est avec clémence qu'il a été décidé de postposer la séance de 15 minutes.

- Les personnes présentes lors de la séance d'information pourront facilement témoigner que votre représentante est arrivée aux alentours de 10h40 et à tout le moins au-delà de 10h35 (heure à laquelle Mme Lupo s'entretenait au téléphone avec le service Marchés Publics de la Province afin de les informer de la situation, votre représentante n'étant toujours pas arrivée au terme de cette conversation).
- En l'espèce, il ne s'agit pas d'un motif d'exclusion, ceux-ci sont effectivement limitativement énumérés par la loi. Toutefois, si votre société dépose une offre, celle-ci devra être déclarée irrégulière en raison de la non-participation à la séance d'information rendue obligatoire dans les documents du marché et la non production de l'attestation de présence à joindre à l'offre (voir point II.11 et formulaire d'offre).
- Le principe de proportionnalité a été en l'espèce respecté puisque la situation a été examinée in concreto et qu'il a été tenu compte du retard annoncé par votre représentante pour décider de postposer le début de la séance de 15 minutes, alors que les autres participants étaient, quant à eux, arrivés parfaitement à l'heure et s'impatientsaient.
- Le choix de traiter les questions/réponses dans le cadre d'une séance d'information nous appartenait et a été posé de manière à parfaitement clarifier les choses pour tous les soumissionnaires potentiels et à pouvoir répondre directement le cas échéant aux sous-questions qui se présenteraient et ce, de manière à ce que tout le monde puisse participer à la discussion et, in fine, que chacun obtienne les mêmes informations.
- La Province applique les règles de marchés publics dont les principes essentiels sont, notamment, l'égalité de traitement et le respect des règles fixées.
Les principes d'égalité de traitement et du respect des règles fixées nous interdisent dans le cas présent de traiter de manière similaire des soumissionnaires qui ont assisté à une séance d'information rendue obligatoire par les documents du marché et d'autres qui n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires et utiles pour y assister.
La stricte application de ces principes nous obligera à déclarer toute offre déposée par votre société irrégulière dès lors que vous n'avez pas assisté à la séance d'information obligatoire et que l'attestation de présence ne sera dès lors pas jointe à votre offre, en application des dispositions des documents du marché.

La partie requérante estime que ce courrier contient en droit la décision de la partie adverse "par laquelle elle juge irrégulière la participation de COHEZIO à la procédure ouverte (...)". Il s'agit d'un des "actes attaqués".

9. Le 5 septembre 2022, la partie requérante dépose une offre dans la procédure [...].

10. Le 8 septembre 2022, la partie requérante introduit la présente procédure ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante soutient que le premier acte attaqué a pour objet de l'exclure de la procédure de marché public organisée par la partie adverse, dès lors qu'il indique qu'elle ne recevra pas d'attestation de présence pour la session d'information du 26 août 2022 et que toute offre déposée par elle sera considérée comme irrégulière. Elle estime qu'une telle décision est définitive à son égard et qu'elle constitue donc un acte susceptible de recours. Elle ajoute qu'elle justifie bien d'un intérêt à obtenir le marché et d'un intérêt légitime à introduire le présent recours, les violations invoquées dans ses différents moyens devant lui permettre de participer à la procédure.

2. Note d'observations

La partie adverse affirme que le recours est dirigé contre deux actes inexistants et qu'il est dès lors irrecevable. Elle fait valoir ce qui suit :

- « [...] En l'espèce, les deux actes attaqués n'ont pas été adoptés et n'existent donc pas encore :
- Quant à la décision de la partie adverse par laquelle elle aurait jugé irrégulière la participation de COHEZIO (1^{er} objet de la requête)
Dans son courrier du 2 septembre 2022 (dont l'envoi a été approuvé par le collège provincial de la partie adverse [...]), la partie adverse indique que la stricte application de ces principes l'"obligera" à déclarer toute offre déposée par la partie requérante irrégulière. L'emploi du futur simple démontre que la décision de juger l'offre de la partie requérante irrégulière n'a pas encore été adoptée par le Collège Provincial.
Au surplus, comment la partie adverse aurait-elle pu écarter une offre qui, en date du 2 septembre 2022, n'avait pas encore été déposée ?
La demande est donc irrecevable en son premier objet.
 - Quant à la décision d'attribution (2^e objet de la requête), la partie adverse ne l'a pas encore adoptée, l'examen des offres étant à peine en cours. La demande est donc irrecevable en son second objet.
- [...] Dans ces conditions, le recours est irrecevable ».

Elle ajoute que le premier acte attaqué ne cause pas grief à la requérante et expose à cet égard ce qui suit :

- « [...] La demande de suspension doit porter sur un "acte attaqué" devant le Conseil d'État, et ce au sens des articles 14 et 15 de la loi "recours" du 17 juin 2013. À cette fin, s'il est admis que des recours peuvent porter sur toutes décisions adoptées par un pouvoir adjudicateur, il appartient néanmoins à la partie requérante de démontrer que l'acte attaqué lui cause un grief. À défaut, il s'agirait d'un acte qui ne serait [pas] susceptible de recours.

[...] Or, l'acte attaqué fait uniquement état de l'irrégularité de l'offre qui serait déposée par la partie requérante dès lors que cette dernière ne pourra y joindre l'attestation de présence à la réunion du 26 août 2022.

À ce stade, la partie adverse n'a pas encore écarté l'offre que la partie requérante a déposée le 5 septembre dernier et, partant, jugé du caractère substantiel ou non de cette irrégularité en application de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017.

L'acte attaqué ne cause donc aucun grief à la partie requérante.

Dans ces conditions, le recours est irrecevable ».

3. Débats à l'audience

En termes de plaidoiries, la requérante fait valoir qu'à ce stade, il existe bien un acte administratif qui décide, de manière certaine, que son offre est irrégulière. Elle indique que l'emploi du futur simple n'est pas déterminant, dès lors que le contenu du courrier du 2 septembre 2022 qui lui a été communiqué et le renvoi que celui-ci fait au procès-verbal transmis le 30 août 2022 suffisent à constater que la partie adverse a *de facto* décidé qu'elle ne pouvait pas remettre une offre et donc participer à la procédure. Elle renvoie à l'arrêt n° 247.974 du 30 juin 2020 qui, dans une affaire similaire, a jugé que le recours était bien recevable.

La partie adverse répond, à l'audience, que la requérante a entretemps déposé une offre qui est en cours d'analyse, ce qui démontre bien, selon elle, qu'aucune décision définitive n'a encore été prise quant à la régularité de cette offre. Elle explique qu'au regard des faits et des circonstances de la présente cause, la représentante de la requérante n'ayant pas participé à la session d'information, aucune attestation n'a pu lui être délivrée, ce qui a conduit son service juridique à écrire, dans le courrier du 2 septembre 2022 adressé à la requérante, que la stricte application des principes d'égalité et du respect des règles fixées « nous obligera à déclarer toute offre déposée par votre société irrégulière ». Elle confirme qu'à ce stade, aucune décision d'attribution du marché litigieux n'a encore été prise.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est contesté ni que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable au présent recours est celui 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 n'est pas non plus contesté que le montant du marché litigieux atteint les seuils de publicité européenne.

Il résulte de la combinaison des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée que le législateur a confié au Conseil d'État la compétence de statuer sur « les décisions prises par les autorités adjudicatrices ». Dans son arrêt *Marina del*

Mediterraneo ea, du 5 avril 2017 (C-391/15), la Cour de justice de l'Union européenne a imposé une acception autonome de la notion de « décision » d'une autorité adjudicatrice, susceptible de recours. Il résulte de cet arrêt que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles issues du droit de l'Union en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre doit être soumise au contrôle juridictionnel sans faire de distinction entre ces décisions en fonction de leur nature, de leur contenu ou du moment de leur adoption. Dans ce contexte, toutes les décisions qui interviennent dans le cours de la procédure de passation doivent pouvoir faire l'objet d'un recours. La Cour de justice admet, en revanche, que « des agissements qui s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public ne sont pas susceptibles de recours » (§ 29).

La présente demande a notamment pour objet « la décision de la Province de Liège par laquelle elle juge irrégulière la participation de Cohezio à la procédure ouverte qu'elle a organisée en vue de la désignation d'un Service Externe de Prévention et de Protection au Travail (SEPPT) (GED/2022-06710), communiquée à Cohezio asbl par *e-mail* et courrier recommandé du 2 septembre 2022 » (premier acte attaqué). La requérante soutient expressément, dès l'introduction de sa requête, que son recours est dirigé contre un acte administratif ayant pour objet de rejeter toute offre qu'elle pourrait déposer, lui causant grief et étant, pour cette raison, susceptible de recours, ce que conteste la partie adverse en affirmant que « la décision de juger l'offre de la partie requérante irrégulière n'a pas encore été adoptée par le collège provincial », ce d'autant plus qu'à la date du 2 septembre 2022, la requérante n'avait encore déposé aucune offre.

Dans son courrier du 2 septembre 2022, qui a fait l'objet d'une double communication à destination de la requérante (par envoi électronique et pli recommandé), le collège provincial de la province de Liège indique qu'il sera obligé de déclarer toute offre déposée par la requérante irrégulière en raison de son absence à la séance d'information obligatoire et de l'impossibilité pour l'asbl Cohezio de joindre l'attestation de présence à son offre.

Si le collège provincial emploie, dans ce courrier, le futur simple, c'est parce qu'aucune offre n'a encore été déposée à cette date. Cependant, par cet acte, le collège provincial – qui, plus est, est l'autorité compétente pour statuer sur la régularité des offres dans le cadre du marché litigieux – décide, sans ambiguïté, que l'offre que la requérante serait amenée à déposer sera en toute hypothèse déclarée irrégulière et écartée pour cette raison. Le fait que, formellement, le collège provincial ne constate pas la nullité de l'offre qui sera déposée ne remet pas cette analyse en cause. D'une part, l'économie générale du courrier ne laisse planer aucun

doute sur le fait que le collège s'est bien prononcé dans ce sens : ainsi, le collège provincial n'annoncerait pas que toute offre déposée par la requérante sera déclarée irrégulière s'il n'a pas l'intention de la déclarer nulle. D'autre part et surtout, le courrier du 2 septembre 2022 a pour objet de refuser la demande formulée par la requérante dans son courrier du 31 août 2022, dans lequel elle sollicitait « l'attestation de présence et/ou l'autorisation [...] qui permettra à Cohezio de participer au marché ». Le renvoi que fait l'acte attaqué au procès-verbal communiqué le 30 août 2022 – qui mentionne que « la séance d'information étant obligatoire en vertu du cahier des charges, aucune attestation de présence n'a été délivrée pour la firme Cohezio, ce qui la prive *de facto* de la possibilité de remettre une offre dans le cadre du présent marché » – ne fait que confirmer cette analyse. Par ailleurs, le courrier du 2 septembre 2022 ne contient pas la moindre expression d'une réserve; il n'indique pas qu'il rend compte d'une analyse qui ne serait que provisoire ou que la question de la régularité de l'offre, une fois déposée, fera l'objet d'un réexamen. Dans ces conditions, la partie adverse ne peut raisonnablement soutenir qu'elle n'a, à la date du 2 septembre 2022, pas pris la décision d'écarter toute offre déposée par la requérante.

Au vu de ces éléments, ce que la requérante désigne comme étant l'objet de sa demande doit *prima facie* bien être considéré comme une décision unilatérale qui lui cause grief, en tant qu'elle écarte son offre, ce qui exclut qu'elle puisse être prise en considération.

Par ailleurs, l'intérêt pour la requérante à obtenir la suspension du premier acte attaqué n'est pas contestable. Elle est un opérateur économique qui a clairement manifesté son intérêt à obtenir le marché litigieux et a d'ailleurs déposé offre, à titre conservatoire, après s'être vu communiquer l'acte attaqué. Par sa requête, elle tend notamment à démontrer que la partie adverse a pris cette décision à tort. Les illégalités invoquées à l'appui des moyens de la requête, à les supposer établies, ont pu léser la requérante en la privant de la possibilité de participer à la procédure avec quelque chance de succès.

Le recours est *prima facie* recevable en tant qu'il est dirigé contre le premier acte attaqué.

Quant au second acte attaqué, la partie adverse a confirmé, à l'audience, qu'elle n'avait pas encore pris de décision d'attribuer le marché litigieux, en sorte que le recours est *prima facie* irrecevable en tant qu'il est dirigé contre cet acte.

V. Quatrième moyen

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un quatrième moyen de « la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et [...] l'article 4, alinéa 1^{er}, 8°, 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 fourniture et de services et de concessions ».

Après avoir rappelé la portée des dispositions précitées, elle soutient que l'acte attaqué ne motive pas adéquatement les raisons qui justifient l'écartement de toute offre déposée par elle. Elle développe son argumentation comme il suit :

- « [...] L'Acte attaqué qui a été notifié à la partie requérante devait donc être motivé en droit et en fait, au plus tard au moment de son établissement.
[...] En pratique, le pouvoir adjudicateur qui entend écarter un candidat (ce qui est le cas en vertu de l'acte attaqué) ne peut pas se limiter à écarter une candidature, mais doit au contraire justifier les raisons et la base juridique justifiant sa décision. En pratique, une candidature peut être écartée lorsque :
- a) Le candidat est sanctionné par un motif d'exclusion : le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'acte attaqué que ce n'est pas le cas ("En l'espèce, il ne s'agit pas d'un motif d'exclusion, ceux-ci sont effectivement limitativement énumérés par la loi").
 - b) La candidature est entachée d'une irrégularité substantielle, ou non substantielle, mais présentant les mêmes caractéristiques.
- [...] Cohezio suppose donc (de par la présence du mot "irrégulière" dans l'Acte attaqué), que le pouvoir adjudicateur estime que la candidature de Cohezio serait irrégulière en vertu de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.
[...] Toutefois, le pouvoir adjudicateur reste en défaut de démontrer et de justifier en quoi (i) l'obligation en cause serait une obligation dont le non-respect est sanctionné d'irrégularité substantielle (sur base des documents de marché et des conditions prévues par la loi) et (ii) en quoi, en pratique, le comportement d'un soumissionnaire est constitutif d'une irrégularité substantielle.
[...] En ce sens, la jurisprudence du Conseil d'État prévoit que (C.E., n° 246.130 du 20 novembre 2019) :
- “ Au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. Par ailleurs, pour motiver la qualification d'irrégularité 'substantielle', le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère 'essentiel' de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents”.
- [...] La doctrine spécialisée prévoit en ce sens que :
- “ En présence d'une irrégularité dans l'offre, le pouvoir adjudicateur doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire. Il doit

tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle" (Thiel, P., Martou, G. et Maes, T., "Chronique de jurisprudence des contrats et marchés publics 2019", M.C.P.-O.O.O., 2020/3, p. 424).

[...] En pratique, l'Acte attaqué ne répond pas aux exigences de motivation prévue par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et 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 service et de concessions.

[...] En effet, le pouvoir adjudicateur se contente de mentionner dans l'Acte attaqué le respect des "principes essentiels" dont "notamment, l'égalité de traitement et le respect des règles fixées" :

«

Les principes d'égalité de traitement et du respect des règles fixées nous interdisent dans le cas présent de traiter de manière similaire des soumissionnaires qui ont assisté à une séance d'information rendue obligatoire par les documents du marché et d'autres qui n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires et utiles pour y assister.

La stricte application de ces principes nous obligera à déclarer toute offre déposée par votre société irrégulière dès lors que vous n'avez pas assisté à la séance d'information obligatoire et que l'attestation de présence ne sera dès lors pas jointe à votre offre, en application des dispositions des documents du marché.

».

[...] Aucune qualification juridique précise n'est reprise dans l'Acte attaqué. Or, seule une irrégularité substantielle (ou non substantielle ayant les mêmes caractéristiques) permet au pouvoir adjudicateur d'écarter une candidature sans l'examiner. Encore faut-il que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de justifier et de motiver, en quoi le comportement incriminé est constitutif d'une irrégularité substantielle (ou non substantielle ayant les mêmes caractéristiques) ».

2. Note d'observations

Dans sa réponse au quatrième moyen de la requête, la partie adverse expose ce qui suit :

« [...] L'obligation de motivation formelle implique que les motifs effectifs et juridiques étayant la décision soient repris dans la décision proprement dite. La "motivation doit permettre au candidat ou au soumissionnaire malheureux d'apprécier s'il était ou non opportun de contester la décision devant une juridiction."

[...] En l'espèce, le moyen semble uniquement invoqué pour les besoins de la cause. La partie requérante est parfaitement consciente qu'elle n'a pas obtenu une attestation de présence à la réunion du 26 août 2022 pour les raisons qu'elle expose longuement dans sa requête. Ce faisant, son offre ne pourra être conforme aux conditions du marché et obligera la partie adverse à la considérer comme irrégulière. Le courrier du 2 septembre 2022 ne fait que confirmer expressément ce qui précède.

[...] La motivation de l'acte attaqué est donc parfaitement compréhensible et respectueuse des principes visés au moyen ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

La motivation formelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Cette motivation doit être claire, précise et complète pour permettre au destinataire d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter et de vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire. Le contrôle juridictionnel d'un acte qui doit être motivé en la forme ne porte pas seulement sur l'existence d'une motivation. Celle-ci doit être adéquate. Le contrôle s'étend au respect de cette adéquation, c'est-à-dire à l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs.

La requérante reproche à l'acte attaqué de ne pas contenir les raisons pour lesquelles la partie adverse considère que l'absence de sa représentante à la séance d'information et l'impossibilité subséquente, pour elle, de joindre l'attestation de présence à son offre, l'empêchent de poursuivre la procédure de passation litigieuse.

La décision du 2 septembre 2020 mentionne que « les principes d'égalité de traitement et du respect des règles fixées nous interdisent dans le cas présent de traiter de manière similaire des soumissionnaires qui ont assisté à une séance d'information rendue obligatoire par les documents du marché et d'autres qui n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires et utiles pour y assister », en sorte que « [l]a stricte application de ces principes nous obligera à déclarer toute offre déposée par votre société irrégulière dès lors que vous n'avez pas assisté à la séance d'information obligatoire et que l'attestation de présence ne sera dès lors pas jointe à votre offre, en application des dispositions des documents du marché ».

L'acte attaqué paraît donc se fonder sur le principe d'égalité entre les soumissionnaires et le principe *patere legem quam ipse fecisti* pour justifier l'écartement de toute offre déposée par la requérante. Les motifs de l'acte attaqué ne font cependant pas clairement apparaître que la partie adverse a procédé à l'examen du caractère substantiel ou non de l'irrégularité qu'elle attache à toute offre déposée par la requérante. La partie adverse confirme d'ailleurs, elle-même, à plusieurs endroits dans sa note d'observations et en termes de plaidoiries, qu'elle n'a pas (encore) procédé à cet examen. Ainsi, dans ses réponses aux deuxième et troisième moyens de la requête, elle expose ce qui suit :

- « [...] L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité impose l'écartement de l'offre qui est entachée d'une irrégularité substantielle. Selon cette disposition, une irrégularité peut être qualifiée de substantielle lorsque l'offre méconnaît une exigence essentielle du cahier spécial des charges, en ce compris les

spécifications techniques prévues par ce dernier, et/ou lorsqu'elle a pour effet de porter atteinte à l'égalité des soumissionnaires ou d'entraîner une distorsion de la concurrence. À cette fin, si le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation quant à la qualification d'une irrégularité (comme étant substantielle ou non substantielle), il appartient au Conseil d'État de contrôler que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification de la conformité des offres et qu'il n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

[...] En l'espèce, la partie requérante appréhende sous le § 58 de sa requête l'ensemble des conditions précitées aux fins de conclure que son absence à la réunion du 26 août 2022 et le défaut de jonction à son offre d'une attestation de présence ne peuvent affecter l'offre d'une irrégularité substantielle.

[...] Dès lors que cet examen n'a pas encore eu lieu, la partie requérante ne peut utiliser la présente procédure aux fins de circonscrire l'appréciation qui sera portée par la partie adverse quant à la substantialité ou non de l'irrégularité de son offre. En d'autres mots, il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer au pouvoir adjudicateur dans l'appréciation de l'offre de la partie requérante et partant de déterminer au regard des documents du marché et des conditions tels que définies *supra* si l'irrégularité de l'offre de la partie requérante est substantielle ou non.

[...] Cette mission incombe à la partie adverse et la décision qui interviendra à ce sujet sera soumise au contrôle du Conseil d'État dans les conditions que ce dernier a au demeurant précisées et détaillées dans sa jurisprudence constante [...] » (réponse au deuxième moyen de la requête)

- « [...] Le cahier des charges prévoit en effet uniquement que la séance est obligatoire, mais nullement que l'offre d'un éventuel non-participant serait systématiquement écartée en raison d'une irrégularité substantielle. Cette appréciation, qui n'a pas encore été faite, repose exclusivement sur les épaules de la partie adverse et sera entreprise dans le cadre de l'analyse qu'elle fera des offres déposées par les soumissionnaires et plus précisément de la nature substantielle ou non de l'irrégularité de l'offre de la partie adverse et ce, en application de l'article 76 de l'arrêté royal "passation□ » (réponse au troisième moyen de la requête).

Si la partie adverse n'a, comme elle l'affirme, pas procédé à l'examen du caractère substantiel ou non de l'irrégularité qu'elle attache à toute offre future de la requérante, comment peut-elle affirmer, dans l'acte attaqué et sa réponse au quatrième moyen de la requête, qu'elle sera obligée de déclarer cette offre irrégulière et justifier ainsi son écartement ? Il y a là une contradiction dans les explications de la partie adverse qui rend, à tout le moins, inadéquate la motivation de l'acte attaqué.

Le quatrième moyen est sérieux

VI. Demande de mesures provisoires

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante demande au Conseil d'État d'ordonner, au titre de mesures provisoires :

- « a) de procéder à l'analyse du dossier introduit par Cohezio le 2 septembre 2022 [...] en faisant abstraction du litige en cours au sujet de la participation de Cohezio à la séance d'information, et en considérant ainsi l'offre de Cohezio comme régulière sur ce point;
- b) de transmettre à Cohezio la liste des questions et réponses aux questions posées par les candidats intéressés et auxquelles il aurait été répondu à la séance d'informations, et de lui permettre d'éventuellement modifier ou rectifier son offre sur les éléments qui nécessiteraient de l'être sur base des informations reçues ».

Elle justifie sa demande comme il suit :

- « [...] Ces mesures éviteront ainsi au pouvoir adjudicateur d'engendrer du retard dans la poursuite de la procédure ouverte de marché public engagée pour la désignation d'un SEPPT, en évitant notamment de recommencer la procédure *ab initio*.
[...] Cette mesure aura par ailleurs pour but d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés dans l'attente de l'arrêt qui sera rendu par Votre Conseil.
[...] Cohezio ayant déposé son offre dans les délais requis par le CSC, sans disposer de délais supplémentaires donc, ces mesures ne porteront pas atteinte aux principes de non-discrimination, d'égalité et de transparence ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée dispose que le Conseil d'État peut en présence d'un moyen sérieux et aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

- « 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision ».

En l'occurrence, la requérante n'expose pas précisément en quoi les mesures provisoires qu'elle sollicite devraient être ordonnées pour corriger les violations qu'elle allègue ou empêcher qu'il soit porté atteinte aux « intérêts concernés » – qu'elle n'identifie pas concrètement – ou en quoi ces mesures seraient nécessaires à l'exécution de l'arrêt à intervenir. En tout état de cause, il ne revient pas au Conseil d'État d'anticiper la décision que la partie adverse prendra à la suite de la notification du présent arrêt. Or, c'est bien ce que la requérante l'invite à faire en formulant sa demande de mesures provisoires.

La demande de mesures provisoires doit être rejetée.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie adverse dépose plusieurs pièces à titre confidentiel. Il s'agit des « pièces confidentielles » 1, 2, 3 (offres de Cohezio, Mensura et Cesi) et des « pièces confidentielles » 4 et 5 à 5.2 (procès-verbal de la réunion du 26 août 2022 comprenant l'ensemble des questions des soumissionnaires et leurs réponses ainsi que les échanges de courriels relatifs à ces questions).

Ce dépôt n'étant pas contesté, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, il convient de garantir provisoirement la confidentialité de la pièce 17 annexée à la requête qui contient l'offre déposée par la requérante dans le cadre du marché litigieux, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La suspension de l'exécution de la décision du collège provincial de la province de Liège, communiquée à la requérante le 2 septembre 2022, par laquelle il décide de « déclarer toute offre déposée [par la requérante] irrégulière » est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les « pièces confidentielles » 1, 2, 3, 4 et 5 à 5.2 que contient le dossier administratif et la pièce 17 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 28 septembre 2022, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret