

L'arrêt n° 259.875 du 27 mai 2024 est rectifié par l'arrêt n° 260.008 du 5 juin 2024.

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 259.875 du 27 mai 2024

A. 241.769/VI-22.807

En cause : **la société anonyme KRINKELS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier ESCHWEILER et
Gaël TILMAN, avocats,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

**la Société wallonne de financement
complémentaire des infrastructures**
(en abrégé SOFICO),
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 avril 2024, la SA Krinkels demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « 1 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé "Bail d'entretien des espaces verts routiers – District de Tournai", de "renoncer, ainsi que le permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte";
- 2 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé "Bail d'entretien des espaces verts routiers – District d'Ath", de "renoncer, ainsi que le permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte";
- 3 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé "Bail d'entretien des espaces verts routiers – District de Saint-Ghislain", de "renoncer, ainsi que le permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 mai 2024.

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. Xavier Close, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël Tilman, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Marie Vastmans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

1. Le 22 février 2022, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications (ci-après : BDA) un avis relatif à un accord cadre de services intitulé « Direction des routes de Mons (MI06.1) - Bail d'entretien des espaces verts routiers - District de Ath ». Le même avis de marché est publié au Journal officiel de l'Union européenne (ci-après : JOUE) du 25 février 2022.

Le 25 mars 2022, un avis rectificatif est publié au BDA en vue de prévenir les opérateurs économiques intéressés de la modification de « la remarque du poste 1 du métré ». Le même avis est publié au JOUE le 30 mars 2022.

Ce marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence SOF-MI-06.01-21-3402, approuvé le 17 novembre 2021 « pour le ministre » par le directeur de la Direction des routes de Mons.

Il est prévu que les offres doivent être déposées le 6 avril 2022 à 11 heures au plus tard.

2. Le 20 juillet 2022, la partie adverse publie au BDA un avis relatif à un accord cadre de services intitulé « Direction des routes de Mons (MI06.1) - Bail d'entretien des espaces verts routiers - District de Saint-Ghislain ». Le même avis de marché est publié au JOUE du 25 juillet 2022.

Un premier avis rectificatif est publié au BDA du 27 juillet 2022 et au JOUE du 1^{er} août 2022 comportant une nouvelle version des DUME.

Un second avis rectificatif est publié au BDA le 19 août 2022 et au JOUE du 24 août 2022 aux fins de prévenir les opérateurs économiques d'un remplacement du métré récapitulatif.

Ce marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence SOF-MI-06.01-21-3404, approuvé le 16 février 2022 « pour le ministre » par le directeur de la Direction des routes de Mons.

Il est prévu que les offres doivent être déposées au plus tard le 30 août 2022 à 11 heures.

3. Le 20 juillet 2022 également, la partie adverse publie au BDA un autre avis relatif à un accord cadre de services intitulé « Direction des routes de Mons (MI06.1) - Bail d'entretien des espaces verts routiers - District de Tournai ». Le même avis de marché est publié au JOUE du 25 juillet 2022.

La partie adverse affirme qu'un avis rectificatif a été publié au BDA du 27 juillet 2022 et au JOUE du 1^{er} août 2022, mais elle omet de le produire au dossier.

Ce marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence SOF-MI-06.01-21-3401, approuvé le 16 février 2022 « pour le ministre » par le directeur de la Direction des routes de Mons.

Il est prévu que les offres doivent être déposées le 30 août 2022 à 11 heures au plus tard.

4. Pour ces trois marchés, le seul critère d'attribution prévu est le prix.

5. Le 26 janvier 2024, la partie adverse prend trois actes distincts comportant la renonciation aux marchés précités.

La décision concernant le marché relatif au district d'Ath comprend les motifs spécifiques suivants :

« Vu le cahier spécial des charges n° SOF-MI-06.01-21-3402 régissant le présent marché;

Vu l'avis de marché publié sous le n° 2022-506701 au Bulletin des adjudications en date du 22-02-22 et au JOUE n° 2022/S 040-102783 en date du 25-02-22;

Vu l'avis rectificatif publié sous le n° 2022-511177 au Bulletin des adjudications en date du 25/03/2022 et au JOUE n° 2022/S 063-166780 en date du 30/03/2022;

Considérant que la SOFICO bénéficie de l'assistance technique et administrative des services du Gouvernement wallon, plus spécifiquement le Service Public de Wallonie;

Considérant que, la SOFICO, agissant en tant que centrale d'achat, a initié une procédure ouverte pour l'attribution d'un marché de services intitulé Bail d'entretien des espaces verts relatif au District d'Ath;

Considérant qu'à la date limite de réception des offres fixée au 06-04-22, les soumissionnaires suivants ont déposé une offre sous format électronique :

Nom	Adresse	Montant du métré SPW TVAC	Montant du métré SOFICO HTVA	Montant total de l'offre
KRINKELS N.V.	Rue des Scabieuses 10 5100 Naninne	303.527,48 €	183.356,12 €	486.883,60 €
A2 S.A.	Rue des Fours à Chaux 102 7080 Frameries	317.156,13 €	173.463,25 €	490.619,38 €
ARTBEL S.A.	Rue du Hambeau 18 5580 Rochefort	357.792,29 €	280.326,83 €	638.119,12 €

[...] ».

La décision concernant le marché relatif au district de Tournai comprend les motifs spécifiques suivants :

« Vu le cahier spécial des charges n° SOF-M106.01-21-3401 régissant le présent marché;

Vu l'avis de marché publié sous le n° 2022-507760 au Bulletin des adjudications en date du 01-03-22 et au JOUE n° 2022/S 045-116174 en date, du 04-03-22;

Considérant que la SOFICO bénéficie de l'assistance technique et administrative des services du Gouvernement wallon, plus spécifiquement le Service Public de Wallonie;

Considérant que, la SOFICO, agissant en tant que centrale d'achat, a initié une procédure ouverte pour l'attribution d'un marché de services intitulé Bail d'entretien des espaces verts sur le District de Tournai;

Considérant qu'à la date limite de réception des offres fixée au 21-04-22, les soumissionnaires suivants ont déposé une offre sous format électronique :

Nom	Adresse	Montant de l'offre SOFICO HTVA	Montant de l'offre SPW TVAC	Montant total de l'offre
KRINKELS N.V.	Rue des Scabieuses 10, 5100 Naninne	241.912,71 €	162.981,78€	404.894,49 €
A2 S.A.	Rue des Fours à Chaux, 102, 7080 Frameries	213.747,87 €	196.646,87 €	410.394,74 €
VERKEST RAF BVBA	Langestraat, 56 9688 Maarkedal	621.770,19 €	341.256,61 €	963.026,80 €

[...] ».

La décision concernant le marché relatif au district de Saint-Ghislain comprend les motifs spécifique suivants :

« Vu le cahier spécial des charges n° SOF-MI-06.01-21-3404 régissant le présent marché;

Vu l'avis de marché publié sous le n° 2022-528477 au Bulletin des adjudications en date du 20-07-22 et au JOUE n° 2022/S 141-403823 EN date du 27-07-22;

Vu l'avis rectificatif publié sous le n° 2022-528891 au Bulletin des adjudications en date du 27-07-22 et au JOUE n° 2022/S 146-418896 en date du 01-08-22;

Considérant que la SOFICO bénéficie de l'assistance technique et administrative des services du Gouvernement wallon, plus spécifiquement le Service Public de Wallonie;

Considérant que, la SOFICO, agissant en tant que centrale d'achat, a initié une procédure ouverte pour l'attribution d'un marché de services intitulé Bail d'entretien des espaces verts routier relatif au District de Saint-Ghislain;

Considérant qu'à la date limite de réception des offres fixée au 30-08-22, les soumissionnaires suivants ont déposé une offre sous format électronique :

Nom	Adresse	Montant SOFICO HTVA	Montant SPW TVAC
BRUNO SANDRI S.P.R.L.	Rue de la Station 173, 6464 Forges	267.007,20€	347.735,20 €
KRINKELS N.V.	Rue des Scabieuses 10, 5100 Naninne	335.980,08 €	392.612,59 €
DENO S.R.L.	Chaussée Roi Baudouin 81, 7030 Mons	348.963,00 €	473.084,83 €
SOGELANT S.A.	Avenue du Parc Industriel 11, 4041 Milmort	364.404,04 €	479.666,00 €
A2 S.A.	Rue des Fours à chaux 102, 7080 Frameries	371.071,53 €	499.187,38 €
RAF VERKEST B.V.B.A	Langestraat 56, 9688 Schorisse	786.158,72 €	1.154.236,59 €

[...] ».

Les trois actes de renonciation aux marchés comportent par ailleurs les considérations suivantes :

« Considérant qu'en cours d'examen des offres, le pouvoir adjudicateur s'est rendu compte que les différents soumissionnaires n'avaient pas interprété de la même manière les critères de sélection qualitative repris au cahier spécial des charges (CSC). Les entrepreneurs ont ainsi remis les preuves qu'ils disposent bien de personnel en suffisance et qualifié pour répondre aux commandes prévues dans le présent marché, soit en comprenant que les mêmes personnes pouvaient disposer de plusieurs types de qualification cumulés ou soit que chaque type de qualification nécessitait une personne distincte;

Considérant, de plus, que le groupe de travail qui gère les baux d'entretien est en train de mettre au point un nouveau cahier des charges type concernant le bail d'entretien des espaces verts levant toute ambiguïté en ce qui concerne les critères de sélection qualitative et plus particulièrement les critères de capacité technique et professionnelle;

Considérant qu'il convient dès lors de ne pas poursuivre la procédure d'attribution du marché en cours et de procéder à la mise en adjudication d'un nouveau marché de services en précisant mieux, dans le cahier des charges, la description des critères de sélection qualitative ».

6. La requérante introduit, le 14 février 2024, un recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence, dirigé contre ces actes.

Cette affaire est enrôlée sous le numéro de rôle G/A 241.217/VI-22.756.

7. Le 22 février 2024, la partie adverse informe le Conseil d'État de son intention de retirer les actes attaqués.

L'affaire enrôlée sous le numéro G/A 241.217/VI-22.756 fait donc l'objet d'une remise *sine die*, dans l'attente d'une confirmation du retrait des actes et de leur caractère définitif.

8. La partie adverse prend, le 29 mars 2024, trois décisions visant à retirer ces actes, chacune motivée par le constat « que la société KRINKELS a introduit une requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de cette décision, auprès du Conseil d'État » et par la considération « qu'au regard des moyens exposés par la partie requérante, il apparaît nécessaire de retirer la décision d'attribution du [26 janvier 2024], et de procéder au réexamen du dossier ».

9. Le même jour, la partie adverse prend trois nouvelles décisions de renonciation aux marchés considérés.

Outre le rappel du numéro de cahier des charges applicable, des références de publication et des soumissionnaires ayant concrètement remis une offre pour ce marché, la décision relative au bail d'entretien des espaces verts pour le district de Tournai est rédigée comme suit :

« Considérant que par une décision du 26-01-2024, notifiée le 30-01-2024 aux soumissionnaires, l'adjudicateur a renoncé à attribuer le marché et a décidé de relancer une nouvelle procédure de passation;

Considérant que, suite à un recours en suspension d'extrême urgence introduit par la société KRINKELS auprès du Conseil d'Etat à l'encontre de la décision du 26-01-2024 susmentionnée, la SOFICO a décidé de procéder au retrait de cette première décision;

Considérant que, à la suite et par l'effet du retrait de cette première décision de non-attribution et de relance du marché, la SOFICO dispose à nouveau du choix d'attribuer ce marché, de renoncer à cette attribution ou de recommencer la procédure de passation;

Considérant que ce choix lui appartient conformément à la faculté tirée de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, faculté impliquant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour retenir ainsi l'option qui lui apparaît la plus opportune;

Considérant qu'en l'espèce, indépendamment du caractère imprécis du critère de sélection qualitative lié à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires invoqué dans la décision du 26-01-2024, la SOFICO estime opportun de relancer le marché en raison du délai écoulé depuis la remise des offres;

Considérant en effet que le délai d'engagement des soumissionnaires, tel que prolongé conformément à l'article 58, alinéa 2, de l'AR du 18-04-2017, a pris fin le 30-09-2023;

Considérant que face à une telle situation l'article 89 de l'AR du 18-04-2017 offre plusieurs possibilités à l'adjudicateur, dont celle de renoncer à l'attribution du marché sur la base de l'article 85 de la loi du 17-06-2016; que dans le cas d'espèce, 18 mois se sont écoulés depuis la date limite de réception des offres; qu'il apparaît dès lors opportun de renoncer à attribuer le présent marché et d'initier une nouvelle procédure de passation afin d'obtenir des offres basées sur les prix actuels du marché; que le caractère principalement saisonnier des prestations concernées permet de respecter les délais de publication d'une nouvelle procédure de passation, sans compromettre la bonne exécution de l'entretien des espaces verts pour l'année en cours;

Que la relance du marché permettra par ailleurs à la SOFICO de préciser le libellé du critère de sélection évoqué supra pour éviter toute difficulté d'interprétation et assurer ainsi une parfaite égalité entre les futurs soumissionnaires;

Décision

De renoncer, ainsi que le permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte ».

Il s'agit du premier acte attaqué.

10. En dehors du rappel du numéro de cahier des charges applicable, des références de publication et des soumissionnaires ayant concrètement remis une offre pour le bail d'entretien des espaces verts pour le district de Saint-Ghislain, les motifs formels justifiant la renonciation à cet autre marché sont rédigés de manière identique.

Cette renonciation constitue le troisième acte attaqué.

11. Excepté la mention du cahier des charges applicable, les références de publication et l'identification des soumissionnaires ayant déposé une offre pour le bail d'entretien des espaces verts pour le district d'Ath, les motifs formels justifiant la renonciation à ce troisième marché sont rédigés de manière similaire, étant cependant précisé que « dans le cas d'espèce, 24 mois se sont écoulés depuis la date limite de réception des offres ».

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Recevabilité matérielle

A. Thèse de la requérante

La requérante conteste trois actes distincts par une même requête.

Après avoir cité deux arrêts du Conseil d'État admettant la connexité dans des circonstances qu'elle estime similaire, elle affirme l'existence des liens suivants entre les actes contestés :

« En l'espèce, il peut être constaté que, pour les trois décisions attaquées :

- Le pouvoir adjudicateur est identique;
- L'objet du marché est identique, à l'exception de la zone géographique concernée;
- Les clauses pertinentes du cahier spécial des charges sont identiques;
- La décision est identique;
- La motivation de la décision est identique;
- Les rétroactes des décisions sont identiques.

Au vu de ces constatations, il doit être admis que le lien entre les trois actes attaqués est à ce point étroit qu'il y aurait nécessairement lieu de joindre les recours si les décisions litigieuses avaient été attaquées séparément, les décisions prises par rapport à une requête séparée ayant probablement, sinon nécessairement, une incidence sur le sort des autres.

C'est donc à bon droit que la requérante attaque les trois décisions querellées dans le même acte ».

À l'audience, la requérante a ajouté que cette manière de procéder évitait en outre des arrêts contradictoires et le paiement de plusieurs droits de rôle et indemnités de procédure par la partie qui succombe.

B. Appréciation du Conseil d'État

La recevabilité du recours en annulation devant le Conseil d'État relève de l'ordre public, et doit donc être examinée d'office.

Une requête en annulation ne peut, en principe, contenir qu'un seul objet. Cette règle vise à assurer la bonne administration de la justice, dans le cadre d'un contentieux objectif qui concerne la légalité d'un acte déterminé. Il ne peut être fait exception à cette règle que s'il existe un lien de connexité entre les divers actes attaqués.

Sont connexes des demandes qui sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliables si les causes étaient jugées séparément. Un tel lien de connexité existe en particulier lorsque l'annulation d'un acte aurait une incidence sur l'issue de la procédure en annulation dirigée contre le ou les autres actes attaqués.

Le seul souci d'économie procédurale ne peut justifier que des demandes soient considérées comme connexes. De même, le fait qu'il soit préférable que la légalité d'actes administratifs similaires, fondés sur des motifs comparables, soit examinée selon la même logique, ne peut suffire à constater un lien de connexité entre divers actes.

À défaut de connexité, le recours contenant des objets multiples n'est recevable qu'en ce qui concerne le premier acte attaqué dans la requête, cette solution se justifiant par le souci d'éviter l'arbitraire dans le choix de l'acte à l'égard duquel le recours est considéré comme recevable.

En l'occurrence, il n'existe pas de lien de connexité entre les trois objets de la requête.

Si la partie requérante et la partie adverse sont les mêmes, les trois marchés concernés sont distincts, et il n'est pas allégué par la requérante qu'ils auraient dû constituer différents lots d'un même marché.

Les trois actes attaqués ont été adoptés à l'issue de procédures d'attribution distinctes, chacune ayant donné lieu à une publication au BDA, l'une le 22 février 2022, les deux autres le 20 juillet 2022. Chaque marché est lié à son propre cahier des charges, l'un approuvé le 17 novembre 2021, les deux autres le 16 février 2022. Si ces trois cahiers des charges sont rédigés sur un même modèle, et sont largement similaires, ils ne sont pas - contrairement à ce qu'affirme la partie requérante - identiques.

Le fait que la partie adverse ait pris, à la même date, des décisions de renoncer aux trois marchés concernés fondées sur des motifs matériels et formels similaires n'implique aucune connexité. Ces décisions concernent en effet trois marchés anciens qui ont en commun de n'avoir donné lieu à aucune décision d'attribution durant le délai de validité des offres. Ce sont ces circonstances comparables, et non un lien factuel ou juridique entre les décisions à prendre, qui ont amené la partie adverse à adopter des actes dont les motivations se rejoignent.

L'éventuel constat d'illégalité d'un acte n'aurait par ailleurs aucune incidence sur la procédure en suspension ou en annulation dirigée contre les autres.

Les demandes ne sont dès lors pas connexes, et elles ne pouvaient donc être introduites par une même requête.

La requête n'est par conséquent recevable qu'en ce qu'elle concerne son premier objet, à savoir la décision prise le 29 mars 2024 dans le cadre du marché intitulé « Bail d'entretien des espaces verts routiers – District de Tournai ». Elle doit être rejetée en ce qu'elle concerne le deuxième et le troisième acte attaqué.

IV.2. Intérêt à agir

A. Thèses des parties

A.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse rappelle les termes des 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, qui déterminent les conditions de recevabilité des requêtes en annulation et demandes de suspension introduites dans le contentieux des marchés publics.

De son point de vue, au regard de ces dispositions, la requérante n'a pas intérêt au recours en ce qu'elle ne démontre pas la lésion que lui auraient causée ou auraient risqué de lui causer les violations alléguées. Elle souligne qu'en l'absence de toute analyse des offres, la requérante ne peut prétendre que son offre était classée en première position dans deux des marchés concernés. Par ailleurs, elle estime que s'agissant d'actes comportant la décision de relancer de nouveaux marchés, la requérante pourra déposer de nouvelles offres et retrouver une chance de se voir les attribuer.

La requérante ne démontrerait dès lors ni en quoi l'annulation des actes attaqués « lui procurerait un avantage direct et personnel » ni « que la décision la lèse ou qu'elle serait susceptible de le faire ».

A.2. Thèse de la requérante

À l'audience, la requérante affirme que les décisions attaquées la privent d'une chance d'obtenir les marchés concernés, et qu'elle ne doit pas démontrer qu'elle les aurait nécessairement obtenus à l'issue de l'analyse des offres.

B. Appréciation du Conseil d'État

Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requérante ne doit pas démontrer qu'elle aurait nécessairement obtenu le marché pour justifier d'un intérêt à agir.

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certain marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

En l'occurrence, la requérante a déposé une offre dans le cadre du marché considéré, de sorte qu'elle avait un intérêt à l'obtenir.

Par ailleurs, elle critique, dans son moyen unique, les motifs matériels et formels qui ont abouti à la décision de la partie adverse de renoncer au marché.

L'irrégularité de ces motifs, à la supposer avérée, a effectivement pu léser la requérante, puisqu'ils fondent la décision de renoncer à la procédure en cours, ce qui – en l'absence de toute analyse des offres permettant d'arriver à une conclusion contraire – prive la requérante d'une chance d'obtenir le marché.

L'affirmation de la partie adverse selon laquelle la requérante disposera d'une chance d'obtenir le nouveau marché à la suite de sa relance n'anéantit pas la lésion subie du fait des violations alléguées, celle-ci étant liée à la perte d'une chance d'obtenir le marché auquel il est renoncé.

La requête est donc recevable.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique pris « de la violation de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11; la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016, notamment en ses articles 4 et 85; la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3; 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 concession, notamment en ses article 4 et 5; du cahier spécial des charges, et notamment de l'article 8.3; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; des principes de bonne administration, et notamment du devoir de minutie, du devoir de transparence et du principe de sécurité juridique; du principe d'égalité des soumissionnaires; du principe de proportionnalité et du raisonnable; [...] de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle résume son moyen comme il suit :

« Le choix du pouvoir adjudicateur de renoncer à l'attribution du marché et de relancer la procédure est un choix qui relève de son pouvoir discrétionnaire.

Ce choix reste néanmoins soumis au contrôle du Conseil d'État en ce qu'il doit être basé sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, ces motifs devant être repris dans une motivation formelle.

En l'occurrence, la partie adverse a basé sa décision de renoncer à l'attribution du marché sur :

- Le motif de l'écoulement du délai (première branche).

Or, ce motif est inadmissible, puisque l'écoulement du délai est dû à l'inaction du pouvoir adjudicateur et non pertinent, puisque dans d'autres marchés, la partie adverse n'a pas considéré que l'écoulement du temps était un obstacle à l'attribution du marché.

En outre, ce motif est sous-tendu par deux motifs inexacts et non pertinents : la faculté d'obtenir des offres basées sur les prix actuels, et le fait que le caractère saisonnier des prestations permettrait de respecter les délais de publication d'une nouvelle procédure de passation sans compromettre la bonne exécution de l'entretien des espaces verts pour l'année en cours.

De surcroît, ce motif est insuffisamment motivé et l'acte attaqué ne permet pas au destinataire de comprendre le raisonnement sous-tendant la décision querellée.

- Le motif de la précision du libellé du critère de sélection (seconde branche).

Or, ce motif est insuffisamment motivé et, en outre, est inexact et non pertinent ».

B. Thèse de la partie adverse

Le moyen fait l'objet de développements, par la partie adverse, qui n'ont toutefois pas été résumés conformément à ce que prescrit l'article 2, § 1^{er}, du Règlement général de procédure, rendu applicable à la procédure de référé d'extrême urgence par l'article 16, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière [...] ».

L'article 89 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, est rédigé comme il suit :

« Lorsque le délai d'engagement éventuellement prolongé expire sans que le marché ne soit conclu et que le pouvoir adjudicateur ne fait pas, à ce stade, application de l'article 85 de la loi, il procède selon les modalités suivantes.

Avant d'attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur demande par écrit au soumissionnaire concerné s'il consent au maintien de son offre. Si ledit soumissionnaire y consent sans réserve, le pouvoir adjudicateur procède à l'attribution et à la conclusion du marché.

Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent au maintien de son offre qu'à la condition d'obtenir une modification de celle-ci, le marché est attribué et conclu compte tenu de la modification demandée si le soumissionnaire justifie la modification par des circonstances survenues postérieurement à l'heure et la date ultime de l'introduction des offres et que l'offre ainsi modifiée demeure celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent pas au maintien de son offre ou que la modification demandée ne s'avère pas justifiée ou que l'offre modifiée ne demeure pas économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur :

1° soit s'adresse successivement, suivant l'ordre de classement, aux autres soumissionnaires réguliers. Dans ce cas, les alinéas 2 et 3 s'appliquent également;

2° soit demande simultanément à tous les autres soumissionnaires réguliers de revoir leur offre sur la base des conditions initiales du marché, et attribue et conclut le marché en fonction de l'offre devenue économiquement la plus avantageuse. Pour qu'elles soient prises en compte, les modifications demandées doivent être justifiées sur la base de circonstances qui se sont produites après l'heure et la date ultime de l'introduction des offres. Le pouvoir adjudicateur tient également compte de l'offre modifiée en application de l'alinéa 3, pour autant que la justification donnée ait été acceptée.

Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, conformément à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi, la révision visée à l'alinéa 4, 2°, peut uniquement avoir trait au prix de l'offre ».

Il découle de ces dispositions que la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché et d'en relancer une relève d'un choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, et que ce choix peut notamment être posé lorsque le délai d'engagement des soumissionnaires, éventuellement prolongé, expire sans que le marché ne soit conclu.

Comme tout acte administratif, une telle décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit. Le contrôle de ces motifs par le Conseil d'État ne peut être que marginal, puisqu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation des nécessités de l'intérêt général à celle du pouvoir adjudicateur, sauf le constat d'une erreur manifeste d'appréciation.

Par ailleurs, pour satisfaire aux exigences de la motivation formelle, tout acte administratif à portée individuelle doit indiquer les considérations de droit et de fait qui lui servent de fondement. Cette motivation formelle doit notamment permettre aux personnes intéressées de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, de vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et d'apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont elles peuvent disposer.

En l'occurrence, la décision attaquée est motivée par l'appréciation de la partie adverse selon laquelle il est opportun « de relancer le marché en raison du

délai écoulé depuis la remise des offres ». La partie adverse précise à cet égard qu'un délai de 18 mois s'est écoulé depuis la date ultime de dépôt des offres, sans que le marché concerné soit attribué.

Le constat du temps écoulé depuis le dépôt des offres et du dépassement du délai de leur validité constitue un motif exact, que la requérante ne conteste pas.

Ce motif est par ailleurs pertinent pour justifier une décision de renoncer à un marché. L'article 89, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 confirme la faculté du pouvoir adjudicateur de renoncer à un marché « lorsque le délai d'engagement éventuellement prolongé expire sans que le marché ne soit conclu ». Par ailleurs, un trop long délai entre le dépôt des offres et l'attribution du marché est susceptible de créer - comme le craint la partie adverse - un risque que les offres ne correspondent plus aux conditions actuelles du marché, ce qui pourrait notamment inciter l'adjudicataire qui accepterait de confirmer son offre dans les conditions de l'article 89 précité, à diminuer la qualité de ses prestations en cours d'exécution.

L'existence d'une clause de révision dans le marché concerné, si elle amoindrit ce risque, ne l'élimine pas complètement. La partie requérante le confirme d'ailleurs en indiquant qu'à son estime, « la clause de révision sera à l'avantage du pouvoir adjudicateur puisque la formule reprise dans le cahier des charges [...] comporte un pourcentage du prix des offres (0,25) qui n'est [...] pas soumis à révision ». La requérante ne peut dès lors contester qu'en l'espèce, l'application de la clause de révision ne rend pas les offres déposées 18 mois auparavant conformes aux conditions actuelles du marché.

L'affirmation de la requérante selon laquelle le motif utilisé serait inadmissible parce que la partie adverse est responsable du temps écoulé sans que la procédure aboutisse à une attribution du marché, ne peut davantage être suivie.

Un pouvoir adjudicateur ne pourrait en effet être contraint de passer un marché dont les conditions ne sont plus conformes à son appréciation des nécessités du service public qui lui est confié, et ce pour le motif que des erreurs ou des retards pourraient lui être imputés dans le cadre la procédure de passation. L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui est une application particulière du principe général de mutabilité, ne limite pas les motifs que peut utiliser l'autorité lorsqu'elle décide de renoncer à un marché, et ce précisément pour lui permettre de faire primer l'intérêt général en toutes circonstances.

L'argument, exposé par la requérante à l'audience, du coût important que représente, pour les soumissionnaires, la préparation d'une offre pour un marché

de ce type n'a, pour la même raison, pas d'incidence sur la faculté dont dispose le pouvoir adjudicateur de renoncer à un marché.

Le fait que la partie adverse ait parallèlement fait le choix d'attribuer d'autres marchés d'une ancienneté équivalente, n'est quant à lui pas de nature à amoindrir la pertinence du motif de renonciation précité. Le pouvoir adjudicateur n'est aucunement lié par les décisions qu'il prend dans un autre marché similaire, en exerçant un pouvoir largement discrétionnaire, selon les circonstances propres à cette autre procédure. L'obligation de motivation formelle qui s'impose au pouvoir adjudicateur ne le contraint par ailleurs pas à justifier les raisons pour lesquelles son appréciation quant à l'opportunité de passer un marché ou d'y renoncer peut varier d'une procédure à l'autre.

La requérante estime également critiquable le motif selon lequel « le caractère principalement saisonnier des prestations concernées permet de respecter les délais de publication d'une nouvelle procédure de passation, sans compromettre la bonne exécution de l'entretien des espaces verts pour l'année en cours ». Selon elle, en fonction des délais pour mener à bien une nouvelle procédure de passation, la saison en cours sera pratiquement terminée lorsque le nouveau marché sera en état d'être attribué. Ce motif serait donc, à son estime, inexact.

Cette critique ne peut, *prima facie*, pas non plus être retenue.

D'une part, le motif critiqué – qui prend place dans le texte de l'acte attaqué après qu'ait été fait le constat de l'opportunité de renoncer au marché – apparaît être surabondant, de sorte que la violation alléguée par la requérante n'est pas concrètement susceptible de l'avoir lésée.

D'autre part – et contrairement à l'interprétation qu'en donne la requérante – ce motif semble signifier qu'à l'estime de la partie adverse, la nouvelle procédure d'attribution ne sera pas achevée avant la fin de la saison en cours, de sorte que la désignation du nouvel attributaire n'aura pas d'effet disruptif sur l'exécution des prestations de l'opérateur économique actuellement en charge du marché. Le motif, ainsi interprété, est conforme à la durée probable de la procédure d'attribution.

Pour le surplus, et contrairement à ce qu'affirme la requérante, la motivation formelle de l'acte attaqué lui a permis de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé opportun de renoncer au marché, plutôt que de poursuivre la procédure de passation du marché en cours. La partie adverse ne devait pas en outre exposer la raison pour laquelle elle n'a pas estimé plus opportune la

solution consistant à poursuivre la procédure d'attribution et à appliquer ensuite – dans l'hypothèse où le marché pourrait être attribué malgré le dépassement du délai de validité des offres – la clause de révision.

Le premier moyen n'est *prima facie* pas sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

L'acte attaqué, après avoir énoncé les motifs justifiant l'opportunité de la renonciation à la procédure en cours et le lancement d'une nouvelle procédure, expose que « la relance du marché permettra par ailleurs à la SOFICO de préciser le libellé du critère de sélection évoqué supra pour éviter toute difficulté d'interprétation et assurer ainsi une parfaite égalité entre les futurs soumissionnaires ».

Ce motif est, *prima facie*, surabondant.

L'acte attaqué contient en effet également le motif suivant, qui tend à indiquer que la décision de la partie adverse de constater l'opportunité de relancer le marché est indépendante du constat de l'imprécision de l'un des critères de sélection qualitative :

« Considérant qu'en l'espèce, indépendamment du caractère imprécis du critère de sélection qualitative lié à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires invoqué dans la décision du 26-01-2024, la SOFICO estime opportun de relancer le marché en raison du délai écoulé depuis la remise des offres ».

L'utilisation du terme « par ailleurs » dans le motif critiqué, et le fait que ce dernier prend place, dans le texte de l'acte attaqué, après que la partie adverse a fait le constat de l'opportunité de renoncer au marché en cours et de relancer la procédure, permettent également de conclure au caractère surabondant de ce motif.

Le motif critiqué ne constitue pas un fondement de l'acte attaqué. L'irrégularité invoquée par la requérante n'est donc pas susceptible de l'avoir lésée, de sorte qu'elle ne dispose pas d'un intérêt à cette branche du moyen.

VI. Confidentialité

La requérante dépose son offre (pièces A.1.1. à A.3.4.) de même que des décisions d'attribution dans d'autres marchés (pièces A.4 et A.5) à titre confidentiel.

La partie adverse a, à la demande de l'auditeur rapporteur, communiqué les offres déposées dans les trois procédures. À l'audience, le conseil de la partie adverse a sollicité que l'ensemble de ces offres soient maintenues confidentielles.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

La requête étant rejetée, il y a lieu de condamner la requérante aux autres dépens.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A.1.1. à A.5. du dossier de la requérante et l'ensemble des offres communiquées par la partie adverse à l'auditeur rapporteur sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse/requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 mai 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,
Adeline Schyns

Conseiller d'État, président f.f.,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

Xavier Close

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

ARRÊT RECTIFICATIF

n° 260.008 du 5 juin 2024

A.241.769/VI-22.807

En cause : **la société anonyme KRINKELS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier ESCHWEILER et
Gaël TILMAN, avocats,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

**la Société wallonne de financement
complémentaire des infrastructures**
(en abrégé SOFICO),
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

I. OBJET DE LA REQUÊTE

Par une requête introduite le 25 avril 2024, la SA Krinkels demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « 1 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé “Bail d’entretien des espaces verts routiers – District de Tournai”, de “renoncer, ainsi que le permet l’article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte” ;
- 2 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé “Bail d’entretien des espaces verts routiers – District d’Ath”, de “renoncer, ainsi que le permet l’article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte” ;

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.008

- 3 - la décision prise le 29 mars 2024, et communiquée le 10 avril 2024, dans le cadre du marché intitulé “Bail d’entretien des espaces verts routiers – District de Saint-Ghislain”, de “renoncer, ainsi que le permet l’article 85 de la loi du 17 juin 2016, à attribuer le marché dans le cadre de la présente procédure de passation et de lancer une nouvelle procédure ouverte” ».

II. PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

Un arrêt n° 259.875 du 27 mai 2024, prononcé en la présente cause, a été notifié aux parties (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.875).

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. RECTIFICATION

Une erreur matérielle dans le titre et une erreur matérielle portant sur le dispositif du recours entachent l'arrêt n° 259.875 prononcé le 27 mai 2024, il convient de les corriger de la manière indiquée au dispositif du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

À la première page, titre de l'arrêt, il y a lieu de lire “le Président de la VI^e chambre siégeant en référé” au lieu de “le Président de la VI^e chambre”.

Article 2.

À la dix-huitième page, dispositif, article 4, de l'arrêt n° 259.875, il y a lieu de lire “la partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l’indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse” au lieu de “la partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l’indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse/requérante”.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 5 juin 2024, par la VIe chambre du
Conseil d'État, composée de :

Xavier Close,
Adeline Schyns,

Conseiller d'État, Président f.f.,
Greffière.

La greffière,

Le Président,

Adeline Schyns.

Xavier Close.