CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 260.448 du 18 juillet 2024

A. 242.362/VI-23.063

En cause : **la société à responsabilité limitée AU COIN DU FEU**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Wouter MOONEN, Thomas CHRISTIAENS
et Cato BEVERS, avocats,
Gouverneur Roppesingel 131
3500 Hasselt,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e^ Kim Eric MÖRIC, avocat,
rue Ducale 83/2
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juillet 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Région wallonne du 17 juin 2024 […] par laquelle la Région wallonne a décidé de renoncer au marché de travaux, intitulé "MEBAR – travaux de poêlerie – volet poêlerie générale et volet poêlerie pellets" (N° SIMPPA 04.04.0140-23-2599), en ce qui concerne les lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 juillet 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 juillet 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^me^ Elisabeth Willemart, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Thomas Christiaens, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^es^ Kim Eric Möric et Céline Estas, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendu 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 de la demande se présentent comme suit :

> « 1. Par un avis de marché publié le 25 juillet 2023 dans le Bulletin des Adjudications et le 28 juillet 2023 au Journal officiel de l'Union européenne (Pièce n° A.1(a) et Pièce n° A.1(b)), la partie adverse a lancé un marché public de travaux ayant pour objet des travaux de poêlerie comportant un volet poêlerie générale et volet poêlerie pellets.
>
> Par ailleurs, comme cela est rappelé dans le cahier spécial des charges en son objet "*Le présent marché a pour objet des travaux relatifs à l'utilisation rationnelle et efficiente de l'énergie, la réalisation d'investissements mobiliers ou immobiliers à effectuer dans les logements de ménages à revenu modeste, en vue de leur permettre de réduire leur facture énergétique ou de bénéficier d'un confort thermique décent, tels que repris à l'annexe I de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 23 décembre 1998 relatif à l'octroi de subventions aux ménages à revenu modeste pour l'utilisation rationnelle et efficiente de l'énergie*".
>
> Le marché public de travaux a été passé selon une procédure ouverte avec publicité européenne.
>
> 2. Les travaux visés par le marché public litigieux visent la fourniture et la pose d'appareils de chauffage, qu'ils soient au gaz, au bois (volet général) ou aux pellets (volet pellets).

Le marché public litigieux comprend 24 lots, 12 lots relatifs au volet poêlerie générale et 12 lots relatifs au volet pellets.
Le volet poêlerie générale comprend les lots suivants :

Numéro de lot	Zone Guichet
1.1	Arlon-Libramont
1.2.	Tournai
1.3.	Dinant-Philippeville
1.4.	Charleroi
1.5.	Verviers
1.6.	Huy-Perwez
1.7.	Liège
1.8.	Marche
1.9.	Mons
1.10.	Mouscron
1.11.	Namur
1.12.	Braine-le-Comte - Ottignies

Le volet poêlerie pellets comprend les lots suivants :

Numéro de lot	Zone Guichet
2.1	Arlon-Libramont
2.2.	Tournai
2.3.	Dinant-Philippeville
2.4.	Charleroi
2.5.	Verviers
2.6.	Huy-Perwez
2.7.	Liège
2.8.	Marche
2.9.	Mons
2.10.	Mouscron
2.11.	Namur
2.12.	Braine-le-Comte - Ottignies

3. Le point 5 du titre II du cahier spécial des charges du marché public litigieux portant les références “MEBAR – Travaux de poêlerie – volet poêlerie générale et volet poêlerie pellets” (ci-après “CSC” - Pièce n° A.2) prévoit une estimation du nombre annuel de dossiers relatifs à des poêles bois – mazout – gaz.

Cette disposition prévoit néanmoins expressément que les quantités mentionnées pourraient être adaptées en fonction des évolutions législatives à venir.

4. En ce qui concerne les critères de sélection, le CSC prévoit notamment les exigences suivantes en termes d’agréation :

Quatrième critère relatif à la compétence technique des soumissionnaires.

Pour pouvoir déposer offre, l'entreprise adjudicataire devra disposer d'une agréation dans une des catégories suivantes : D16 (installations sanitaires et installations de chauffage au gaz par appareils individuels), D17 (chauffage central, installations thermiques) ou D18 (ventilation, chauffage à air chaud et conditionnement d'air) et, en fonction du lot pour lequel elle soumissionne, de la classe minimum suivante :

Volet poêlerie générale		
N° Lot	**Zone Guichet**	**Classe minimum**
1.1	Arlon - Libramont	1
1.2	Tournai	1
1.3	Dinaant-Philippeville	1
1.4	Charleroi	2
1.5	Verviers	1
1.6	Huy - Perwez	1
1.7	Liège	2
18	Marche	1
1.9	Mons	1
1.10	Mouscron	1
1.11	Namur	1
1.12	Braine-le-Comte – Ottignies	1

Volet poêlerie pellets		
N° Lot	**Zone Guichet**	**Classe minimum**
2.1	Arlon - Libramont	1
2.2	Tournai	1
2.3	Dinant-Philippeville	1
2.4	Charleroi	2
2.5	Eupen - Verviers	1
2.6	Huy - Perwez	1
2.7	Liège	1
2.8	Marche	1
2.9	Mons	2
2.10	Mouscron	1
2.11	Namur	1
2.12	Braine-le-Comte – Ottignies	1

5. La date limite de réception des offres était fixée au 30 août 2023.

Six opérateurs économiques (dont la partie requérante) ont remis une offre dans le cadre du marché public litigieux.

Aucune question n'a été posée par des opérateurs économiques concernant les documents de marché.

6. Par une décision du 25 octobre 2023, la partie adverse a décidé d'attribuer à la partie requérante le lot de poêlerie générale relatif à Tournai ainsi que les

lots de poêlerie pellets relatifs à Tournai, Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur.

En effet, la décision d'attribution attribue le marché comme suit :

Zone Guichet	Volet général	Volet pellets
Tournai	SRL AU COIN DU FEU	SRL AU COIN DU FEU
Dinant Philippeville	SA JORDAN	SRL AU COIN DU FEU
Charleroi	SA JORDAN	SRL AU COIN DU FEU
Verviers	Douffet Mawet/Cogetech	Douffet Mawet/Cogetech
Huy Perwez	Douffet Mawet/Cogetech	SRL AU COIN DU FEU
Liège	Douffet Mawet/Cogetech	Douffet Mawet/Cogetech
Mons	SA JORDAN	SRL AU COIN DU FEU
Mouscron	Cauvin	Chaufbois
Namur	SA JORDAN	SRL AU COIN DU FEU

Par une requête en suspension d'extrême urgence datée du 17 novembre 2023, la SA JORDAN a sollicité la suspension de la décision d'attribution du 25 octobre 2023 en ce qu'elle attribue à la SRL AU COIN DU FEU les lots : "*Volet général : Huy Perwez (1 lot) ; Le Volet pellets ; Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur (5 lots)*".

Elle a également introduit une requête en annulation en date du 20 novembre 2023 à l'encontre de la décision susmentionnée.

7. Par un arrêt n° 258.317 du 22 décembre 2023, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension de l'exécution de la décision prise le 25 octobre 2023 par la partie adverse dans le cadre du marché public de travaux référencé "MEBAR-travaux de poêlerie-volet poêlerie générale et volet poêlerie pellets – n° SIMPPA 04.04.0140-23-2599", en tant qu'elle attribue à la partie requérante les lots relatifs au volet "pellets", pour les zones de Dinant-Philippeville, Charleroi, Huy-Perwez, Mons et Namur.

8. Par un courriel du 20 février 2024 (Pièce n° A.10), la partie requérante a transmis [à] la partie adverse un certificat d'agréation (Pièce n° A.11) faisant état notamment de l'obtention d'une agréation de catégorie D17 et classe 4.

9. Par des courriers du 1er mars 2024 adressés aux soumissionnaires (en ce compris la partie requérante) ayant remporté des lots non concernés par le contentieux initié par la SA JORDAN (Pièce n° A.12), la partie adverse a sollicité la prolongation du délai de validité offres jusqu'au 15 mai 2024.

Les courriers adressés à la SA JORDAN et la partie requérante contiennent la mention suivante :

> "*Le présent courrier ne préjuge en rien la décision qui sera adoptée sur les lots concernés par le recours pendant au Conseil d'Etat sur la décision motivée d'attribution qui vous a été communiquée quant à ce marché*"

Tous les soumissionnaires concernés (en ce compris la partie requérante) ont accepté de maintenir leur offre jusqu'au 15 mai 2024 (Pièce n° A.13).

Suite à ces courriers, la partie adverse a notifié par des courriers du 29 mars 2024 (Pièce n° A.14) aux soumissionnaires concernés la conclusion du marché pour les lots relatifs au volet général pour les zones de Dinant Philippeville, Tournai, Charleroi, Verviers, Huy Perwez, Liège, Mons, Mouscron, Namur et au volet pellet pour les zones de Tournai, Verviers, Liège, Mouscron, lots qui ne font pas l'objet du contentieux initié par la SA JORDAN.

La partie requérante s'est ainsi vu notifier l'attribution des lots relatifs au volet général de la zone de Tournai et au volet pellet pour la zone de Tournai (Pièce n° A.14).

10. Par une décision du 17 juin 2024 (Pièce n° A.15), la partie adverse a décidé de retirer la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023 en ce qui concerne uniquement les lots suivants du volet pellets : Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur, de ne pas attribuer ces lots conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de lancer un nouveau marché sur ces lots et de revoir le cahier spécial des charges relatif aux travaux de poêlerie.

Cette décision contient les motifs suivants :

Le Gouvernement wallon, représenté par Philippe HENRY, Ministre du Climat, de l'Energie, de la Mobilité et des Infrastructures ;

Vu la réglementation relative aux marchés publics :

- la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ;
- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; et plus particulièrement l'article 85 ;
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ;
- L'arrêté du Gouvernement wallon du 8 juin 2017 portant organisation des contrôles et audit internes budgétaires et comptables ainsi que du contrôle administratif et budgétaire des Services du Gouvernement wallon, des services administratifs à comptabilité autonome, des entreprises régionales, des organismes et du Service du Médiateur en région wallonne ;

- l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service Public de Wallonie ;

- L'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement wallon ;

Vu l'avis favorable de l'inspecteur des finances du;

Vu le cahier spécial des charges régissant le présent marché portant le n° O4.04.01 – 23.2599 ;

Vu l'avis de marché publié dans le Bulletin des Adjudications et dans le Journal officiel de l'Union européenne en date du 28 juillet 2023 sous le n° 2023/S 144-460144

Vu les offres déposées par les soumissionnaires identifiés ci-après ;

Vu le procès-verbal d'ouverture des offres du 30 août 2023 ;

Vu la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023 attribuant, comme suit, le marché MEBAR mieux référencé ci avant :

n° Lot	Zone Guichet	Volet général	Volet Pellets
2	Tournai	Au coin du feu	Au coin du feu
3	Dinant Philippeville	Ets JORDAN	Au coin du feu
4	Charleroi	Ets JORDAN	Au coin du feu
5	Verviers	Douffet Mawet/Cogetech	Douffet Mawet/Cogetech
6	Huy Perwez	Douffet Mawet/Cogetech	Au coin du feu
7	Liège	Douffet Mawet/Cogetech	Douffet Mawet/Cogetech
9	Mons	Ets JORDAN	Au coin du feu
10	Mouscron	Cauvin	Chaufbois
11	Namur	Ets JORDAN	ACDF

Vu la requête en suspension d'extrême urgence introduite par la S.A. Jordan sollicitant la suspension d'extrême urgence de la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023 en ce qu'elle attribue les lots « Volet général Huy Perwez », « Volet pellet Dinant Philippeville », « Volet pellet Charleroi », « Volet pellet Huy Perwez », « Volet pellet Mons » et « volet pellet Namur » à la SRL Au coin du feu ;

Vu la requête en intervention introduite par la SRL Au coin du feu dans le dossier de recours en suspension d'extrême urgence ;

Vu l'arrêt n°258.317 du Conseil d'Etat du 22 décembre 2023 ordonnant la suspension de l'exécution de la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023 adoptée dans le cadre du marché de travaux de poêlerie MEBAR, n° SIMPPA O4.04.01-232599 en tant qu'elle attribue à la SRL Au coin du feu les lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur avec exécution immédiate ;

Vu le même arrêt, rejetant la requête de la S.A. Jordan pour le surplus ;

Vu la requête en annulation introduite par la S.A. Jordan datée du 17 novembre 2023 à l'encontre de la décision motivée d'attribution susmentionnée du 25 octobre 2023 en ce qu'elle attribue à la SRL Au coin du feu les lots relatifs aux « Volet général Huy Perwez », « Volet pellet Dinant Philippeville », « Volet pellet Charleroi », « Volet pellet Huy Perwez », « Volet pellet Mons » et « volet pellet Namur » ;

Vu que le recours en annulation est encore pendant devant le Conseil d'Etat ;

Considérant que l'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché et que le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

Considérant que d'après une jurisprudence constante (C.E., 27 novembre 2023, n°258.032, SRL THEIS MARCEL ; C.E., 17 avril 2023, n°256.272, SA GENETEC ; C.E., 7 juillet 2022, n°254.239, SA JETTE CLEAN), la décision de renoncer à une procédure d'attribution du marché -ou de certains lots d'un marché- et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité ;

Considérant qu'un acte administratif individuel créateur de droits irrégulier ne peut être retiré que pendant le délai de recours devant le Conseil d'État ou, si un recours en annulation a été introduit, jusqu'à la clôture des débats (C.E., 2 mars 2020, n°247.194, LHERMITTE) ;

Considérant que le Conseil d'Etat a jugé que la décision d'attribution du 25 octobre 2023 concernant les lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur est irrégulière au motif que le pouvoir adjudicateur s'est limité à vérifier la détention d'une agréation de classe 2 dans le chef de la SRL Au coin du feu alors que cette dernière aurait dû disposer d'une agréation de classe 4 au regard des montants cumulés des lots qui lui sont attribués ;

Qu'en effet, le Conseil d'Etat a jugé ce qui suit :

« (...) Il ressort de ces dispositions que la qualité de l'agréation dont doit être titulaire un soumissionnaire se détermine par rapport à l'ensemble des lots qui lui sont attribués. La partie adverse n'a d'ailleurs pas conçu autrement l'application de ces dispositions, selon ce que permettent de juger les prescriptions du cahier des charges du marché litigieux, qui – en page 17 de celui-ci – disposent qu'« en cas d'attribution de plusieurs lots à un même adjudicataire, la classe minimum pourra être revue en fonction du nombre et de la classe des lots attribués ». Elle semble, par ailleurs et prima facie, ne pas avoir considéré différemment l'application de ces dispositions, lorsqu'elle a retenu que les montants cumulés des lots faisant l'objet d'une attribution aux soumissionnaires Douffet Mawet et Gogetech ne dépassent pas le montant couvert par les agréations cumulées de classe 1 et que leur offre peut donc être prise en compte, du fait du cumul des montants garantis par chacune des agréations des entrepreneurs engagés dans cette association momentanée. Il ne ressort ni de la décision motivée d'attribution du marché litigieux ni du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié l'agréation dont est titulaire l'intervenante, au regard du montant cumulé des lots à lui attribuer. Tout au plus ressort-il de la pièce A.9 du dossier administratif que la partie adverse s'est limitée à vérifier que l'intervenante disposait de la classe 2, alors qu'au regard des montants cumulés elle aurait dû disposer de la classe 4. (...) »

Considérant que les conditions du retrait d'un acte administratif individuel créateur de droit sont dès lors satisfaites ;

Considérant qu'il convient dès lors de retirer partiellement la décision d'attribution du 25 octobre 2023, en ce qu'elle attribue à la SRL Au coin du feu les lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur souhaite revoir les modalités d'attribution des lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur suite à l'arrêt en suspension n°258.317 du 22 décembre 2023 et adapter l'objet de ces lots et le bordereau de prix;

Considérant qu'il est dès lors opportun de ne pas attribuer ces lots et de relancer un marché public pour ces lots afin de revoir le cahier spécial des charges ;

DECIDE :

- De retirer, uniquement pour les lots suivants du volet pellets : Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur, la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023 ;
- De ne pas attribuer ces lots conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- De lancer un nouveau marché sur ces lots et de revoir le cahier spécial des charges relatif aux travaux de poêlerie.

Il s'agit de l'acte attaqué.

La partie adverse a notifié cette décision à la partie requérante par un courrier recommandé avec accusé de réception du 20 juin 2024 (Pièce n° A.16) ».

IV. Mesure d'instruction

1. Par un courrier électronique du 11 juillet 2024, l'auditeur-rapporteur a adressé la demande suivante à la partie adverse :

« […]

Je vous contacte dans ce dossier à la suite du dépôt hier de la note d'observations et du dossier administratif.

Je constate que l'avis de l'Inspecteur des Finances (Pièce 20 du DA) précise ce qui suit : "Vu l'arrêt n° 258.317 du Conseil d'Etat et les précisions apportées par l'administration (courriel du 31 mai dernier et discussion Teams de ce jour), avis favorable".

Je vous invite à déposer au dossier administratif, dans les meilleurs délais, le courriel en cause du 31 mai dernier. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la discussion *Teams* mentionnée aurait été suivie d'échanges écrits, je vous invite également à déposer, le cas échéant, ces éventuels échanges.

Je vous remercie par avance pour votre retour.

Pour votre meilleure information, les conseils de la partie requérante nous lisent en copie du présent mail.

[…] »

2. Par un courrier électronique du 12 juillet 2024, les conseils de la partie adverse ont communiqué le courrier électronique adressé par la partie adverse à l'Inspecteur des Finances et ont précisé que la conversation par *Teams* n'avait pas fait l'objet d'autres écrits. Ce courrier électronique du 31 mai 2024 se lit comme il suit :

« Voici ci-joint la copie de la première DMA, qui serait donc retirée partiellement (pour ce qui concerne les lots faisant l'objet du litige entre Jordan, Au coin du Feu et la Région donc).

Pour ce qui concerne le lancement du nouveau marché, il sera en effet question de clarifier au moins les critères de sélection et d'attribution, et de cadrer plus précisément quelles classes et catégories d'agréation pourront être prises en compte afin d'éviter tout nouvel écueil sur la question de l'agréation. Il permettra, par ailleurs, aux soumissionnaires de prioriser les lots sollicités, si l'ensemble des lots qui pourraient lui être attribués dépasse le montant de l'agréation dont il dispose.

Ce nouveau marché concernera tant les lots qui font ici l'objet d'un retrait, que les lots qui n'ont pu être attribués dans le cadre du précédent marché faute de soumissionnaires éligibles.

(A titre informatif, le nouveau cahier des charges devrait aussi être modifié sur la pondération des prix des systèmes et accessoires, pour refléter davantage la réalité de terrain, où nous constatons une forte influence du prix des accessoires sur le prix final facturé.)

La qualification de l'agréation comme critère de sélection dans le marché ne permettrait pas de considérer la demande d'agréation de la société Au coin du feu, postérieure à la remise des offres - dans la thèse de Jordan. Cette demande d'agréation n'a, d'ailleurs, été réalisée par Au coin du feu qu'après l'introduction de la requête de la S.A. Jordan, elle n'est donc pas mentionnée dans leur offre initiale.

A contrario, ne pas appliquer la jurisprudence constante du Conseil d'Etat faisant de l'analyse de l'agréation au moment de l'attribution du marché, la règle applicable, nous sera aussi reprochée par la société Au coin du feu si on attribuait ces lots à la S.A. Jordan.

> On se retrouve dès lors dans une impasse où toute nouvelle attribution à l'une ou l'autre des entreprises (Au coin du feu, sur base de son agréation obtenue entre-temps en classe 4 – ou Jordan, sur base de son agréation existante au moment du dépôt des offres) serait attaquable devant le Conseil d'Etat, avec de grandes chances de victoire pour l'entreprise écartée, vu la formulation de l'arrêt du Conseil d'Etat.
>
> Le retrait de la DMA sur base de la seule suspension par le Conseil d'Etat, avec relancement corrélatif d'un marché parait donc moins préjudiciable que l'adoption d'une nouvelle DMA dans ce marché ».

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

La requérante prend un moyen unique de « la violation de l'article 85 de la loi relative aux marché publics, la violation de l'obligation de la motivation matérielle, et la violation de l'obligation de la motivation formelle découlant des articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle et des articles 4 et 5 de la loi sur la protection juridique ».

Elle fait valoir que la partie adverse a décidé de renoncer au marché (en ce qui concerne des lots de Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur), en application de l'article 85 de la loi relative aux marchés publics, sans motiver suffisamment cette décision, alors qu'il résulte de la jurisprudence établie du Conseil d'Etat qu'une telle décision n'est régulière que si elle est suffisamment motivée, alors que l'obligation de motivation matérielle oblige la partie adverse à fonder sa décision sur des motifs pertinents et exacts et alors que l'obligation de motivation formelle oblige la partie adverse à refléter ces motifs dans l'acte attaqué.

Elle relève que la motivation de la décision tient essentiellement dans le considérant suivant : « Considérant que le pouvoir adjudicateur souhaite revoir les modalités d'attribution des lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur suite à l'arrêt en suspension n° 258.317 du 22 décembre 2023 et adapter l'objet de ces lots et le bordereau de prix ». Elle estime qu'une telle motivation n'est pas suffisante au regard des dispositions et principes invoqués et de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle indique ne pas être en mesure de comprendre, à partir de l'acte attaqué, pourquoi la partie adverse souhaite procéder à cette révision et considère que les autres documents ou éléments du dossier – tels que la procédure ayant conduit à l'arrêt n° 258.317 du 22 décembre 2023 – ne l'éclairent pas non plus.

Elle ajoute que la partie adverse a pourtant manifesté son intention de lui attribuer les lots litigieux, en lui demandant, par un courrier reçu le 1er mars 2024, de

maintenir son offre sur la base de l'article 89 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, plutôt que sur la base de l'article 58 du même arrêté.

Dans sa note d'observations, la partie adverse résume sa réponse comme il suit :

> « 12. La partie adverse pouvait régulièrement renoncer à l'attribution des lots litigieux conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à l'article 58 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
>
> La partie adverse dispose dans ce cadre d'un large pouvoir d'appréciation et seule une éventuelle erreur manifeste d'appréciation pourrait être sanctionnée dans ce cadre par Votre Conseil. Or, la partie requérante n'invoque pas d'erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse et ne démontre pas qu'elle aurait méconnu l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.
>
> 13. En l'espèce, la partie adverse a clairement indiqué les motifs justifiant la renonciation à la passation des lots litigieux dans la motivation formelle de l'acte attaqué. En effet, l'acte attaqué indique qu'il est opportun de ne pas attribuer les lots litigieux et de relancer un marché pour ces lots afin de revoir le cahier spécial des charges. Il fait état également du souhait de la partie adverse de revoir les modalités d'attribution des lots litigieux, l'objet et le bordereau de prix.
>
> La partie adverse a ainsi adopté une décision motivée de renonciation à l'attribution des lots litigieux conformément aux articles 4 et 5 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.
>
> En l'espèce, ces motifs sont exacts, admissibles et pertinents pour justifier la renonciation de l'attribution des lots litigieux. La jurisprudence a en effet admis comme motif de renonciation la nécessité de modifier le cahier spécial des charges. En outre, le dossier administratif (Pièce n° A.20 ; Pièce n° A.21) atteste de l'exactitude des motifs susmentionnés, et la motivation matérielle (interne) de l'acte outre sa motivation formelle.
>
> Contrairement aux prétentions de la partie requérante, la partie adverse a motivé de façon suffisante la renonciation à l'attribution des lots litigieux. Elle ne pouvait en l'espèce pas donner plus de précisions à la partie requérante dans la mesure où elle n'a pas encore finalisé le cahier spécial des charges revu et elle ne souhaitait pas octroyer d'avantages discriminatoires à la partie requérante en lui donnant des informations sur la stratégie qui serait adoptée lors de la relance du marché public.
>
> La partie requérante n'établit pas que la partie adverse aurait méconnu à ses obligations de motivation formelle et matérielle.
>
> 14. Par ailleurs, la jurisprudence invoquée par la partie requérante à l'appui de son argumentation (à savoir l'arrêt n° 259.137 du 14 mars 2024) n'est pas pertinente car elle concerne des circonstances tout à fait particulières justifiant une obligation de motivation renforcée dans le chef du pouvoir adjudicateur. En effet, cet arrêt concerne un recours introduit contre la décision de

renonciation à l'attribution d'un marché public consécutive à un premier arrêt de Votre Conseil n° 258.355 du 8 janvier 2024 qui ordonnait la suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché public litigieux à la partie requérante dans cette affaire. Ces circonstances particulières ont donné lieu à une obligation de motivation renforcée dans le chef du pouvoir adjudicateur.

La partie requérante renvoie à plusieurs reprises à des extraits de cet arrêt n° 259.137 mais n'établit pas que ces circonstances particulières sont présentes en l'espèce et qu'une obligation de motivation renforcée serait à charge de la partie adverse.

15. Enfin, il ressort clairement de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 58 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que la partie adverse n'est pas tenue d'attribuer les lots litigieux à la partie requérante.

Contrairement à ses prétentions, la partie adverse n'a jamais laissé entendre à la partie requérante que les lots litigieux lui seraient attribués. La partie requérante ne produit aucun élément de nature à établir une telle intention dans le chef de la partie adverse. Le courrier du 1er mars 2024 dont se prévaut la partie requérante contient une réserve expresse et précise qu'il ne préjuge en rien de la décision qui serait adoptée par la partie adverse concernant les lots litigieux.

16. Pour tous ces motifs, le moyen unique n'est donc pas sérieux et doit être déclaré non fondé. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

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 […] ».

La décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché – ou de certains lots d'un marché – et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité. Cette décision doit cependant être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle.

L'obligation de motivation formelle à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

En l’espèce, la décision de renoncer à l’attribution des lots concernés et de lancer un nouveau marché est essentiellement motivée par la phrase suivante : « Considérant que le pouvoir adjudicateur souhaite revoir les modalités d’attribution des lots relatifs au volet pellet pour les zones Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur suite à l’arrêt en suspension n° 258.317 du 22 décembre 2023 et adapter l’objet de ces lots et le bordereau de prix ».

Il paraît résulter de ce considérant que la partie adverse souhaite, d’une part, réviser les « modalités d’attribution » à la suite de l’arrêt de suspension n° 258.317 et, d’autre, part, adapter l’objet des lots concernés et le bordereau de prix.

Il se déduit de la note adressée à l’Inspecteur des Finances (pièce n° A.20 du dossier administratif) que la partie adverse entend revoir les critères de sélection, considérés comme « perfectibles » et le bordereau de prix. La note adressée au Ministre (pièce n° A.21 du dossier administratif) mentionne que « l’administration travaille à la révision du cahier des charges pour lever les difficultés d’interprétation du cahier des charges sur les critères de sélection ». Enfin, le courrier électronique adressé à l’Inspecteur des Finances le 31 mai 2024 (pièce n° A.22 du dossier administratif) fait apparaître qu’il est question de « clarifier au moins les critères de sélection et d’attribution, et de cadrer plus précisément quelles classes et catégories d’agréation pourront être prises en compte afin d’éviter tout nouvel écueil sur la question de l’agréation », de permettre aux soumissionnaires « de prioriser les lots sollicités », ainsi que de modifier « la pondération des prix des systèmes et accessoires, pour refléter davantage la réalité de terrain ».

Prima facie, la seule expression de la volonté de modifier les documents du marché ne constitue pas, à défaut de précision quant aux difficultés rencontrées dans l’application des documents existants, une motivation formelle suffisante pour renoncer à l’attribution du marché et lancer une nouvelle procédure.

En l’espèce, l’acte attaqué mentionne l’intention de donner suite à l’arrêt de suspension n° 258.317. Dans cet arrêt, le Conseil d’État a rappelé que la classe d’agréation dont doit être titulaire un soumissionnaire se détermine par rapport à l'ensemble des lots qui lui sont attribués et a constaté qu’« il ne ressort ni de la décision motivée d’attribution du marché litigieux ni du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié l’agréation dont est titulaire [la SRL Au coin du feu], au regard du montant cumulé des lots à lui attribuer » et qu’elle « s’est limitée à vérifier que [la SRL Au coin du feu] disposait de la classe 2, alors qu’au regard des montants cumulés elle aurait dû disposer de la classe 4 ». Le moyen jugé sérieux par

l'arrêt n° 258.317 ne remet donc pas en cause les documents du marché mais concerne l'analyse des offres au regard des critères de sélection qualitative et plus particulièrement des conditions d'agréation. Ce seul motif ne constitue dès lors pas un motif pertinent pour renoncer à l'attribution du marché et recommencer la procédure, moyennant une révision des critères de sélection et d'attribution, de l'objet des lots concernés, de la pondération des éléments du prix et du bordereau de prix.

Prima facie, la partie adverse peut, à la suite de la suspension d'une première décision d'attribution, reprendre en considération toute la procédure et estimer qu'il est nécessaire de modifier les documents du marché, même en raison de problématiques qui ne sont pas abordées dans l'arrêt de suspension. Il lui appartient toutefois de faire reposer cette décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, exprimés dans la motivation formelle de l'acte.

En l'espèce, la motivation formelle de l'acte attaqué, même lue à la lumière du dossier administratif, ne permet donc pas au Conseil d'Etat de vérifier que la décision de renoncer à l'attribution des lots concernés et de relancer la procédure repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles.

Le moyen unique est sérieux.

VI. 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.

VII. Confidentialité

La partie requérante mentionne que la pièce 5 de son dossier (son offre) est confidentielle.

La partie adverse formule la demande de confidentialité suivante :

> « La farde B. contient les offres des différents soumissionnaires ainsi que des éléments personnels à chaque soumissionnaire pour lesquels la partie adverse a fait des vérifications.
>
> Il s'agit d'informations sensibles d'un point de vue technique et/ou commercial, dont la communication à la partie requérante et/ou aux tiers intéressés pourrait porter atteinte à une saine concurrence voire au secret des affaires.

La divulgation de détails spécifiques des offres des soumissionnaires pourrait nuire leurs avantages concurrentiels en affectant leur position sur le marché.

34. Pour ces raisons, la partie adverse sollicite de la part de Votre conseil que les pièces figurant dans la farde B. du dossier administratif soient considérées comme confidentielles dans le cadre de la présente procédure et ce sur la base de l'article 26 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 ainsi que de l'article 87, § 2, al. 1er, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ».

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

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision du Gouvernement wallon du 17 juin 2024 de retirer, uniquement pour les lots suivants du volet pellets : Dinant Philippeville, Charleroi, Huy Perwez, Mons et Namur, la décision motivée d'attribution du 25 octobre 2023, de ne pas attribuer ces lots conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de lancer un nouveau marché sur ces lots et de revoir le cahier spécial des charges relatif aux travaux de poêlerie est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 5 déposée par la partie requérante est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

Article 4.

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

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 18 juillet 2024, par la VI[e] chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Elisabeth Willemart,	président de chambre f.f.,
Xavier Dupont,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Xavier Dupont Elisabeth Willemart