

Intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution

Auteurs

Charles-Henri de la Vallée Poussin

Célia Nennen

Législation

- 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 concessions¹, articles 14 et 15 ;
- Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973², article 19.

Commentaire

Lorsqu'une décision d'attribution d'un marché public est adoptée par une autorité adjudicatrice³ qui est, en outre, une « *autorité* » au sens de l'article 14, §1^{er}, des LCCE, cette décision d'attribution doit, le cas échéant, être attaquée devant le Conseil d'Etat⁴.

Aux termes de l'article 19, al. 1^{er}, des LCCE, un recours en annulation ou en suspension ne peut être introduit que par des personnes « *justifiant d'une lésion ou d'un intérêt* ». Selon la jurisprudence administrative, « *une partie requérante dispose de cet intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout d'abord, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain, actuel et lésant un intérêt légitime ; ensuite, l'annulation de cet acte qui interviendra éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime soit-il* »⁵.

En matière de marchés publics, spécifiquement, l'article 14 de la loi recours ouvre le droit de poursuivre l'annulation d'une décision d'attribution d'un marché public à « *toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à (l')obtenir* » et « *ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée (à l'appui du recours)* ». L'article 15 formule la même exigence pour ce qui concerne les recours en suspension.

1. Les deux conditions de recevabilité du recours imposées par l'article 14 de la loi recours

¹ Ci-après, « loi recours », *M.B.*, 21 juin 2012.

² Ci-après, « LCCE », *M.B.*, 21 mars 1973.

³ Il s'agit du terme employé par la loi recours, défini en son article 2 de la manière suivante : « *L'adjudicateur visé à l'article 2, 5° de la loi relative aux marchés publics et à l'article 2, 5°, de la loi relative aux concessions ainsi que le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou la personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la loi défense et sécurité, selon le cas* ».

⁴ Art. 24 de la loi recours.

⁵ C.E., 15 janvier 2019, 243.406, *Van Dooren*.

Comme indiqué ci-dessus, l'article 14 de la loi recours subordonne la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision d'attribution d'un marché public à deux conditions, « à savoir, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées à l'occasion du recours aient lésé, ou risqué de léser, le requérant »⁶.

L'article 14 de la loi recours provient de l'article 65/14 de l'ancienne loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁷. Le commentaire de cet article, contenu dans les travaux préparatoires de la loi qui l'a introduit dans celle du 24 décembre 1993, précisait que :

« Cette disposition est destinée à conférer à l'instance de recours une compétence générale afin d'annuler des actes violant un certain nombre de normes. La notion de "personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" se veut suffisamment étendue, à l'instar de l'article 1^{er}, § 3, des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, afin de parer aux difficultés qui pourraient résulter de l'application stricte de la notion d'intérêt au sens des articles 17 du code judiciaire et 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. En effet, ces dispositions pourraient être interprétées comme ne permettant pas l'accès à l'instance de recours de personnes qui n'auraient pas été contactées ou informées de l'existence d'une procédure de passation. Il est à noter que le "droit communautaire" ici mentionné ne vise pas uniquement les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE mais également le droit primaire européen et les principes généraux de droit communautaire, tel le principe de transparence (voir, p.ex. l'arrêt de la CJCE, C-532/06 du 28 janvier 2008, LIANAKIS). Par ailleurs, il est précisé qu'il s'agit du "droit communautaire applicable au marché concerné". En effet, la compétence d'annulation ici visée est également rendue applicable par l'article 96 aux marchés n'atteignant pas les seuils européens, hypothèse dans laquelle les directives ne sont pas applicables, mais bien le droit primaire européen et les principes généraux de droit communautaire »⁸.

Le Conseil d'Etat interprète l'article 14 de la loi recours de la manière suivante :

« Les termes en lesquels cette disposition est libellée et la préoccupation d'effectivité du recours juridictionnel qu'elle a vocation à servir dans le contentieux de l'attribution des marchés publics commandent certainement à l'instance de recours de ne pas faire preuve d'une rigueur excessive dans l'appréciation de la recevabilité du recours. Toutefois, et sauf à priver de sens et d'utilité les conditions de recevabilité définies par cette disposition, il incombe à la personne concernée d'établir avec une vraisemblance élémentaire qu'il satisfait à ces conditions, particulièrement lorsque le respect de celles-ci peut, dans le contexte spécifique du marché litigieux, faire débat. Cette exigence contraint notamment cette personne à démontrer concrètement la lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée »⁹.

Le Conseil d'Etat relève également que « [l]a notion d'"intérêt au recours" au sens de l'article 14 de la loi (recours) est plus large que la même notion au sens de l'article 19 des (LCCE) »¹⁰ (nous soulignons).

1.1. Une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché

Le fait d'avoir *intérêt à obtenir le marché* semble impliquer, pour le requérant, l'obligation d'invoquer, à tout le moins, un moyen qui, s'il venait à être jugé fondé, lui redonnerait une chance de se voir attribuer ledit marché.

Ceci a, notamment, pour conséquence qu'un requérant n'a pas intérêt à contester une décision d'attribution d'un marché public lorsque son offre a été déclarée irrégulière ou qu'il n'a pas été

⁶ C.E., 18 décembre 2017, 240.225, *Pandrol CDM Track*.

⁷ M.B., 22 janvier 1994.

⁸ *Doc. parl.*, Ch., s. 2009-2010, 2276/1, p. 28-29.

⁹ C.E., 12 octobre 2017, 239.392, *CEMRE*.

¹⁰ C.E., 11 août 2017, 238.944, *Szymkowicz*.

sélectionné, et que les moyens invoqués à l'appui de son recours se bornent, par exemple, à critiquer la manière dont les offres ont été comparées au regard des critères d'attribution. Lorsque l'offre du requérant a été déclarée irrégulière ou qu'il n'a pas été sélectionné, la nécessité de démontrer qu'il a *intérêt à obtenir le marché* lui impose de développer à tout le moins un moyen qui critique la décision d'attribution en ce qu'elle déclare son offre irrégulière ou en ce qu'elle refuse de le sélectionner¹¹. Ainsi, dans un arrêt *SA Franki et consorts* du 7 novembre 2017 où le requérant n'avait pas été sélectionné, le Conseil d'Etat a rejeté, dans les termes suivants, une exception d'irrecevabilité du recours développée par la partie adverse :

*« Le premier moyen critique la légalité de la décision de non-sélection. Il est de nature, s'il est fondé, à rendre aux requérantes une chance de se voir attribuer le marché. Il en résulte que le recours est recevable »*¹² (nous soulignons).

Dans un tel contexte, le Conseil d'Etat a déjà pu considérer que la recevabilité du recours au regard de l'exigence d'avoir un *intérêt à obtenir le marché*, était liée au fond. Tel est ce qui ressort, par exemple, d'un arrêt du 19 décembre 2011 :

*« Dans le cadre d'une adjudication ou d'un appel d'offres, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée à juste titre irrégulière est en principe sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché. L'unique moyen d'annulation soulevé à l'appui du recours met précisément en cause l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la régularité de l'offre de la société requérante. L'intérêt de cette dernière à l'annulation de la décision d'attribution apparaît ainsi lié au fond, et plus particulièrement au sort du moyen d'annulation »*¹³.

Cette conception semble aujourd'hui dépassée sous l'empire de la loi recours. Ainsi, dans un arrêt *Bodaware* du 3 janvier 2017, notamment, le Conseil a jugé que :

*« Il résulte des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 qu'il suffit de pouvoir raisonnablement prétendre que l'on a eu un intérêt à obtenir le marché pour que l'instance de recours compétente en la matière, à savoir le Conseil d'État saisi d'un recours contre l'acte détachable que constitue la décision d'attribution d'un marché public, soit et reste compétente pour connaître tant de l'annulation que la demande de suspension dirigée contre cette décision »*¹⁴.

Le fait que les recours dirigés contre une décision d'attribution d'un marché soient également ouverts aux personnes qui *ont eu* intérêt à l'obtenir, permet de juger recevable un grand nombre de recours qui ne l'auraient vraisemblablement pas été si leur recevabilité avait été examinée à l'aune des règles « classiques » relatives à l'intérêt au recours, telles qu'elles découlent de l'article 19, al. 1^{er}, des LCCE.

Il en va ainsi, notamment, des hypothèses dans lesquelles le marché dont la décision d'attribution est contestée a déjà été conclu voire exécuté. Ainsi, notamment, dans l'arrêt *Bodaware* déjà cité, le Conseil d'Etat a jugé que :

*« [L]'usage des termes "a eu" établissent à l'évidence qu'il importe peu à cet égard que le contrat ait lui-même déjà été conclu, voire même soit déjà en cours d'exécution ou déjà exécuté »*¹⁵ (nous soulignons).

¹¹ Le cas échéant, il peut en principe également développer un moyen qui tend à démontrer que toutes les offres devaient être déclarées irrégulières ou qu'aucun soumissionnaire n'aurait dû être sélectionné.

¹² C.E., 7 novembre 2017, 239.799, *SA Franki et consorts*.

¹³ C.E., 19 décembre 2011, 216.929, *SA Putman Frères*.

¹⁴ C.E., 3 janvier 2017, 236.957, *SA Bodaware*.

¹⁵ C.E., 3 janvier 2017, 236.957, *SA Bodaware*. Voy. dans le même sens : C.E., 3 août 2018, 242.177, *SA Société d'applications et de travaux* ; C.E., 9 janvier 2018, 240.369, *SA Quintelier*.

1.2. Une personne ayant été lésée, ou risquant d'être lésée, par la violation alléguée à l'appui du recours

Au regard de cette seconde condition, la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de dégager les principes suivants.

1.2.1. Il existe des violations qui n'entraînent aucune lésion

Tel est le cas, par exemple, de la violation qui résulte de l'omission d'assortir un critère de sélection qualitative d'un « *niveau d'exigence approprié* »¹⁶. Cette omission constitue incontestablement une « *violation* »¹⁷. Cependant, lorsque le requérant a été sélectionné au regard d'un tel critère – tout irrégulière qu'il soit – le Conseil d'Etat estime que ladite violation n'a pas pu le léser. Tel est ce qui ressort d'un arrêt *CEMRE* du 12 octobre 2017 :

*« S'agissant de la violation alléguée au titre du moyen unique, elle appelle l'appréciation suivante : dès lors que la partie adverse n'a pas refusé de sélectionner la requérante, celle-ci n'a pas été lésée par l'absence de définition d'un seuil minimum pour l'un des critères relatifs à la capacité technique des soumissionnaires »*¹⁸.

1.2.2. La preuve de la lésion doit être apportée par le requérant

La charge de prouver la lésion incombe au requérant.

Dans l'arrêt *CEMRE*, le requérant avait tenté de justifier sa lésion par le fait que, si le critère de sélection litigieux avait été assorti d'un niveau d'exigence comme l'imposait la réglementation, cela aurait pu entraîner la non-sélection de plusieurs de ses concurrents et, donc, lui permettre d'obtenir le marché.

L'argument a été rejeté par le Conseil d'Etat qui relevait, notamment, que si la fixation d'un niveau d'exigence pouvait très bien jouer en faveur du requérant, elle pouvait également se retourner contre lui :

« Par ailleurs, s'il ne peut pas être exclu que, face à des conditions de sélection différentes, la requérante aurait pu bénéficier d'une plus grande chance d'obtenir le marché, il n'en demeure pas moins tout aussi possible que la fixation d'un seuil minimum relatif à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique eût pu avoir pour effet de lui rendre le marché inaccessible, de sorte que l'argument exposé en termes de plaidoiries par la requérante apparaît, à son examen, relever d'une supputation qui ne satisfait pas à l'exigence de démonstration concrète d'une lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée.

*Dès lors que la requérante n'établit pas à suffisance la lésion que, selon elle, lui aurait causée ou aurait risqué de lui causer la prétendue violation invoquée par le moyen, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée – en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée – la recevabilité de la demande de suspension de l'acte attaqué, cette demande doit être déclarée irrecevable »*¹⁹ (nous soulignons).

1.2.3. La violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant ne doit pas être déclarée fondée pour que l'intérêt au recours puisse être jugé établi, mais la lésion doit toutefois être suffisamment établie

¹⁶ Art. 65, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

¹⁷ Voy. par ex. C.E., 7 novembre 2018, 242.862, *SPRL Aira Cleaning Services*.

¹⁸ C.E., 12 octobre 2017, 239.392, *CEMRE*.

¹⁹ C.E., 12 octobre 2017, 239.392, *CEMRE*.

Dans l'arrêt *CEMRE*, le Conseil d'Etat a jugé non établie la lésion invoquée par la requérante, au motif que celle-ci relevait d'une simple « supputation ». Il convient donc que la preuve de la lésion soit rapportée avec une vraisemblance suffisante par le requérant.

Toutefois, ceci n'implique pas que le moyen dans le cadre duquel cette lésion est invoquée soit jugé fondé par le Conseil d'Etat, ni même qu'il l'examine. Tel est ce qui ressort, par exemple, d'un arrêt *Hullbridge Associated et consorts* du 17 octobre 2018, où la Haute juridiction a jugé que :

« En l'espèce, il n'est pas contesté que les requérantes ont bien eu intérêt à obtenir le marché litigieux.

Par ailleurs, à la supposer avérée, l'illégalité dénoncée [NDA : c'est-à-dire, la « violation » au sens de l'article 14 de la loi recours], qui – selon les requérantes – consiste dans le défaut de motivation formelle de l'acte attaqué, a pu léser celles-ci, en les privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours en annulation contre cet acte et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle les a, en outre, privées de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

Au regard des conditions fixées par l'article 14 précité et des éléments ainsi constatés en l'espèce, le recours doit être déclaré recevable »²⁰ (nous soulignons).

Dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat n'a pas vérifié si l'illégalité dénoncée était « avérée ». Il s'est contenté de constater qu'elle était invoquée avec une vraisemblance suffisante et qu'elle était de nature à léser le requérant. Ceci lui a suffi pour juger remplie la seconde condition de l'article 14 de la loi recours.

La même solution ressort d'un arrêt *Intermediance & Partners et consorts* du 15 décembre 2017, où le Conseil d'Etat, examinant la recevabilité du recours, a jugé que :

« Il n'est pas contesté que les requérants ont (ou ont eu) intérêt à obtenir le marché litigieux. Par ailleurs, lorsqu'à la faveur du deuxième moyen, les requérants contestent le recours à la procédure négociée sans publicité, l'illégalité [NDA : la violation] ainsi alléguée a pu les léser dès lors qu'ils n'ont pas eu l'occasion de participer à la procédure d'attribution du marché litigieux. Les requérants satisfaisant ainsi aux conditions de recevabilité édictées par l'article 14 précité, leur recours doit être déclaré recevable (...) »²¹ (nous soulignons).

Ici encore, le Conseil d'Etat, pour déclarer le recours recevable, ne s'est à aucun instant interrogé sur la question de savoir si la violation dénoncée par le requérant (recours illégal à la procédure négociée sans publicité) était effectivement fondée. La seule invocation vraisemblable de cette illégalité lui a suffi pour déclarer le recours recevable, en constatant que ladite violation avait pu léser le requérant.

1.2.4. Si une seule violation ayant lézé ou risquant de léser le requérant est invoquée, le recours sera déclaré recevable, mais le Conseil d'Etat pourra très bien censurer la décision d'attribution attaquée sur la base d'une autre violation qui n'a pas lézé ou qui ne risque pas de léser le requérant

Dans un arrêt *Jette Clean* du 5 janvier 2018, la requérante invoquait plusieurs moyens dont le deuxième était, comme le moyen unique dans l'arrêt *CEMRE* du 12 octobre 2017, tiré de l'omission de la partie adverse d'avoir assorti l'un des critères de sélection qualitative d'un niveau d'exigence approprié. Comme dans l'arrêt *CEMRE*, la requérante avait été sélectionnée au regard de ce critère. Cela n'a

²⁰ C.E., 17 octobre 2018, 242.682, *Hullbridge Associated et consorts*.

²¹ C.E., 15 décembre 2017, 240.205, *Intermediance & Partners et consorts*.

toutefois pas empêché le Conseil d'Etat de suspendre la décision d'attribution attaquée sur la base du *deuxième* moyen, après avoir jugé le recours recevable sur la base du *premier* moyen :

« [P]our être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant. (...) »

La violation alléguée dans le deuxième moyen, qui a trait aux critères de sélection qualitative, n'a pu léser la requérante au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 dès lors que son offre a été déclarée régulière sur la base de ces critères.

L'enseignement de l'arrêt n° 239.392 du 12 octobre 2017 [NDA : l'arrêt CEMRE] (...) n'est toutefois pas transposable en la présente espèce. D'une part, cet arrêt se prononce sur la recevabilité non du moyen, mais bien du recours au regard des deux conditions de recevabilité qu'impose l'article 14 [NDA : de la loi recours] (...). D'autre part, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a déclaré le recours irrecevable au motif qu'il ne satisfait pas à la seconde condition de recevabilité susvisée, aucune des violations alléguées au titre du moyen unique n'apparaissant avoir lésé, ou risqué de léser, la requérante.

Or, en la présente espèce, ni la partie adverse ni la partie intervenante ne soutiennent qu'aucune des violations alléguées au terme des trois moyens soulevés n'aurait lésé, ou risqué de léser, la requérante. En particulier, il convient de relever que le premier moyen reproche notamment à la partie adverse d'avoir déclaré l'offre de la société KÖSE CLEANING "spécifiquement conforme" pour le motif que les justifications fournies par cette dernière dans son offre seraient "acceptables" alors que ladite offre aurait dû être déclarée irrégulière en l'absence de justification adéquate de son prix très bas. La requérante invoque à cet égard ce qu'elle estime être trois irrégularités (...). La partie adverse ne conteste l'existence d'une lésion qu'en ce que le moyen dénonce la justification du tarif horaire par le recours à des travailleurs "Activa", dès lors que la requérante a elle-même justifié son tarif horaire par la circonstance qu'elle emploie de tels travailleurs. La partie intervenante, quant à elle, n'invoque pas l'irrecevabilité de ce premier moyen. Il peut en tout état de cause être considéré, prima facie, que les deux autres irrégularités alléguées à l'appui du premier moyen ont lésé ou risqué de léser la requérante.

Par conséquent, le recours satisfait aux deux conditions de recevabilité prescrites par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 (...) »²² (nous soulignons).

Il résulte donc de l'arrêt précité que, pour qu'un recours contre une décision d'attribution soit jugé recevable, il suffit au requérant d'invoquer une seule violation l'ayant lésé ou risquant de le léser. Pour le surplus, rien n'empêche le requérant d'invoquer d'autres violations ne l'ayant pas lésé ou ne risquant pas de le léser et rien n'empêche non plus le Conseil d'Etat de suspendre la décision d'attribution attaquée sur la base de l'une de ces autres violations.

2. Intérêt au recours vs. Intérêt au moyen

Dans un arrêt *Pandrol CDM Track* du 18 décembre 2017, le Conseil d'Etat était confronté à un moyen tiré une nouvelle fois de l'omission de la partie adverse d'avoir assorti plusieurs critères de sélection d'un niveau d'exigence approprié. La partie adverse contestait l'intérêt au moyen du requérant en se fondant sur les enseignements de l'arrêt *CEMRE* du 12 octobre 2017. Elle observait que, si le marché venait à être relancé sur la base d'un cahier spécial des charges où les critères de sélection étaient

²² C.E., 5 janvier 2018, 240.354, *Jette Clean* ; voy. dans le même sens : C.E., 9 juillet 2018, 242.085, *SUEZ R & R BE WALLONIE*.

cette fois assortis d'un niveau d'exigence minimum, cela pourrait très bien se retourner contre le requérant et provoquer son exclusion du marché.

Après avoir rappelé que les enseignements de l'arrêt *CEMRE* concernaient *l'intérêt au recours* et non *l'intérêt au moyen*, le Conseil d'Etat a rejeté l'exception d'irrecevabilité du moyen soulevé par la partie adverse dans les termes suivants :

« Par ailleurs, à supposer que – comme semble le suggérer la partie adverse, sans toutefois le soutenir expressément – l'appréciation de la lésion ou du risque de lésion dont il est question à l'article 14 (...) [NDA : de la loi recours] puisse présenter certaines similitudes avec celle de l'intérêt au moyen, en ce que cet intérêt peut notamment résulter d'une lésion causée par l'illégalité dénoncée, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'exigence d'intérêt au moyen, qui ne serait pas rencontrée au travers d'une lésion ou d'un risque de lésion, ne pourrait l'être sur la base d'autres éléments d'appréciation. En d'autres termes, rien n'impose au Conseil d'Etat de s'en tenir, pour l'appréciation de l'intérêt au moyen, à la seule vérification de l'existence d'une lésion ou d'un risque de lésion et, le cas échéant, au seul constat d'un défaut de lésion ou de risque de lésion.

En l'espèce, il s'impose de relever que le requérant fait valoir par des éléments concrets (...) que le chiffre d'affaires de son seul concurrent, l'attributaire du marché litigieux, était tel, au cours des dernières années, que cette entreprise n'avait pas – à raison de ce chiffre d'affaires – la capacité financière suffisante pour assurer l'exécution de ce marché. De telles précisions (...) permettent à la requérante de faire apparaître avec vraisemblance qu'en cas de révision des conditions de sélection qualitative consécutivement à un arrêt qui, retenant comme sérieux le premier moyen, ordonnerait la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, elle obtiendrait une nouvelle chance de participer utilement à la procédure d'attribution du marché et, le cas échéant, de se voir attribuer celui-ci. Cette chance suffit – au terme de débats tenus en extrême urgence, et sans préjudice de ce qu'une procédure au fond pourrait amener à décider – à admettre l'intérêt de la requérante à son moyen »²³ (nous soulignons).

L'arrêt *Jette Clean* du 5 janvier 2018 statue dans le même sens.

Différents enseignements semblent pouvoir être tirés de la jurisprudence précitée.

Primo, l'intérêt au moyen peut être établi sur la base du fait que le moyen invoque une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant, en sorte qu'un requérant aura en principe toujours intérêt au *moyen* sur la base duquel le Conseil d'Etat juge remplie la seconde exigence de l'article 14 de la loi recours relative à l'intérêt au *recours*.

Secundo, l'intérêt au moyen peut également résulter d'autres « éléments ». Parmi ceux-ci figure le fait que le moyen, s'il venait à être jugé fondé, redonnerait une chance au requérant de se voir attribuer le marché.

Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt *Jette Clean* du 5 janvier 2018, le Conseil d'Etat a jugé recevable le *moyen* pris de l'omission de la partie adverse d'avoir assorti un critère de sélection d'un seuil d'exigence. Le Conseil relevait que le moyen en question était de nature à redonner une chance au requérant de se voir attribuer le marché, au cas où il viendrait à être jugé fondé :

« Ainsi que le souligne la partie adverse, il n'est pas certain que la fixation d'un niveau d'exigence aurait entraîné l'exclusion de certains soumissionnaires, dont l'attributaire, et rien ne garantit non plus que l'offre de la requérante aurait, sur la base de ce niveau d'exigence, été déclarée régulière. Toutefois, rien ne permet de déterminer quel aurait été le niveau d'exigences qu'aurait imposé le pouvoir adjudicateur, ni quelles offres auraient, sur cette

²³ C.E., 18 décembre 2017, 240.225, *Pandrol CDM Track*.

base, été écartées au stade de la sélection. L'annulation de l'acte attaqué sur la base du second moyen présente donc un intérêt pour la requérante.

Le moyen doit dès lors être déclaré recevable »²⁴ (nous soulignons).

Pourtant, dans l'arrêt *CEMRE* du 12 octobre 2017, le Conseil d'Etat avait déclaré le *recours* irrecevable alors que le moyen unique invoqué reposait sur le même grief. A cette occasion, le Conseil d'Etat avait rejeté les arguments qu'il a retenus quelques mois plus tard dans l'arrêt *Jette Clean* :

« [S]’il ne peut pas être exclu que, face à des conditions de sélection différentes, la requérante aurait pu bénéficier d'une plus grande chance d'obtenir le marché, il n'en demeure pas moins tout aussi possible que la fixation d'un seuil minimum relatif à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique eût pu avoir pour effet de lui rendre le marché inaccessible, de sorte que l'argument exposé en termes de plaidoiries par la requérante apparaît, à son examen, relever d'une supputation qui ne satisfait pas à l'exigence de démonstration concrète d'une lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée »²⁵ (nous soulignons).

Comme on le sait, la contradiction apparente entre ces deux décisions résulte du fait que la première parle d'*intérêt au moyen* alors que la seconde parle d'*intérêt au recours*. Elle permet toutefois de mettre en lumière le fait que retrouver une chance de se voir attribuer le marché semble de nature à établir tant l'intérêt au moyen que la première condition de l'article 14 de la loi recours en ce qu'elle impose que le requérant ait (eu) intérêt à obtenir le marché litigieux. Retrouver une chance de se voir attribuer le marché est en revanche impuissant à établir la seconde condition posée par cet article, relative au fait que la violation alléguée ait lésé ou risqué de léser le requérant. Le fait que le recours soit articulé de manière telle qu'il puisse, s'il venait à être jugé fondé, redonner au requérant une chance de se voir attribuer le marché est donc, en principe, une condition non suffisante pour que le requérant y ait intérêt.

²⁴ C.E., 5 janvier 2018, 240.354, *Jette Clean*.

²⁵ C.E., 12 octobre 2017, 239.392, *CEMRE*.