

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

ARRÊT

n° 222.357 du 1^{er} février 2013

A. 197.694/G-123

En cause : la S.A. VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING
anciennement la S.A. Ets Pol Vanassche & Cie
assistée et représentée par
M^{es} Rik Honore et Nele Vercruysse, avocats,
ayant leur cabinet à 8500 Courtrai
President Kennedypark 4 A
où il est fait élection de domicile

contre :

la COMMUNE DE WEVELGEM
assistée et représentée par
Mes Dirk Van Heuven et Sofie Logie, avocats,
ayant leur cabinet à 8500 Courtrai
President Kennedypark 6/24
où il est fait élection de domicile

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 14 septembre 2010 vise l'annulation de « la délibération [du] 7.7.2010 [du Collège des bourgmestre et échevins de la commune de Wevelgem] qui a attribué le marché à la S.A. Somati Vehicles (y compris la décision implicite de ne pas attribuer le marché [à la S.A. Vanassche Firefighting Engineering]) et de la décision du 12.2.2010 qui a approuvé le cahier des charges n° 2063/01410 relatif à l'acquisition d'une autopompe pour les besoins du service d'incendie ».

II. Déroulement de la procédure

La partie adverse a introduit un mémoire en réponse et la partie requérante a introduit un mémoire en réplique.

M. Jos Stevens, premier auditeur, a rédigé un rapport.

La partie requérante et la partie adverse ont introduit un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 14 mars 2012, l'affaire a été renvoyée devant l'assemblée générale de la section du contentieux administratif.

Les parties ont été convoquées à l'audience de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, qui s'est tenue le 4 décembre 2012.

M. Johan Lust, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Fien D'Haenens, avocat, loco Mes Rik Honore et Nele Vercruysse, avocat, qui comparaît pour la partie requérante et Me Sofie Logie, avocat, qui comparaît pour la partie adverse, ont été entendues.

M. Jos Stevens, premier auditeur, a donné un avis.

Il a été fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

3. Par une décision du 12 février 2010, le conseil communal de Wevelgem approuve le cahier spécial des charges n° 2063/01410 pour le marché public par appel d'offres général en vue de l'acquisition d'une autopompe pour le service d'incendie. Les critères d'attribution sont : 1. la qualité technique, 2. la sécurité, 3. le délai de livraison, et 4. le prix. Cette décision du conseil communal du 12 février 2010 constitue le *troisième objet* du recours.

L'ouverture des soumissions a lieu le 13 avril 2010. La requérante, entre autres, a déposé une offre.

Le rapport d'examen des offres du 23 juin 2010 propose d'attribuer le marché à la S.A. Somati Vehicles, qui figure à la première place du classement final, avec 94,395 points, et qui est ainsi l'entreprise dont l'offre régulière est économiquement la plus avantageuse.

Le 7 juillet 2010, le collège des bourgmestre et échevins décide d'approuver le rapport d'examen des offres et d'attribuer le marché à la S.A. Somati Vehicles,. Cette délibération constitue le *premier objet* du recours. Le refus qui en découle d'attribuer le marché à la requérante constitue le *deuxième objet* du recours.

IV. Recevabilité

A. Décision irrégulière d'agir en justice

Point de vue de la partie adverse

4. Dans la première de ses quatre exceptions d'irrecevabilité, la partie adverse soutient que les conseils de la requérante n'ont pas été régulièrement habilités à introduire le recours; en effet, le conseil d'administration leur a donné

mandat pour introduire une requête « en intervention ».

Appréciation

5. Par décision du 13 septembre 2010, le conseil d'administration de la requérante a décidé d'introduire un recours. La partie adverse ne conteste d'ailleurs pas ce fait.

Il est dès lors acquis que c'est l'organe compétent de la personne morale qui a dûment décidé d'agir en justice. L'emploi d'une terminologie inadéquate par la suite, dans le mandat conféré par le conseil d'administration à ses conseils, n'y change rien.

L'exception est rejetée.

B. Tardiveté en ce qui concerne le troisième objet

Point de vue des parties

6. Selon une deuxième exception, la requérante avait au moins connaissance, à la date du dépôt de sa soumission le 13 avril 2010, du cahier spécial des charges approuvé par décision du conseil communal du 12 février 2010. Le délai de soixante jours pour introduire un recours contre cette décision est largement dépassé. Le recours est tardif en ce qui concerne cette décision.

7. Dans son mémoire en réplique, la requérante rétorque qu'il ressort de l'arrêt du Conseil d'État n° 152.173 du 2 décembre 2005, en cause la S.A. Labonorm, que son recours n'est pas tardif par rapport à la décision du 12 février 2010. Selon elle, cet arrêt « reconnaît expressément que la décision ayant fixé le cahier des charges peut encore être attaquée après la décision d'attribution ».

Appréciation

8. La requérante interprète l'arrêt, ainsi que la jurisprudence qu'elle cite, d'une manière erronée.

Il convient de distinguer la recevabilité *ratione temporis* du recours qui est directement dirigé contre le cahier des charges et la possibilité, nonobstant l'absence d'un tel recours, d'invoquer encore de manière recevable les irrégularités qui entacheraient le cahier des charges dans le cadre d'un recours contre des décisions ultérieures intervenant dans la procédure d'attribution. Le passage de l'arrêt dans lequel la requérante cherche à trouver appui ne concerne que ce dernier cas de figure.

Dans la mesure où la requérante entend attaquer directement le cahier des charges, elle doit le faire dans le délai prescrit de soixante jours. Il ne s'avère pas, et la requérante ne l'affirme même pas, que cette condition est remplie en l'espèce.

Il y a par conséquent lieu d'accueillir l'exception. Le recours est irrecevable en tant qu'il vise l'annulation de la décision du conseil communal du 12 février 2010.

C. Défaut d'intérêt pour attaquer le premier objet

Point de vue de la partie adverse

9. Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que la requérante ne justifie pas de l'intérêt requis en droit pour attaquer la décision d'attribution. En effet, le marché sera déjà exécuté au moment où il sera statué sur le recours et la requérante ne poursuit pas d'autre objectif que l'obtention de dommages et intérêts. Il est vrai qu'elle aurait pu introduire une demande de suspension d'extrême urgence contre la décision d'attribution « en vue d'une

exécution effective du marché, ce qui constitue l'unique but du dépôt d'une soumission », mais elle a omis de le faire. De ce fait, la partie adverse se trouve elle aussi dans une situation moins favorable : si une telle demande de suspension d'extrême urgence avait été introduite et si le Conseil avait jugé que la décision d'attribution est irrégulière, elle aurait « encore pu prendre une nouvelle décision d'attribution ».

Dans son dernier mémoire, la partie adverse souligne que l'intérêt qui se limite à appuyer une demande d'indemnités est trop éloigné de la nature et de la finalité d'un recours en annulation puisque l'avantage visé est sans rapport avec la disparition de la délibération de l'ordonnancement juridique.

Appréciation

10. En tant que soumissionnaire dans le cadre d'un marché public contesté, la requérante a ou a eu un intérêt à obtenir le marché. En outre, la violation alléguée a lésé la requérante, en ce qu'elle a précisément eu pour effet que le marché ne lui a pas été attribué mais l'a été à un autre soumissionnaire. La requérante justifie dès lors d'un intérêt suffisant pour faire annuler cette décision d'attribuer le marché à un tiers.

La circonstance qu'un contrat a été conclu entre-temps et que ce contrat serait même déjà exécuté n'enlève rien à cet intérêt. L'intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution, par exemple, est en principe apprécié indépendamment du contrat qui fait suite à celle-ci. Il est inhérent au recours contre un tel acte, dit détachable, qu'il reste sans effet direct sur le contrat, à propos duquel ce n'est pas le Conseil d'État mais le juge ordinaire qui est compétent.

Le fait que la requérante n'a pas tenté d'éviter par une demande en suspension d'extrême urgence que le contrat soit conclu et exécuté n'y change rien non plus.

L'exception est rejetée.

D. Défaut d'intérêt pour attaquer le deuxième objet

Point de vue de la partie adverse

11. Dans une quatrième exception, la partie adverse soutient que la requérante n'a pas d'intérêt dans la mesure où le recours est dirigé contre le refus de lui attribuer le marché.

Dans le mémoire en réponse, il est précisé qu'aucun des moyens invoqués par la requérante n'implique l'obligation juridique de lui attribuer le marché, que dans le cas d'un appel d'offres, l'autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire et que le Conseil d'État ne peut se substituer au pouvoir adjudicateur pour décider de l'attribution du marché. Selon la partie adverse, la requérante ne démontre dès lors pas quel est son intérêt à obtenir aussi l'annulation du refus implicite en plus de l'annulation de la décision d'attribution.

Dans le dernier mémoire, la partie adverse constate que l'auditeur se rallie à la thèse selon laquelle l'exception est fondée et estime que la requérante ne réagit pas. Elle en déduit « que la partie requérante n'insiste plus et que le recours doit être déclaré irrecevable en ce qu'il attaque le refus implicite de ne pas lui attribuer le marché ».

Appréciation

12. Dans le dernier mémoire, la requérante demande expressément que la procédure soit poursuivie et que l'annulation soit ordonnée, y compris l'annulation de la décision de ne pas lui attribuer le marché. Il est dès lors faux d'affirmer que la requérante n'insisterait plus pour que son recours soit accueilli en ce qui concerne le deuxième objet.

13. Lorsqu'un avantage déterminé, comme en l'espèce l'attribution d'un marché public en vue de l'acquisition d'une autopompe, est mis en concurrence et que cet avantage est, en fin de compte, explicitement accordé à l'un des soumissionnaires, cette décision d'attribution doit en règle générale faire apparaître, ipso facto et nécessairement, que l'avantage en question n'est pas accordé aux autres soumissionnaires. Si, à la suite du recours d'un candidat évincé, la décision d'attribution explicite est annulée, le refus d'accorder l'avantage aux autres soumissionnaires disparaît du même coup, dans la mesure où il ne pouvait être déduit que de l'existence de la décision d'attribution.

Il n'en reste pas moins que dans pareils cas, la jurisprudence a admis qu'un requérant, outre l'annulation de l'attribution du marché au concurrent, peut également, à titre supplémentaire, demander et obtenir l'annulation du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause. La technique jurisprudentielle de l'annulation supplémentaire du refus implicite vise à procurer au requérant des garanties plus larges sur le plan du rétablissement de la légalité auquel doit procéder l'autorité après une annulation.

14. Certes, selon l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, cette technique jurisprudentielle doit être réservée à des cas exceptionnels.

Par excellence, pareil cas exceptionnel est celui dans lequel le requérant démontre spécifiquement, dans ses moyens, que l'avantage accordé au tiers devait au contraire lui être attribué. Cela n'implique pas nécessairement que le requérant doit se prévaloir d'une disposition légale ou réglementaire sur la base de laquelle l'avantage devait lui être accordé. Même lorsque l'autorité disposait initialement d'une marge d'appréciation discrétionnaire, il peut être possible que dans le cadre du recours en annulation, compte tenu de toutes les circonstances concrètes de la cause, il faille admettre que cette autorité ne peut (plus) légalement refuser d'accorder l'avantage au requérant.

D'autres cas exceptionnels de ce type ne sont pas à exclure *a priori*, mais leur caractère exceptionnel doit de toute façon toujours avoir été argumenté d'une manière convaincante et pertinente par le requérant.

15. Dans ce contexte, on ne peut admettre que le recours contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché après un appel d'offres au requérant serait *a priori* irrecevable.

À tout le moins faut-il toujours examiner, en vue de statuer sur le recours supplémentaire contre le refus implicite d'attribuer le marché au requérant, si celui-ci invoque un moyen qui, eu égard à tous les éléments dont il faut tenir compte dans le cadre du recours, aboutit à la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que d'attribuer le marché au requérant.

L'exception examinée ne peut donc faire obstacle à un examen des moyens qui sont invoqués à l'encontre de la décision de refus implicite. L'appréciation de l'exception conduit à l'examen du fond du litige et se confond avec celui-ci.

16. En l'occurrence, en réponse à l'exception, la requérante fait valoir qu'elle « estime que le marché a été indûment attribué à Somati Vehicles et que c'est à elle que le marché devait être attribué ». Elle soulève deux moyens. Le premier moyen n'est explicitement pas dirigé contre le refus implicite; le deuxième par contre vise expressément et spécialement le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante.

Dans ce deuxième moyen, la requérante soutient essentiellement que la soumission de la bénéficiaire, la S.A. Somati Verhicles, est entachée d'une nullité substantielle et devait être écartée par la partie adverse.

À cet égard, les premières constatations du Conseil d'État révèlent que, dans le classement final du 23 juin 2010 sur lequel est fondée

l'attribution attaquée, la soumission de la requérante a été classée comme étant la troisième offre la plus avantageuse (avec 92,28 points) et que la deuxième candidate la mieux classée (la S.A. Garage Dias & Zn., avec 92,84 points) n'a pas introduit de recours contre l'attribution du marché mais est resté inactive et ce faisant, dans le cadre du présent recours, est déchue de ses droits à l'attribution du marché découlant du classement final.

Ce moyen n'a pas été examiné. Il y a donc lieu de procéder à un complément d'instruction de l'auditorat.

**PAR CES MOTIFS
LE CONSEIL D'ÉTAT DECIDE :**

1. Les débats sont rouverts.

2. Le membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général est chargé d'un complément d'instruction.

3. L'affaire est renvoyée à la XIIe chambre.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique du premier février deux mille treize, par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif, composée de :

MM.	Roger Stevens,	président du Conseil d'État,
	Dierk Verbiest,	président de chambre,
	Michel Leroy,	président de chambre,
	André Vandendriessche,	président de chambre,
Mme	Odile Daurmont,	président de chambre,
MM.	Jacques Vanhaeverbeek,	président de chambre,
	Paul Lewalle,	conseiller d'État,
	Daniël Moons,	conseiller d'État,
	Johan Lust,	conseiller d'État,

Mme	Simone Guffens,	conseiller d'État,
M.	Geert Van Haegendoren,	conseiller d'État,
Mme	Colette Debroux,	conseiller d'État,
MM.	Eric Brewaeys,	conseiller d'État,
	Imre Kovalovszky,	conseiller d'État,
	Pierre Lefranc,	conseiller d'État,
	Jan Clement,	conseiller d'État,
	Michel Pâques,	conseiller d'État,
	Luc Cambier,	conseiller d'État,
	Bert Thys,	conseiller d'État,
	Pierre Barra,	conseiller d'État,
Mme	Diane Déom,	conseiller d'État,
M.	David De Roy,	conseiller d'État,
Mme	Danièle Langbeen,	greffier en chef.

Le greffier en chef,

Le président du Conseil d'État,

Danièle Langbeen

Roger Stevens