CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

A R R Ê T

n° 222.358 du 1er février 2013
A. 197.685/G-124

En cause : la S.P.R.L. ALGEMENE BOUWONDERNEMING DILLEN
assistée et représentée par
Me Noël Devos, avocat
ayant son cabinet à 2440 Geel
Diestseweg 155
où il est fait élection de domicile

contre :

la VILLE D'ANVERS
assistée et représentée par
Mes David D'Hooghe et Leopold Schellekens, avocats
ayant leur cabinet à 1000 Bruxelles
rue de Loksum 25
où il est fait élection de domicile

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 10 septembre 2010, a pour objet l'annulation de « la décision du Collège des bourgmestre et échevins de la ville d'Anvers du 9 juillet 2010 (référence 8768) refusant d'attribuer à [la S.P.R.L. Algemene Bouwonderneming Dillen] le marché faisant l'objet du cahier spécial des charges n° 2008/6018A relatif à un contrat sur demande de plusieurs années pour la réalisation du nouveau concept d'aménagement dans 18 bureaux d'accueil de la police locale ».

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 Sofie Cauwenberghs, avocat, loco Me Noël Devos, avocat, qui comparaît pour la partie requérante et Me Léopold Schellekens, avocat, loco Me David D'Hooghe, avocat, qui comparaît pour la partie adverse, ont été entendus.

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. La ville d'Anvers a lancé un marché par appel d'offres général dénommé « contrat sur demande de plusieurs années pour la réalisation du nouveau concept d'aménagement dans 18 bureaux d'accueil de la police locale d'Anvers ». Selon le cahier des charges applicable, le contrat pluriannuel est conclu pour uniformiser et faciliter la réalisation du nouveau concept

d'aménagement dans dix-huit bureaux d'accueil de la police locale d'Anvers. Le contrat pluriannuel comporte deux lots : le lot I concerne l'aménagement, le lot II porte sur les techniques et travaux de construction généraux. Le marché sera attribué au soumissionnaire qui aura déposé l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution, qui sont 1. les prix unitaires, 2. le plan d'approche et 3. la proposition de prix selon le métré effectif (dossier Handelsstraat).

La requérante dépose une offre aussi bien pour le lot I que pour le lot II.

Le 18 juin 2010, le collège des bourgmestre et échevins décide d'attribuer le contrat sur demande de plusieurs années pour le réaménagement des bureaux d'accueil de la police locale à la S.A. Vanhout en Zonen en ce qui concerne le lot I et à la S.A. Renovatiebouw Van Broeckhoven en ce qui concerne le lot II. La décision est rapportée le 2 juillet 2010 en raison du « caractère incomplet de l'évaluation de ce dossier ».

Une nouvelle décision d'attribution est prise le 9 juillet 2010. Le lot I est attribué à la S.A. Vanhout en Zonen, qui obtient un score de 62,5% (« = résultat le plus élevé de toutes les soumissions pour le lot 1 »). Avec 60%, la requérante a obtenu le deuxième score le plus élevé. Le lot II est attribué à la S.A. Renovatiebouw Van Broeckhoven.

Par lettre du 14 juillet 2010, il est notifié à la requérante qu'il a été décidé de ne pas lui attribuer le marché. La décision d'attribution du 9 juillet 2010 figure en annexe.

IV. Précision de l'objet

Exception

4. Dans le mémoire en réponse, la partie adverse soutient que « telle qu'elle est libellée par la partie requérante, la décision attaquée de la ville d'Anvers du 9 juillet 2010 indique que seule cette décision de refus [d'attribuer le marché à la partie requérante] est attaquée ».

Appréciation

5. L'exception témoigne d'une lecture incorrecte et sélective de la requête. Pour autant d'ailleurs qu'il y ait effectivement des observations à formuler sur la précision avec laquelle la requérante a défini l'objet de son recours, ces observations sont manifestement imputables à la partie adverse elle-même.

6. Dans la lettre de notification du 14 juillet 2010 adressée à la requérante, la partie adverse a communiqué ce qui suit :

> « Vous avez soumis une offre pour le marché faisant l'objet du cahier des charges numéro 008/6018A relatif à un contrat sur demande de plusieurs années pour la réalisation du nouveau concept d'aménagement dans 18 bureaux d'accueil de la police locale. Nous vous en remercions.
> L'administration a toutefois décidé de ne pas vous attribuer le marché. Vous trouverez ci-joint la décision motivée.
> […]
> À toutes fins utiles, veuillez trouver en annexe des informations concernant les différentes voies de recours ».

En s'exprimant de la sorte, la partie adverse même incite la requérante à se référer à la décision d'attribution motivée du 9 juillet 2010, jointe à la lettre, comme étant une décision par laquelle l'administration a refusé de lui attribuer le marché.

7. Toujours est-il que la requête révèle incontestablement que la

requérante attaque non seulement le refus de lui attribuer le marché – pour le lot I – mais également la décision d'attribuer le marché – pour ce même lot I – à la S.A. Vanhout en Zonen.

En effet, la désignation de l'objet du recours reproduite à la page 1 de la requête s'énonce en toutes lettres comme suit :

> « La partie requérante a l'honneur, en application de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, de former un recours contre la décision du Collège des bourgmestre et échevins de la ville d'Anvers du 9 juillet 2010 (référence 8768), refusant d'attribuer à la requérante le marché faisant l'objet du cahier des charges numéro 2008/6018A relatif à un contrat sur demande de plusieurs années pour la réalisation du nouveau concept d'aménagement dans 18 bureaux d'accueil de la police locale. [À cet égard, la note infrapaginale 1 renvoie à la lettre de notification du 14 juillet 2010 et ses annexes.]
> Il ressort des éléments qui précèdent que l'adjudication approuvée attribuant le marché pour le lot 1, à savoir les travaux d'aménagement, à la firme Vanhout en Zonen S.A., et le marché pour le lot 2, à savoir les techniques et travaux de construction généraux, à la firme Renovatiebouw Van Broekhoven S.A., a été attaquée.
> La présente requête attaque la décision précitée relative au lot 1. Concernant ce lot, la requérante a été classée deuxième avec 60 points après pondération des critères d'attribution, tandis que la S.A. Vanhout en zonen S.A. a obtenu 62,5 points ».

8. Il n'est dès lors pas étonnant que dans le mémoire en réplique, la requérante rétorque, à propos de l'exception, que son recours contre la décision de ne pas lui attribuer le marché « contient évidemment le recours contre la décision d'attribuer le marché à la firme Vanhout en zonen S.A. ».

9. Le Conseil d'État déduit de ce qui précède que l'objet du recours doit être identifié et précisé comme suit :

1. la délibération du Collège des bourgmestre et échevins de la ville d'Anvers du 9 juillet 2010 d'attribuer à la S.A. Vanhout en Zonen le lot I, travaux d'aménagement en vue de relooker les bureaux de réception et d'accueil de la police sur la base d'un contrat sur demande de plusieurs années, et

2. le refus implicite, déduit de cette décision, d'attribuer le même marché à la

requérante.

L'exception manque par conséquent en fait.

V. Recevabilité

Exception

10. Selon le mémoire en réponse, le recours est irrecevable dans la mesure où il est dirigé contre la décision refusant d'attribuer le marché à la requérante. Il précise que dans le cadre d'un appel d'offres, la partie adverse dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les critères d'attribution, que ni le Conseil d'État ni la requérante ne peuvent substituer leur appréciation à celle de l'autorité et qu'il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur était juridiquement obligé d'attribuer le marché à la requérante.

Appréciation

11. Lorsqu'un avantage déterminé, comme en l'espèce l'attribution d'un marché public en vue de la réalisation d'un concept d'aménagement dans des bureaux d'accueil de la police, 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 evincé, 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.

12. 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.

13. 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.

14. En l'occurrence, la requérante fait valoir – dans sa requête, dans le mémoire en réplique et dans le dernier mémoire – que si la procédure s'était déroulée correctement, elle aurait été classée première et le marché lui aurait été attribué. Elle soulève deux moyens à cet effet.

Le rapport de l'auditorat n'aborde pas les moyens.

VI. Évolution du recours

15. Les conclusions du rapport de l'auditorat n'offrent pas de solution au litige. Il y a lieu d'ordonner un complément d'instruction.

PAR CES MOTIFS
LE CONSEILD'ÉTAT DÉCIDE :

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 devant la XIIe chambre.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique du premier 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**