

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.320 du 10 septembre 2014

G./A.206.966/VI-19.770

En cause : **la société privée à responsabilité limitée unipersonnelle
SOLHEID LOCATION,**

ayant élu domicile chez
Mes Paul CRAHAY et
Evelyne LANGENAKEN, avocats,
rue Louvrex, n° 55-57,
4000 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par
la Ministre de la Justice,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 5 novembre 2012, la société privée à responsabilité limitée unipersonnelle SOLHEID LOCATION demande la suspension de l'exécution et l'annulation de "la décision du 22 octobre 2012 du Service Public Fédéral Justice (SPF Justice), relative à l'octroi d'un marché public concernant l'enlèvement des immondices pour le compte du SPF Justice - direction générale EPI établissements pénitentiaires - prisons de Lantin – (cahier spécial des charges n° 2012 Lantin)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 223.371 du 3 mai 2014 a rejeté la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

La partie requérante a demandé la poursuite de la procédure.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 3 septembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Evelyne LANGENAKEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Sophie ADRIAENSSEN, loco Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Par un courrier daté du 23 novembre 2011, le service public fédéral Justice a demandé à l'inspecteur des finances de donner un avis sur un projet de marché public de services, à passer selon le mode de l'adjudication publique, ayant pour objet l'enlèvement des immondices à la prison de Lantin.

III. 2. Le 25 novembre 2011, l'inspecteur des finances a émis un avis favorable.

III. 3. Le 10 décembre 2011, un avis de marché a été publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

III. 4. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° "2012, Lantin – Immondices".

III. 5. Le 27 février 2012, trois offres ont été recueillies par les services de la partie adverse, dont celle de la requérante.

III. 6. Le 17 juillet 2012, les services de la partie adverse ont demandé l'avis de l'inspecteur des finances sur le projet d'attribution du marché à la société anonyme SHANKS LIEGE LUXEMBOURG.

Un avis favorable a été formulé par l'inspection des finances le 23 août 2012.

III. 7. Le 5 septembre 2012, la Ministre de la Justice a attribué le marché public litigieux à la société SHANKS LIEGE LUXEMBOURG.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 8. Par un courrier du 22 octobre 2012, la requérante a été avertie de ce qu'elle ne pouvait être sélectionnée.

IV. DEUXIÈME MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A) Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation du principe général de bonne administration.

Elle y expose que l'acte attaqué viole le principe général visé au moyen car la partie adverse, pleinement informée de ses capacités techniques par l'octroi précédent de marchés publics identiques, n'a pas fait usage de la possibilité offerte par l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ni n'avait réclamé les documents lors de la précédente adjudication, que la partie adverse a violé ses attentes légitimes, que la partie adverse avait l'obligation de l'entendre au sujet des reproches qui ont servi de motifs et que la partie adverse devait prendre en considération tous les éléments pertinents du dossier.

B) Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la requérante ne détermine pas précisément ce qu'elle entend par principe général de bonne administration, qu'elle n'explique pas

quelle règle a été violée, que le moyen est irrecevable, que l'autorité adjudicatrice n'avait aucune obligation d'appliquer l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'il s'agit d'une pure faculté, que le principe général *audi alteram partem* et celui des droits de la défense ne s'appliquent pas en matière de marchés publics, que la partie requérante n'aborde aucune des conditions relatives à l'applicabilité du principe général de confiance légitime, que les relations préexistantes avec l'autorité adjudicatrice ne permettent pas au candidat d'échapper aux exigences du cahier spécial des charges en matière de sélection qualitative, qu'en procédant comme le suggère la partie requérante, elle aurait violé le principe d'égalité et qu'aucun des trois motifs invoqués par la partie requérante n'est pertinent.

C) Mémoire en réplique

La requérante reproduit largement le contenu de la requête et ajoute que la partie adverse a demandé des pièces complémentaires au soumissionnaire SHANKS afin de trancher la question de la recevabilité de son offre, que la partie adverse a porté atteinte à ses attentes et à sa confiance légitimes, que le citoyen doit pouvoir se fier à une ligne de conduite déterminée par l'autorité administrative, que, par le passé, l'autorité adjudicatrice avait adopté une ligne de comportement et qu'elle l'a changée dans le cadre du marché litigieux.

D) Dernier mémoire de la requérante

La requérante fait valoir qu'elle ne peut être contrainte de prouver que la partie adverse ne lui a pas réclamé des certificats ou des déclarations sur l'honneur pour de précédents marchés publics où cette obligation figurait, car cela reviendrait à lui imposer de rapporter la preuve d'un fait négatif. Après avoir rappelé que la société SHANKS a été invitée à déposer des pièces complémentaires, elle soutient qu'il ne saurait s'agir d'un traitement préférentiel dont elle se revendiquerait lorsqu'elle reproche au S.P.F. Justice de n'avoir pas sollicité des documents complémentaires dès lors que, précisément, d'autres candidats ont bénéficié de cet avantage. Elle en conclut que c'est d'un traitement discriminant négatif qu'elle a fait l'objet.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Si le principe de bonne administration dont le moyen invoque la violation s'identifie à l'obligation de respecter les attentes qu'une ligne de conduite précédemment suivie par l'autorité a légitimement fait naître chez l'administré, encore faut-il établir de manière convaincante cette ligne de conduite.

En l'espèce, la requérante ne produit aucun élément qui permettrait d'identifier les marchés précédents dont elle se prévaut et les circonstances dans lesquelles ils ont été attribués.

Dans ces conditions qui ne permettent pas de retracer une ligne de conduite dont il est reproché à la partie adverse de s'être écartée, le moyen ne peut être examiné en tant qu'il formule ce grief.

Par ailleurs, dans le cadre du marché litigieux, les contacts que le pouvoir adjudicateur pouvait avoir avec les soumissionnaires au cours de la phase de sélection qualitative étaient régis par l'article 72, paragraphe 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 royal relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, laquelle disposition accordait au pouvoir adjudicateur la faculté d'inviter les soumissionnaires à compléter ou expliciter les documents ou certificats présentés. Le principe *audi alteram partem* n'était donc pas applicable en l'espèce.

Enfin, si, en soutenant que la partie adverse était tenue de prendre en considération tous les éléments pertinents du dossier, le moyen dénonce une méconnaissance du devoir de minutie auquel peut s'identifier le principe de bonne administration dont la violation est invoquée, la requérante n'y expose toutefois pas en quoi la partie adverse n'aurait pas pris en considération tous les éléments pertinents du dossier dans la mesure où la requérante n'a pas déposé les certificats ou attestations imposés par le cahier spécial des charges et où la partie adverse ne pouvait, à peine de violer le principe *patere legem quam ipse fecisti* et le principe d'égalité de traitement, sélectionner un soumissionnaire n'ayant déposé aucune des pièces requises en vue de l'examen de la sélection qualitative.

Pour le surplus, il n'y a pas lieu d'avoir égard au prétendu "traitement discriminant négatif" évoqué pour la première fois, au titre de ce moyen, dans le dernier mémoire.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être accueilli.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A) Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

En une première branche, elle y expose que la décision attaquée viole la disposition visée au moyen en déclarant son offre irrégulière car aucune irrégularité substantielle n'est relevée, que, par le passé, la partie adverse a eu régulièrement recours à ses services, qu'elle a assuré le marché public dont question depuis le 1^{er} janvier 2000, que le pouvoir adjudicateur avait pleine connaissance de ses capacités techniques et de ses pleines possibilités d'assumer le nouveau marché public, que, dans ce contexte, elle a omis de déposer les certificats ou déclarations sur l'honneur requis par l'article 12.3.1. du cahier spécial des charges, que ces documents ne lui avaient pas été réclamés lors des précédentes adjudications, qu'elle pensait la partie adverse suffisamment informée, que l'absence de dépôt de références ou de déclarations sur l'honneur n'a pas constitué la violation d'une disposition essentielle du cahier spécial des charges, que, de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de l'article 110, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il se déduit que la critère de la capacité technique, s'il peut être considéré comme essentiel par le pouvoir adjudicateur, n'est pas a priori repris comme tel dans la législation, que l'obligation du cahier spécial des charges relative au dépôt de certificats prouvant une capacité technique suffisante ne concernait pas une condition essentielle du marché, notamment au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que, ne revêtant pas de caractère substantiel, l'irrégularité commise ne saurait constituer une motivation suffisante justifiant sa non-sélection, qu'il ne pouvait s'agir que d'une irrégularité relative, que l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec le soumissionnaire afin de compléter la teneur de l'offre, que, étant informée de sa capacité et n'ayant pas recouru au mécanisme de l'article 115, la partie adverse a adopté une attitude abusive et qu'en tout état de cause, la décision attaquée est insuffisamment motivée.

En une deuxième branche, la requérante expose que le rapport d'analyse des offres ne lui a pas été transmis, qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'exercer pleinement les recours mis à sa disposition, qu'elle a tout lieu de croire que, pour ce

qui concerne les prix, son offre était la plus basse, qu'elle tire cette présomption des précédents marchés publics qui lui ont été attribués, qu'elle a été mise dans l'impossibilité de le démontrer plus avant dès lors que la décision attaquée se limite à l'informer des motifs de son éviction sans lui donner accès au contenu des offres des autres soumissionnaires et au rapport d'analyse des offres et que la décision attaquée est ainsi insuffisamment motivée.

B) Mémoire en réponse

Pour ce qui concerne la première branche, la partie adverse répond, en substance, que la partie requérante confond de manière systématique les phases de sélection qualitative et d'examen de régularité des soumissions, qu'il s'agit de deux étapes distinctes, que la sélection qualitative a pour but de s'assurer que le candidat sera capable de réaliser le marché public avec un niveau de qualité suffisant pour répondre aux exigences de l'autorité adjudicatrice, qu'avant de comparer et de classer les soumissions, l'autorité adjudicatrice doit procéder à la phase de vérification de la régularité des soumissions, c'est-à-dire, leur conformité aux conditions du cahier spécial des charges afin d'éliminer les soumissions entachées d'irrégularités substantielles, que la décision attaquée est une décision de non-sélection qualitative, que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable au marché public querellé, que l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permettait à l'autorité adjudicatrice de préciser les références nécessaires à la sélection qualitative, que les articles 90, § 2, et 99 du même arrêté royal obligent le candidat à joindre les pièces demandées et ne lui permettent pas de se prévaloir des vices de forme de son offre, que le cahier spécial des charges applicable au marché public querellé imposait cinq références dans les trois dernières années prouvées par des certificats ou des déclarations sur l'honneur, que la partie requérante a omis de déposer de telles pièces, que l'autorité adjudicatrice ne pouvait dès lors la sélectionner, que la circonstance que l'autorité adjudicatrice ait eu une éventuelle connaissance antérieure des capacités techniques de la requérante ne la dispense pas de déposer un dossier complet, que l'autorité adjudicatrice n'aurait pu tenir compte d'autres éléments que ceux joints à l'offre sans violer le principe d'égalité des soumissionnaires et les dispositions du cahier spécial des charges, que la motivation formelle de la décision de non-sélection qualitative est dès lors adéquate, que l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est formellement applicable à la procédure d'appel d'offres et non d'adjudication, qu'il ne s'agit pas d'un droit dans le chef des soumissionnaires dès qu'un manquement est constaté dans leur offre mais bien d'une simple faculté offerte au pouvoir adjudicateur, que l'intangibilité des soumissions est un principe fondamental, que le Conseil d'État admet que l'autorité adjudicatrice peut écarter une

soumission incomplète et que l'autorité adjudicatrice ne pouvait prendre contact avec la partie requérante pour pallier l'absence totale de références techniques.

S'agissant de la deuxième branche, la partie adverse répond que la loi du 24 décembre 1993 règle l'information des participants à une procédure de marché public, que le soumissionnaire non sélectionné ne peut prétendre qu'à une communication des motifs de sa non-sélection qualitative, que l'autorité adjudicatrice a respecté ce prescrit, que, même si une irrégularité a été commise dans la communication de la décision, quod non, il ne s'agirait que de la violation d'une formalité post-décisoire non susceptible de vicier l'acte attaqué, que le moyen est dès lors inopérant et irrecevable, qu'à l'inverse de ses affirmations, elle a pu exercer les recours mis à sa disposition, que la partie requérante reste en défaut de démontrer que son offre n'a pas été sélectionnée à tort et qu'il ne lui est d'aucune utilité d'avoir accès au contenu des offres ni au rapport d'analyse des offres.

C) Mémoire en réplique

La requérante reproduit très largement le contenu de la requête en annulation et ajoute, pour ce qui concerne la première branche, que la partie adverse a pris la peine d'écrire à SITA WALLONIE pour obtenir des informations complémentaires sans le faire à son égard, et, pour ce qui concerne la deuxième branche, que l'autorité adjudicatrice a permis à SHANKS LIÈGE LUXEMBOURG de déposer des documents.

D) Dernier mémoire de la requérante

La requérante soutient que le principe d'égalité des soumissionnaires a bien été violé à son encontre puisque la partie adverse n'a pas manqué de prendre contact avec la société SITA WALLONIE afin d'obtenir des documents complémentaires. Elle estime que ce principe d'égalité imposait à la partie adverse de la contacter pour l'inviter à compléter son dossier. Elle rappelle, par ailleurs, que sa collaboration avec le S.P.F. Justice a commencé en 2000. Elle estime enfin que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 était bien entré en vigueur à l'époque de la passation du marché litigieux.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen reproche à la partie adverse de n'avoir pas motivé à suffisance sa décision par laquelle elle déclare irrégulière l'offre de la requérante. Les développements de ce moyen supposent également, pour l'essentiel, que l'offre de la requérante aurait été déclarée irrégulière.

Ces critiques reposent toutefois sur une lecture inexacte de l'acte attaqué, qui ne s'est pas prononcé sur la régularité de l'offre de la requérante, mais sur les mérites de sa candidature, au titre de la sélection qualitative.

Le moyen qui procède de cette conception manque en fait.

Pour le surplus, la requérante dénonce, dans son mémoire en réplique et son dernier mémoire, une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires, déduite de ce qu'elle n'aurait pas été invitée à compléter son dossier de candidature, alors que les deux autres soumissionnaires l'auraient été.

Il ne ressort d'aucune pièce que la société SITA WALLONIE, qui – à l'instar de la requérante – n'avait produit aucune référence utile de services prestés les trois dernières années, aurait été invitée à compléter son dossier de candidature.

La société SHANKS LIEGE LUXEMBOURG a effectivement été invitée à compléter son dossier de candidature, moins lacunaire toutefois que ceux de la requérante et de la société SITA WALLONIE.

Dans ces circonstances, il n'est pas établi que la partie adverse se serait abstenue d'user de la faculté que lui réservait l'article 72, paragraphe 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, dans des conditions attentatoires au principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Dans la mesure où il invoque la violation de ce principe, le moyen ne peut davantage être accueilli.

Quant à la deuxième branche

En dénonçant le fait que le rapport d'analyse des offres ne lui a pas été transmis, et en déplorant les conséquences de cette situation sur l'exercice des recours qui lui seraient ouverts, la requérante ne formule aucune critique susceptible de révéler un vice qui entacherait d'illégalité l'acte attaqué.

Par ailleurs, si le moyen doit s'interpréter en ce sens que la requérante soutient être privée de la possibilité de critiquer la décision d'attribution du marché litigieux à la société SHANKS LIÈGE LUXEMBOURG, il s'impose de constater que ni le premier moyen, en sa première branche, ni le second moyen ne permettent d'établir quelque illégalité qui vicierait la décision de ne pas sélectionner l'offre de la requérante.

Dans ces circonstances, la requérante n'a, en toute hypothèse, pas intérêt à critiquer la décision par laquelle le marché a été attribué et le fait que le rapport d'attribution des offres ne lui a pas été transmis.

En sa seconde branche, le moyen ne peut être accueilli.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
dix septembre deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.