

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 244.565 du 21 mai 2019

A. 220.385/VI-20.872

En cause : **la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Yves SCHNEIDER et
Marie BOURGYS, avocats,
avenue Alphonse Valkeners 5/1
1160 Bruxelles,

contre :

la Communauté française, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e Anne FEYT, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 novembre 2016, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED demande l'annulation de "la décision du 14 septembre 2016 par laquelle la partie adverse a déclaré son offre irrégulière et a attribué le marché public de travaux portant sur la mise en conformité et la rénovation de l'implantation administrative sise à Bruxelles 1040 — rue du Commerce, n^o 68A, à la S.A. LIXON".

II. Procédure

Un arrêt n^o 243.863 du 1^{er} mars 2019 a rouvert les débats et a fixé l'audience à la date du 3 avril 2019 à 10 heures. Il a été notifié aux parties.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, Premier auditeur, a été entendue en son avis.

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. Exposé des faits utiles

Les faits utiles ont été exposés dans l'arrêt n° 243.863 du 1^{er} mars 2019.

IV. Premier moyen

IV.1. Remarque préalable

Le premier moyen comporte deux volets. Dans un premier volet, la requérante conteste le caractère irrégulier de son offre. Ce premier volet a été examiné dans l'arrêt n° 243.863 du 1^{er} mars 2019 dont il résulte qu'il n'est pas fondé. Dans un second volet, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir violé les principes de concurrence et d'égalité ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution en traitant différemment son offre et celle de la société anonyme LIXON. Elle y soutient également que l'offre de cette société était irrégulière. Les thèses des parties sur ce volet du moyen ont été exposées dans l'arrêt n° 243.863 du 1^{er} mars 2019 qui a rouvert les débats pour le motif suivant :

" En ce qui concerne le deuxième volet du moyen, celui-ci est soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique.

La requérante ne fait, toutefois, état d'aucun élément permettant d'expliquer que ce deuxième volet n'est soulevé qu'à ce stade. Il convient, dès lors, de rouvrir les débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur cette question et notamment sur les circonstances de la prise de connaissance par la partie requérante du courrier du 23 mai 2016 adressé à la société LIXON".

IV.2. Audience du 3 avril 2019

La partie requérante a exposé que la décision motivée d'attribution contenait des informations erronées ou manquantes. Elle a ainsi observé que celle-ci

indiquait, de façon erronée, que l'offre de la société LIXON ne dérogeait à aucune prescription essentielle et que la décision ne mentionnait pas davantage que cette société avait été interrogée sur autre chose que ses prix. Elle a soutenu qu'il y avait là une volonté de la Communauté française de cacher les choses et a constaté que la partie adverse n'a pas davantage parlé, dans son écrit de procédure, de cette interrogation sur une prescription essentielle du marché. Selon elle, la question fondamentale qui se pose est de déterminer s'il lui était raisonnablement possible, sur la base de la décision motivée d'attribution et de la présentation qui a été faite par la partie adverse, de déterminer qu'il y avait eu une modification d'une prescription essentielle et des règles du cahier spécial des charges. Elle a fait valoir que le motif d'annulation retenu par le rapport déposé par le membre de l'Auditorat est que l'offre a été complétée sur quelque chose d'essentiel du cahier spécial des charges et que cet élément, même à lire la pièce 10a du dossier administratif, ne transparait pas, car il y a une volonté de la tromper. Elle a estimé que la phrase, telle qu'elle est libellée dans cette pièce 10a, donne à croire qu'un contrat d'entretien a bien été déposé mais qu'il n'était pas conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges alors que le rapport expose qu'il n'y avait aucun engagement sur l'entretien dans cette offre. Elle a indiqué que la partie adverse cherche à volontairement la tromper pour cacher les illégalités et qu'il y va de ses droits de la défense. Elle a relevé qu'elle est confrontée à une malhonnêteté qui est suffisante pour conclure que son moyen est recevable.

Elle a ensuite soutenu que le moyen qu'elle soulève touche à l'ordre public dès lors qu'il est pris de la violation du principe de concurrence et des articles 10 et 11 de la Constitution. Elle a fait valoir que le principe de concurrence est fondamental en matière de marchés publics et qu'il s'agit donc d'un élément fondamental d'un État de droit et se réfère à des arrêts n^{os} 240.359 du 9 janvier 2018 et 221.734 du 13 décembre 2012. Elle a également exposé que le principe de concurrence ne permet pas de modifier les règles au profit d'un seul soumissionnaire et a renvoyé à un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2012 et à un arrêt du Conseil d'État n° 243.563 du 31 janvier 2019 dont elle déduit que les articles 10 et 11 de la Constitution relèvent de l'ordre public.

Elle a expliqué enfin qu'elle introduira, à l'issue de la présente procédure, une requête en indemnisation auprès du juge judiciaire et que celui-ci ne manquera pas d'examiner le moyen litigieux de telle sorte que le Conseil d'État manquerait de pragmatisme et se mettrait "hors jeu" s'il estimait le moyen irrecevable.

La partie adverse a, pour sa part, contesté formellement avoir tout fait pour "cacher les choses" à la requérante. Elle a souligné que, dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, il y a eu une note d'observations qui répondait aux développements contenus dans la demande de suspension et aux moyens tels qu'ils étaient alors formulés, mais qu'un dossier complet et inventorié a été déposé et qu'il contenait toutes les pièces de la procédure d'attribution en ce compris celles qui n'étaient pas en rapport direct avec les développements contenus dans la demande de suspension. Elle a constaté que les pièces 10 et 11 du dossier administratif ont été déposées à ce moment et que la requérante a pu en prendre intégralement connaissance indépendamment de leur intitulé dans l'inventaire. Elle a observé que la pièce 10a est divisée en deux points dont un porte très clairement sur le contrat d'entretien et qu'elle a permis de soulever le moyen nouveau au stade du mémoire en réplique. Elle a relevé qu'il n'y a eu aucune nouvelle pièce déposée entre le dépôt du dossier administratif dans le cadre de la demande de suspension et l'introduction du mémoire en réplique et s'est, dès lors, étonnée que ce moyen n'ait pas été soulevé dans la requête en annulation. Elle a souligné que tout était très clair, que la requérante était en possession de la pièce depuis la procédure en extrême urgence et qu'il n'y avait, dans son chef, aucune volonté de cacher quoi que ce soit.

En ce qui concerne le caractère d'ordre public du moyen, la partie adverse a observé que tous les soumissionnaires ont été traités de manière identique puisque la requérante a également été interrogée sur le contrat d'entretien et a relevé que, selon la thèse de la requérante, les deux offres seraient irrégulières. Elle a rappelé que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, les articles 10 et 11 de la Constitution ne relèvent pas de l'ordre public et a constaté que, selon les explications données par la requérante au cours de l'audience, l'arrêt n° 243.563 du 31 janvier 2019 a écarté une disposition réglementaire pour contrariété avec les articles 10 et 11 de la Constitution en se fondant sur l'article 159 de la Constitution, ce qui est différent d'avoir reconnu un caractère d'ordre public à ces deux dispositions constitutionnelles. Elle a exposé que le rapport du membre de l'Auditorat a conclu à la recevabilité du moyen non en se fondant sur le caractère d'ordre public du moyen, mais en se référant à la connaissance du dossier administratif sans tenir compte du fait que celui-ci avait déjà été communiqué dans le cadre de la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence. Elle a enfin demandé, si le Conseil d'État envisageait de reconnaître au principe de concurrence un caractère d'ordre public, de rouvrir les débats afin de permettre aux parties de s'exprimer par écrit sur cette question.

Interrogée sur la date à laquelle la requérante a effectivement pris connaissance du courrier adressé à la société LIXON et sur la manière dont elle a pu en prendre connaissance, la partie adverse a indiqué que ce courrier faisait bien partie du dossier administratif qui a été transmis avec la note d'observations au conseil de la requérante le 6 octobre 2016, ce que celui-ci a confirmé.

IV.3. Appréciation du Conseil d'État

Le deuxième volet du premier moyen est soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique. La requérante fonde ce volet sur un courrier adressé par la partie adverse à la société anonyme LIXON, courrier qu'elle cite dans l'exposé des faits de son mémoire en réplique.

Ce courrier - non daté, mais dont les parties indiquent qu'il date du 23 mai 2016 - figure au dossier administratif déposé par la partie adverse dans le cadre de la procédure d'extrême urgence (pièce 10a de la partie non confidentielle du dossier administratif). Il en va de même du courrier adressé le 14 juin 2016 à la société anonyme LIXON et qui constitue la pièce 11a de la partie non confidentielle du dossier administratif déposé dans le cadre de la procédure d'extrême urgence. La partie adverse n'a d'ailleurs pas déposé de nouvel exemplaire du dossier administratif à l'appui de son mémoire en réponse, mais a, au contraire et après avoir ajouté une pièce confidentielle H, indiqué que "les autres pièces du dossier administratif (pièces 1-19 et pièces confidentielles A à F) figurent dans le dossier administratif déposé dans le cadre de la procédure en suspension d'extrême urgence (même numéro de rôle)".

Si l'arrêt n° 236.190 du 19 octobre 2016, rejetant la demande de suspension dans la présente affaire, a déclaré ces pièces confidentielles, la partie adverse a, au cours de l'audience du 3 avril 2019, indiqué qu'elle les avait déjà transmises avec le dossier administratif et la note d'observations au conseil de la requérante le 6 octobre 2016. Le conseil de la requérante a confirmé cet élément.

La requérante avait, dès lors, connaissance de ces pièces lors de l'introduction de sa requête en annulation le 14 novembre 2016.

Si la requérante soutient qu'elle ne pouvait raisonnablement soulever plus vite ce volet du moyen au regard de la motivation de la décision d'attribution et de la "présentation" faite par la partie adverse, le dépôt du mémoire en réponse n'a en rien changé sa situation par rapport aux éléments qu'elle dénonce ainsi. Les pièces et

informations dont elle disposait lors du dépôt de son mémoire en réplique et qui, selon elle, lui ont permis de soulever ce nouveau volet du moyen étaient déjà en sa possession lors de l'introduction de la requête en annulation, ce qui implique qu'il aurait pu être soulevé dans cet écrit de procédure.

A l'appui de ce volet du moyen, la requérante invoque une violation des principes de concurrence et d'égalité ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution. Toutefois et tel qu'il est formulé, ce volet du moyen soulève, en réalité, d'une part, l'irrégularité de l'offre de la société anonyme LIXON et reproche, d'autre part, à la partie adverse d'avoir permis à cette société de modifier son offre après la date limite de dépôt des soumissions sans avoir permis à la requérante d'apporter les précisions nécessaires à son offre et d'avoir, en conséquence, traité différemment les deux offres. S'il invoque donc formellement une violation du principe de concurrence, ce volet du moyen n'expose jamais concrètement en quoi ce principe aurait été violé, ni en quoi la partie adverse aurait manqué à son obligation de mise en concurrence. Si l'obligation de mise en concurrence représente un enjeu sous-jacent aux dispositions et principes régissant la législation relative aux marchés publics, il ne s'ensuit pas que tout grief formulé à l'appui d'un recours doive nécessairement s'analyser comme dénonçant une violation du principe de concurrence. Ce volet du moyen doit, dès lors, être compris comme invoquant, d'une part, une violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable au présent litige, en raison d'un traitement différencié des soumissionnaires dans l'application de ce paragraphe et, d'autre part, une violation de l'article 95 de ce même arrêté royal du 15 juillet 2011 en raison de l'irrégularité de l'offre de la société anonyme LIXON.

Ni les principes d'égalité et de non discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, ni les articles 95 et 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne relèvent de l'ordre public. Dans le domaine du droit administratif, sont, en effet, des moyens d'ordre public ceux qui sont pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doit toujours être garantie au profit de la société dans son ensemble. Il n'est pas établi que les illégalités réellement invoquées dans ce second volet du premier moyen ébranleraient les fondements de l'ordre juridique au point qu'un moyen qui les dénonce puisse valablement être soulevé au stade du mémoire en réplique.

Enfin, le fait que la requérante ait l'intention d'introduire une procédure en indemnisation devant le juge judiciaire est sans conséquence sur la recevabilité d'un moyen devant le Conseil d'État.

Le second volet du premier moyen est, dès lors, irrecevable.

Il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre au membre de l'auditorat désigné par l'Auditeur général d'examiner les autres moyens dans un rapport complémentaire, à la suite duquel les parties seront invitées à déposer des derniers mémoires.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'Auditeur général est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 3.

Les parties disposeront chacune d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-et-un mai deux mille dix-neuf par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{mes} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.