

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 257.984 du 22 novembre 2023

A. 227.586/VI-21.439

En cause : **la société à responsabilité limitée MASTER 33**,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe CLAEYS, avocat,
rue Léon Cuissez 33
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
la ministre des Affaires étrangères,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et Charline SERVAIS, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 mars 2019, la SRL Master 33 demande l'annulation de « la décision du 8 janvier 2019 par laquelle la partie adverse décide d'évincer son offre du 26 mars 2018 introduite dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable visant la conclusion d'un marché relatif à la rénovation complète de la cuisine de la résidence de la délégation belge auprès de l'OTAN ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 13 septembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 octobre 2023.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Philippe Claeys, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Charline Servais, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, 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

Selon la relation qu'en donne le premier auditeur, les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

- « 1. Par une note interne du 26 février 2018, la partie adverse décide de lancer des travaux en vue de rénover la cuisine de la résidence de la délégation belge auprès de l'OTAN, située Chaussée de Tervueren, 153 à 1160 Auderghem. Selon cette note, les travaux envisagés comprennent des travaux de démolition, de la peinture, le carrelage des sols et des parois, des travaux d'électricité comprenant des nouveaux points lumineux, des nouvelles lampes, des nouvelles sources d'alimentation, de nouveaux appareils domestiques et des interrupteurs, ainsi que des nouvelles installations sanitaires et la mise en place d'une cuisine en îlot. Le budget envisagé pour les travaux est de 65.000 EUR HTVA.

La note précise qu'il sera demandé de faire offre de prix à 7 entreprises, dont la partie requérante.

Eu égard au montant des travaux et à leur exécution exclusive en Belgique, il est opté pour la procédure négociée sans publicité.

Selon le cahier spécial des charges, le marché implique "la rénovation complète [de la cuisine de la résidence] de la délégation belge auprès de l'OTAN [...]".

Celui-ci indique également que "les offres doivent être en possession du pouvoir adjudicateur au plus tard le 26 mars 2018 à 14h00".

2. Par un courrier du 5 mars 2018, la partie requérante est invitée à remettre offre.
3. Trois entreprises, dont la partie requérante, déposent une offre.

4. Le 28 novembre 2018, la partie adverse adopte une décision motivée d'attribution. C'est l'offre de l'Entreprise E. Devillers s.p.r.l. qui est retenue.
5. Le 8 janvier 2019, la partie adverse adresse un courrier recommandé avec accusé de réception à la partie requérante, lequel a pour objet : "(...) décision de non-sélection", l'informe que son offre a été écartée en raison d'une irrégularité substantielle et lui transmet les motifs de l'éviction de son offre, ce "sous la forme d'un extrait de la décision motivée", ainsi qu'une annexe relative aux "moyens de recours" ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

L'extrait de la décision motivée transmis est ainsi rédigé :

«

Décision motivée d'attribution	
pouvoir adjudicateur	spf affaires étrangères, commerce extérieur et coopération au développement
procédure	procédure négociée sans publication préalable
objet du marché	rénovation cuisine résidence BRU-NATO
montant du marché à approuver (6% tva incluse)	€ 75.582,27

I. Législation et documents de marché

- Vu la loi de 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
- Vu la loi de 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, entre autres art. 29/1;
- Vu l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- Vu l'arrêté royal du 3 avril 2013 relatif à l'intervention du Conseil des Ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral;
- Vu l'arrêté ministériel de 7 septembre 2015 portant délégations de pouvoirs en matières financières au sein du SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement;
- Vu la décision motivée de 26 février 2018 de recourir à la procédure négociée sans publication préalable;

Vu le cahier spécial des charges P&O5.1/aba/log.05.03.BRU-NATO.04/2018_R_reno keuken-cuisine;

II. Soumissionnaires

- Considérant que les opérateurs économiques suivants ont été invités, le 5 mars 2018, via la plateforme électronique e-Notification à déposer une offre au plus tard le 26 mars 2018 à 14h00 :

- De Tender bvba
Nieuwe Baan 68, 9111 SINT-NIKLAAS (BELSELE)
 - Unic Concept bvba
Mutsaardlaan 76 bus 59, 1020 BRUXELLES (LAEKEN)
 - Vergalle interieurs NV
Dries 37B, 9320 AALST
 - Concept-A bvba
Oosterveldlaan 120, 2610 ANTWERPEN (WILRIJK)
 - Aksis bvba
Tijgerstraat 9, 9000 GENT
 - Entreprise E. Devillers sprl
Route de Maffe 5, 5372 HAVELANGE (MÉAN)
 - Master 33 sprl
Rue du Paruck 39, 1080 MOLENBEEK-SAINT-JEAN
- Considérant que les soumissionnaires suivants ont déposé une offre :
- De Tender bvba
Nieuwe Baan 68, 9111 SINT-NIKLAAS (BELSELE)
 - Entreprise E. Devillers sprl
Route de Maffe 5, 5372 HAVELANGE (MÉAN)
 - Master 33 sprl
Rue du Paruck 39, 1080 MOLENBEEK-SAINT-JEAN

III. Comité d'évaluation

- Considérant que les personnes suivantes font partie du comité d'évaluation :

Alain NKELENDE, Adviseur Juriste marchés publics
Karel CAPPELLE, Attaché Juriste marchés publics
Alissa BAERT, Attaché Architecte

IV. Examen des soumissionnaires dans le cadre des critères de sélection

- Considérant que le comité d'évaluation a examiné les soumissionnaires dans le cadre des critères de sélection;
- Considérant que de cet examen, Il est apparu que, à l'exception de Master 33 sprl, tous les soumissionnaires répondent aux exigences des critères de sélection. Master 33 sprl ne répond pas aux critères de sélection pour la raison/les raisons suivante(s)

L'entreprise n'a pas visité la résidence en ne pouvait donc pas déposer l'attestation de visite des lieux;

V. Examen de la régularité des offres [...]

VI. Les négociations [...]

VII. Examen des BAFO's [...]

VIII. Décision de modifier le marché public afin de faire baisser le prix [...]

X. Vérification des motifs d'exclusion dans le chef du soumissionnaire qui vient en considération pour l'attribution du marché (déclaration implicite sur l'honneur) [...]

Bruxelles, le
Rudi VEESTRAETEN
Directeur P&O5 »

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse soutient que la partie requérante n'a pas intérêt au recours dès lors qu'elle « ne sollicite pas l'annulation de la décision attribuant le marché à un autre soumissionnaire ». Elle se prévaut de la doctrine ainsi que de plusieurs arrêts du Conseil d'État dont il ressort que l'intérêt d'un requérant à attaquer une décision de non-sélection de sa candidature disparaît si le candidat non retenu s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent. Elle rappelle le prescrit de l'article 8, § 1^{er}, de la 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 concessions, et poursuit en affirmant qu'elle a notifié à la partie requérante un extrait de la décision motivée d'attribution du marché reprenant les motifs de son éviction et que la partie requérante a ainsi été informée du fait que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire.

B. Mémoire en réplique

La requérante conteste l'exception soulevée par la partie adverse.

D'une part, elle affirme n'avoir pris connaissance de la décision d'attribution qu'avec la communication du mémoire en réponse de la partie adverse; qu'il ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif que la décision d'attribution lui aurait été communiquée conformément à l'article 8, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2013; que la partie adverse se borne d'ailleurs à soutenir que « la partie requérante a été informée que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire ».

D'autre part, elle considère que la jurisprudence évoquée par la partie adverse et telle qu'elle résulte de l'arrêt n° 152.174 du 2 décembre 2005 n'est pas pertinente dès lors que celui-ci a été rendu avant l'entrée en vigueur de l'article 11bis

des lois coordonnées sur le Conseil d'État, lequel prévoit la réparation d'un préjudice autrement qu'en nature, sous la forme d'une indemnité réparatrice. Elle soutient que dans le cadre du recours en annulation, au stade de l'examen de la recevabilité, le Conseil d'État ne pourrait présumer de l'issue d'une demande d'indemnité réparatrice qui pourrait être allouée dans l'hypothèse d'une annulation de la décision d'éviction.

C. Dernier mémoire de la partie adverse

À la suite du dernier mémoire de la requérante qui, à titre principal, développe son argumentation sur la perspective indemnitaire que lui ouvrirait l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État et, à titre subsidiaire, demande au Conseil d'État d'ordonner la production de l'état d'avancement des travaux faisant l'objet du marché, de manière à voir si la chance qu'il lui est reproché d'avoir perdu en ne sollicitant pas la décision d'attribution de celui-ci existait encore à la date d'introduction de la requête, voire à celle de réception du mémoire en réponse, la partie adverse formule les observations suivantes, après avoir reproduit le prescrit de l'article 11*bis* précité :

« 2.

Dans un arrêt du 23 mai 2019, la Cour constitutionnelle a considéré que "L'indemnité réparatrice n'est pas une action autonome, mais bien un accessoire du recours en annulation".

Dès lors que l'indemnité réparatrice est un accessoire du recours en annulation, l'irrecevabilité du recours en annulation en raison de l'inexistence d'un intérêt *ab initio* doit nécessairement impliquer l'irrecevabilité de la demande d'indemnité réparatrice. En effet il convient d'appliquer le principe selon lequel "l'accessoire suit le principal". Le rejet d'une demande d'annulation pour absence d'intérêt induit donc le rejet de la demande d'indemnité réparatrice.

3.

Madame l'auditeur cite à juste titre l'arrêt Moors du 22 mars 2019 duquel il ressort que :

" Certes, l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice au cours de la procédure d'annulation ne pourra pas empêcher le rejet de l'annulation par le Conseil d'État si la partie requérante a perdu son intérêt à l'annulation qu'elle poursuivait. Il n'en reste pas moins que l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice entraîne, le cas échéant, pour le Conseil d'État - si tant est que le recours en annulation était initialement recevable et que la perte de l'intérêt ne résulte pas d'un acte que la partie requérante aurait elle-même accompli ou négligé d'accomplir et qui puisse lui être personnellement reproché - l'obligation d'examiner les moyens et de constater éventuellement l'illégalité de la décision attaquée pour autant que cela soit nécessaire pour statuer sur la demande d'indemnité réparatrice"

À l'occasion de cet arrêt Moors, n° 244015 du 22 mars 2019, prononcé en Assemblée générale, le Conseil d'État a clairement indiqué que :

" L'intérêt doit non seulement exister au moment de l'introduction du recours mais également perdurer jusqu'à la clôture des débats. Pour être considéré comme suffisant, l'intérêt doit être notamment direct et procurer à la partie

requérante un avantage en lien, suffisamment direct, avec la finalité d'une annulation, à savoir la disparition de l'acte attaqué de l'ordonnancement juridique. Est en conséquence insuffisant pour obtenir l'annulation de la décision attaquée, l'intérêt d'une partie requérante qui a évolué au cours de la procédure d'annulation et qui se limite au seul intérêt d'entendre déclarer illégale ladite décision afin de faciliter l'octroi d'une indemnité par les tribunaux de l'ordre judiciaire, qui peuvent à cet effet constater eux-mêmes la faute éventuelle de l'autorité.”

Ainsi, dans l'hypothèse où une partie requérante devait perdre son intérêt à l'annulation, l'obligation pour le Conseil d'État d'examiner les moyens suite à l'introduction d'une indemnité réparatrice, doit reposer sur deux conditions :

- Le recours en annulation devait être recevable initialement;
- La perte d'intérêt ne peut résulter d'un acte que la partie requérante aurait elle-même accompli ou négligé d'accomplir et qui puisse lui être personnellement reproché.

En l'espèce, il est indéniable que ces conditions font défaut.

Cette jurisprudence a été rappelée à de nombreuses reprises par Votre Conseil.

4.

La partie requérante semble en toute hypothèse perdre de vue les principes constitutionnels essentiels distinguant la compétence du Conseil d'État de celle de cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

L'article 144 de la Constitution énonce que :

“ Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'état ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions”.

Si le Conseil d'État peut statuer sur les effets civils de ses décisions et, dans ce cadre décider d'octroyer une indemnité réparatrice en raison de l'illégalité d'une décision, sa saisine ne pourrait cependant viser uniquement à l'octroi d'une indemnité réparatrice. Le Conseil d'État traite en effet du contentieux objectif et non du contentieux subjectif.

La partie requérante demande en réalité à Votre Conseil de verser dans le contentieux subjectif lorsqu'elle soutient que :

“ Toutefois, l'intérêt de la requérante n'est pas circonscrit par la perte de la chance de pouvoir se voir attribuer le marché mais consiste en la chance d'obtenir une indemnité réparatrice sur base de l'article 11bis des lois Coordonnées sur le Conseil d'État”.

5.

Enfin, déclarer recevable une demande d'indemnité réparatrice alors même que l'intérêt de la partie requérante au recours en annulation serait inexistant *ab initio* reviendrait à détourner l'article 11bis de sa finalité première et faire usage de celui-ci dans le seul but de faire naître un intérêt fictif afin que le Conseil d'État se prononce tout de même sur la régularité de l'acte attaqué. Cela irait à l'encontre de la *ratio legis* de l'article 11bis relatif à l'indemnité réparatrice.

En conséquence, le recours est irrecevable à défaut d'intérêt ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'exception d'irrecevabilité du recours, prise du défaut d'intérêt, procède de l'argument de la partie adverse selon lequel la requérante ne dirigerait son recours que contre la décision d'éviction de celle-ci, sans solliciter l'annulation de la décision de la partie adverse qui attribue le marché à un autre opérateur économique.

Cependant, et selon ce qui ressort des écrits et des pièces de procédure, la décision formellement attaquée, que la partie adverse présente – dans les motifs communiqués à la requérante – comme un refus de sélection de celle-ci et – dans le courrier de communication de ces motifs – comme un rejet de l'offre pour cause d'irrégularité substantielle, est l'un des chefs de décision d'un acte qui a, par ailleurs, pour objet d'attribuer le marché litigieux à un autre opérateur économique; selon le mémoire en réponse, cet acte non daté aurait été adopté le 28 novembre 2018. C'est donc bien celui-ci, considéré globalement, qui est l'acte attaqué par le présent recours, et ce quand bien même les griefs formulés à son sujet ne le sont qu'à l'encontre du chef de décision d'éviction de la requérante, le seul des motifs duquel elle a eu connaissance. Déclarer le recours irrecevable au motif que la requérante n'a pas formellement désigné la décision d'attribution du marché au titre de l'objet de son recours relèverait d'un excès de formalisme qui ne peut être admis.

Il doit, par ailleurs, être observé que la jurisprudence citée par la partie adverse n'est, en tout hypothèse, pas pertinente au regard des contextes factuels respectifs. En effet, dans l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt n° 152.174 du 2 décembre 2005, le refus de sélection du requérant et l'attribution du marché à l'un de ses concurrents avaient fait l'objet de deux délibérations distinctes et successives. La question, alors soulevée, de la persistance de l'intérêt après l'introduction du recours et en considération d'une délibération adoptée ultérieurement, ne se pose toutefois pas en l'espèce actuellement examinée, où il n'est question que d'un acte unique.

Enfin, il y a lieu de rappeler que l'article 14 de la 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 concessions est libellé comme suit :

« Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent

un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

En l'espèce, il n'est contesté ni que la requérante a ou a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux, ni que les illégalités qu'elle allègue l'auraient lésée ou auraient risqué de la léser (et ce nonobstant le fait que la partie adverse conteste la recevabilité du moyen pour des motifs sur lesquels il devrait être statué dans le cadre de l'examen de celui-ci).

Pour ces motifs, l'exception d'irrecevabilité opposée au recours ne peut être accueillie.

Dans ces circonstances, il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par Monsieur l'auditeur général adjoint de poursuivre l'instruction et de rédiger un rapport complémentaire.

V. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 7 à 9 du dossier administratif.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

Par ailleurs, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, il y a lieu de garantir la confidentialité de l'offre de la requérante, que celle-ci dépose et qui est constituée des pièces 2.1 à 2.13 de son dossier.

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 adjoint est chargé de poursuivre l'instruction et de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

Les pièces 2.1 à 2.13 du dossier de la requérante, ainsi que 7 à 9 du dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 22 novembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Florence Piret,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy