

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 258.705 du 6 février 2024

A. 227.579/VI-21.436

En cause : **la société à responsabilité limitée
SANTO COLINA,**
ayant élu domicile chez
M^e Olivier VERHOEVEN, avocat,
rue du Parc 49
6000 Charleroi,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
SAMBRE ET BIESME,**
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Hermann Debroux 40
1160 Bruxelles.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 7 mars 2019, la SRL Santo Colina sollicite « en application de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'octroi à charge de la partie adverse d'une indemnité réparatrice d'un montant, à titre principal, de 56.252,63 € et, à titre subsidiaire, de 28.126,32 €, montant à augmenter des intérêts au taux légal ».

II. Procédure

La contribution et les droits visés aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 13 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 novembre 2023.

M^{me} Florence Piret, conseillère d'État, a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, *loco* M^{es} Olivier Verhoeven et Vincent Van Troyen, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Matthieu Leysen, *loco* M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 243.327 prononcé par le Conseil d'État le 3 janvier 2019 (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.243.327).

Par cet arrêt, le Conseil d'État a annulé « la décision du conseil d'administration de la SCRL SAMBRE ET BIESME du 21 janvier 2016 de ne pas sélectionner l'offre de la société privée à responsabilité limitée Santo Colina et d'attribuer le marché relatif à la construction de 6 logements, cité Sainte Face à 6250 Pont-de-Loup à la société [...] à responsabilité limitée Dujacquier ». Le Conseil d'État a jugé fondé le moyen unique de la requête en annulation introduite par la requérante, sur la base des motifs qui suivent :

« L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

“ Le pouvoir adjudicateur peut :

1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il

s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges ;

2° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 58, § 1^{er} ;

3° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, exiger de toute personne morale la production de ses statuts ou actes de société, accompagnée éventuellement d'une traduction lorsque ceux-ci ne sont pas établis dans la ou les langues du pouvoir adjudicateur, ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants”.

Conformément à la faculté qui lui est ainsi octroyée par cet article, le pouvoir adjudicateur a, par un courrier recommandé déposé à la poste le 25 novembre 2015, invité la requérante à notamment transmettre “une déclaration bancaire récente et une attestation d'assurance correspondant à un montant assuré de 3x le montant de l'offre”. Cette demande implique que la partie adverse a considéré que le dossier de sélection de la requérante était imprécis ou incomplet et qu'elle a fait choix, le cahier spécial des charges ne prescrivant pas que les documents concernés devaient être joints à peine de nullité absolue des offres, d'user de la faculté que lui laissait cette disposition de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dans le respect du principe d'égalité puisqu'une invitation à compléter les documents de sélection a également été adressée à d'autres soumissionnaires dont la société privée à responsabilité limitée Dujacquier. La partie adverse ne peut, dans son mémoire en réponse, soutenir que l'offre de la requérante n'était pas incomplète ou imprécise, mais "non conforme" en raison d'une attestation d'assurance portant sur un montant inférieur à celui exigé par le cahier spécial des charges. Tel n'est, en effet, pas le motif retenu par l'acte attaqué dont il ressort, au contraire, que le pouvoir adjudicateur a estimé qu'il convenait de faire usage de la faculté qui lui est octroyée par l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Dans un arrêt C-336/12 du 10 octobre 2013 (en cause *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contre Manova A/S*), la Cour de Justice de l'Union européenne a estimé que “le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée”. Cet enseignement est intégralement transposable en l'espèce.

S'il se conçoit, en effet, qu'au titre de la faculté que lui laisse l'article 59, 1°, précité, le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire un document relatif à la sélection, encore faut-il - sauf à priver de sens les termes “compléter” ou “explicitement” - qu'à la date limite du dépôt de l'offre ou du dossier de candidature, l'élément attesté par ce document existe effectivement.

Un document portant une date postérieure à la date limite d'ouverture des offres et déposé dans le cadre de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 peut, dès lors, être pris en considération par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la sélection s'il porte sur un élément dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour déposer offre est objectivement vérifiable.

En l'espèce, la non-sélection de la requérante est motivée de la manière suivante :

“ Les documents suivants ont été réclamés par mail : la déclaration bancaire, attestation assurance plus élevée (3 x le montant de l’offre). Tous les documents réclamés ont été transmis. L’attestation d’assurance n’est valable, car elle est datée du 25 novembre 2015, soit après l’ouverture des offres. Cette dernière devait être en ordre à l’ouverture des offres (13.11.2015). Le Candidat n’est donc pas sélectionné”.

Ainsi rédigé, ce passage signifie que le pouvoir adjudicateur a refusé de prendre en compte l’attestation d’assurance déposée par la requérante en raison de sa date postérieure au dépôt des offres et sans que ne soit vérifié si cette attestation permettait ou non d’établir l’existence, avant la date limite de dépôt des offres, d’une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges. Si, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir que cette “attestation ne permet (...) aucunement de déduire que la requérante aurait été couverte par une assurance suffisante au jour du dépôt des offres et antérieurement”, ce motif lié au contenu de l’attestation et non à sa seule date ne ressort pas de l’acte attaqué dont la motivation n’est, dès lors, pas adéquate.

Le moyen est fondé ».

À l’appui de la présente demande, la requérante produit une « attestation d’assurance » de la compagnie AXA du 18 février 2019 qui certifie qu’elle dispose d’une couverture d’assurance des risques professionnels de 2.500.000 euros depuis le 1^{er} janvier 2009, soit à une date antérieure à celle du dépôt des offres.

IV. Recevabilité de la demande

IV.1 Thèses des parties

La partie adverse soutient, pour la première fois, dans son dernier mémoire, que la demande d’indemnité réparatrice est irrecevable, à défaut d’intérêt légitime. Elle fait valoir ce qui suit :

« [...] Conformément à l’article 19, [alinéa] 1^{er}, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d’État, la partie requérante doit justifier “d’une lésion ou d’un intérêt”.

L’intérêt à agir constitue une exigence d’ordre public.

Ainsi, en particulier, l’intérêt à agir doit être légitime, c’est-à-dire “conforme aux lois impératives, à l’ordre public et aux bonnes mœurs”.

À cet égard, comme D. Renders l’écrit, “il est traditionnellement admis que l’intérêt lié au maintien d’une situation illégale ne peut pas être considéré comme légitime”.

En ce sens, le Conseil d’État a jugé que la requérante ne disposait pas d’un intérêt légitime à agir contre l’arrêté d’un bourgmestre ordonnant la fermeture d’une friterie, dès lors que “il ressort de l’exposé des faits et des pièces annexées à la requête que la friture dont l’arrêté attaqué ordonne la fermeture est une caravane entourée d’un abri en bois, c’est-à-dire une construction fixe; qu’elle a été érigée sans permis et dans une zone agricole avec la destination de laquelle elle n’est pas compatible; que la requête ne conteste pas l’irrégularité de cette construction; que le recours de la requérante tend à lui permettre de poursuivre une exploitation dans un immeuble érigé irrégulièrement et en infraction aux prescriptions

urbanistiques applicables; que la requérante n'a pas un intérêt légitime à contester un acte qui l'empêche d'exercer une activité qui est irrégulière et que l'annulation de l'acte attaqué serait impuissante à régulariser; que le recours n'est pas recevable”.

Dans le même sens, le Conseil d'État a considéré que la requérante, une société exploitant un casino, ne justifiait pas d'un intérêt légitime à agir contre une décision lui retirant sa licence de classe A “dont elle fait valoir elle-même qu'elle a été obtenue sur la base de renseignements inexacts fournis sciemment à la Commission des jeux de hasard par son administrateur délégué; que l'intérêt à une telle demande n'est pas légitime, même si les administrateurs en cause ont démissionné entre-temps; que la demande n'est pas recevable”.

[...] En l'espèce, il n'est pas contesté que l'offre de la requérante contenait divers prix unitaires soupçonnés d'anormalité, sur lesquels elle a été interrogée.

Or, il ressort du dossier administratif que la requérante a tenté de justifier son prix de 0,91 € remis pour le poste 34.13 “panneaux d'isolation – laine minérale 60 mm”, que la SCRL SAMBRE ET BIESME suspectait d'être anormal, en reconnaissant qu'elle avait commis une erreur, que le prix réel était dix fois supérieur, et en ajoutant qu'elle maintenait néanmoins son prix.

Dès lors que l'aveu d'une erreur ne constitue pas une justification admissible, la requérante a manifestement remis un prix anormal.

Un prix anormal, qui est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, constitue une cause d'irrégularité substantielle de l'offre.

En droit, l'offre de la requérante est nulle.

[...] Par conséquent, la requérante ne dispose pas d'un intérêt légitime à agir en vue de l'octroi d'une indemnité réparatrice, dès l'instant où son offre, qui est censée constituer la base de sa demande indemnitaire, est nulle et ne pouvait pas être admise en droit, sauf à violer l'intérêt général (protection du pouvoir adjudicateur) et les intérêts privés (protection de la juste concurrence). La circonstance que l'offre de la requérante aurait pu être sélectionnée – *quod non* – n'y change rien.

En demandant l'octroi d'une indemnité réparatrice, sensée réparer la perte d'un marché auquel elle a soumissionné avec une offre substantiellement irrégulière, la requérante se prévaut manifestement d'une situation illégale : une offre prétendument sélectionnable, mais en tous cas irrégulière.

[...] La partie adverse considère, à cet égard, que l'affirmation de Madame l'Auditeur suivant laquelle “la partie adverse ne peut, au stade contentieux, faire valoir que, si la partie requérante avait été sélectionnée, elle aurait nécessairement revu l'analyse de la régularité matérielle des offres et aurait nécessairement écarté l'offre de la partie requérante” ne peut pas s'appliquer dans le cadre d'une procédure de demande d'indemnité réparatrice.

Si la jurisprudence de Votre Conseil est fixée dans ce sens, dans le cadre des procédures en suspension et en annulation menées contre des décisions d'attribution, cette jurisprudence ne peut pas s'appliquer, *ipso facto*, dans le cadre des procédures de demande d'indemnité réparatrice.

[...] En effet, la procédure de demande d'indemnité réparatrice a un objet tout à fait différent de celui d'une procédure en suspension ou en annulation. Ainsi, d'une part, l'objet de la procédure en demande d'indemnité réparatrice n'est pas de contrôler la légalité d'une décision administrative qui a été adoptée, mais de vérifier le fondement d'une indemnité sollicitée par un requérant suite à l'absence d'une décision administrative qui aurait dû – selon lui – être adoptée en sa faveur. Si, par conséquent, dans une procédure en suspension ou en annulation, Votre Conseil refuse de tenir compte d'une irrégularité nouvelle, invoquée par la partie adverse en cours de procédure contentieuse, ceci est justifié par le fait que l'objet de la procédure contentieuse est de contrôler la légalité d'une décision

administrative qui existe et qui est soumise à sa censure. La partie adverse ne peut donc pas ajouter à sa décision des arguments qui n'y figurent pas.

Au contraire, dans une procédure de demande d'indemnité réparatrice, le requérant réclame une indemnité en raison d'une décision administrative qui aurait dû, selon lui, être adoptée en sa faveur. Par essence, Votre Conseil est donc appelé à vérifier s'il y a lieu d'accorder réparation à un requérant en raison d'une décision administrative qui n'a pas été prise. Puisque la partie adverse n'a pas pris cette décision, il ne peut donc pas lui être interdit d'invoquer – en cours de procédure contentieuse – des arguments démontrant qu'elle ne pouvait pas juridiquement adopter une telle décision. Ces arguments invoqués en procédure contentieuse ne sont pas "nouveaux" puisque, par hypothèse, aucune décision administrative n'existe et que s'il fallait la prendre, tous ces arguments pourraient être encore pris en compte.

Le fait que, par sa décision du 10 décembre 2015, la partie adverse avait admis la régularité des prix de la requérante et lui avait octroyé le marché, n'influence pas cette analyse. En effet, cette décision a été annulée par la tutelle, ce qui la rend nulle et inexistante avec effet rétroactif. De même, le fait que la décision administrative adoptée par la partie adverse le 21 janvier 2016 (pièce 8) indiquait "Les entreprises Dujacquier et Santo Colina ont justifiées leurs prix" n'influence pas non plus cette analyse. En effet, cette décision a également été annulée par Votre arrêt n° 243.327, cette décision devant être également considérée comme inexistante.

[...] D'autre, part, si dans une procédure en suspension ou en annulation, Votre Conseil doit contrôler la légalité de décisions administratives adoptées à l'issue d'un processus administratif complexe, au cours duquel un pouvoir adjudicateur peut avoir omis de soulever certaines irrégularités, qu'il ne peut plus – pour la sécurité juridique des débats – invoquer postérieurement, l'objet de la procédure de demande d'indemnité réparatrice est fondamentalement différent.

Dans la procédure de demande d'indemnité réparatrice, le requérant postule l'indemnisation d'un dommage résultant d'une situation administrative théorique, dans laquelle le requérant prétend qu'il aurait dû se trouver.

Par hypothèse, le requérant doit donc démontrer qu'il aurait dû légitimement se trouver dans cette situation administrative théorique et que, faute d'y être, il subit un dommage.

Dans une procédure d'indemnité réparatrice, la requérante sollicite la réparation "par équivalent" d'une situation administrative qui n'existe pas.

Au contraire des procédures en suspension et en annulation, il importe donc peu de savoir si la partie adverse aurait pu apercevoir (ou non) telle ou telle irrégularité dans l'offre du requérant, mais il importe de savoir si l'offre du requérant lui permettait légalement d'être désigné attributaire du marché.

En l'occurrence, la partie adverse considère et démontre que l'offre déposée par la requérante ne pouvait lui permettre d'obtenir le marché. Dès lors que son offre contenait un prix anormal et donc une irrégularité substantielle, la partie adverse conteste que la requérante peut réclamer une indemnité pour réparer une situation (à savoir l'attribution d'un marché), qui ne s'est pas produite et qui ne pouvait pas se produire.

La partie adverse considère donc que l'existence d'un prix anormal dans l'offre de la requérante ne lui permettait pas légalement, que ce prix ait été décelé ou non, d'obtenir le marché.

Il appartient donc à Votre Conseil de vérifier dans quelle mesure cet argument est fondé et, en conséquence, d'apprécier la possibilité pour la requérante d'être désignée attributaire du marché litigieux.

Or, selon la partie adverse, la requérante ne peut pas réclamer la réparation d'une indemnité visant à réparer une décision théorique qui n'a pas été adoptée et qui ne pouvait pas l'être, sauf à couvrir un prix anormalement bas et à méconnaître l'égalité et la transparence entre les soumissionnaires.

La considération, suivant laquelle, si l'offre de la requérante avait été sélectionnée, il y avait une chance que la partie adverse ne se rende pas compte de l'anormalité du prix déposé par la requérante, est ici hors de propos.

Il ne peut en effet être admis qu'un soumissionnaire, dont l'offre n'est pas régulière, réclame un préjudice pour un marché qu'il aurait pu hypothétiquement obtenir, si la partie adverse commettait une [erreur] d'appréciation lors de l'analyse de son offre, au détriment d'une concurrence loyale.

[...] En conclusion, si, par impossible, Votre Conseil devait accueillir la demande d'indemnité réparatrice, cela reviendrait à considérer qu'il y a lieu de réparer un soi-disant dommage fondé sur une situation contraire au droit, et, ainsi, d'indemniser la perte de bénéfice prétendument subie par un soumissionnaire qui ne pouvait pas obtenir le marché, dès lors qu'il avait remis une offre irrégulière pour cause de prix anormal, donc une offre de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Dans ces conditions, la demande d'indemnité réparatrice de la requérante est irrecevable, à défaut pour elle de disposer d'un intérêt légitime. L'intérêt à agir de la requérante est illégitime, dès lors qu'il est lié à la reconnaissance d'une situation illégale ».

Dans son dernier mémoire, la requérante justifie, comme il suit, son intérêt à agir dans le cadre de la présente procédure :

« C'est à la requête de la partie requérante que Votre Conseil a prononcé son arrêt d'annulation n° 243.327 du 3 janvier 2019.

Conformément à l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la requérante est dès lors en droit de postuler l'octroi d'une indemnité réparatrice à charge de la partie adverse au titre du préjudice subi du fait de l'illégalité de la décision annulée.

La présente demande a été, en outre, introduite dans un délai de soixante jours à dater de la notification à la requérante de l'arrêt d'annulation.

La présente demande est dès lors recevable, ce qui n'a été contesté ni par Madame le Premier auditeur, ni par la partie adverse, jusqu'à l'introduction de son dernier mémoire.

[...] La partie adverse tente cependant, pour la première fois dans son dernier mémoire, de remettre en cause la recevabilité de la demande au prétexte que la requérante ne disposerait pas d'un intérêt légitime à l'octroi d'une indemnité réparatrice au motif que son offre aurait dû être déclarée nulle puisqu'elle était, selon la partie adverse, affectée d'un prix anormal. (Il s'agit en fait d'une banale coquille dans l'offre de la requérante et qui ne concerne qu'un montant très réduit.)

Outre le caractère tardif de l'argumentation liée à la recevabilité de la demande en indemnité réparatrice, l'argumentation soulevée par la partie adverse ne pourrait aucunement être suivie.

[...] Dans le cadre du recours ayant donné lieu à l'arrêt n° 243.327 du 3 janvier 2019, il convient tout d'abord d'observer que la partie adverse n'a pas contesté l'intérêt de la requérante à solliciter l'annulation de la décision d'attribution du 21 janvier 2016.

Si la partie adverse estimait que la requérante n'aurait, en tout état de cause, pas pu prétendre au marché litigieux en raison d'un prix anormal – *quod non* –, il lui appartenait alors de développer cette argumentation lors de la procédure en annulation afin d'éventuellement contester l'intérêt de la requérante à obtenir l'annulation de la décision d'attribution du 21 janvier 2016.

Votre Conseil considère en effet qu'un soumissionnaire dont l'offre est irrégulière est, en principe, sans intérêt à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution du marché public concerné.

Dans le cadre de la procédure en annulation, la partie adverse n'a cependant pas critiqué la recevabilité du recours pour défaut d'intérêt légitime. Alors que la question de l'intérêt au recours est d'ordre public, Votre Conseil a déclaré le recours recevable en ce qu'il était dirigé contre la décision d'attribution du 21 janvier 2016. Par conséquent, comme l'a dit pour droit Votre Conseil, "[i]l n'y a pas lieu, par le biais d'une indemnité réparatrice, de revenir sur ce qu'a décidé un arrêt qui a autorité de chose jugée".

Si Votre Conseil a estimé que la requérante avait intérêt à obtenir l'annulation de la décision d'attribution du 21 janvier 2016, il ne pourrait désormais suivre la partie adverse en considérant que la requérante n'aurait pas intérêt à la présente demande d'indemnité réparatrice en raison d'une prétendue irrégularité de son offre. Si la requérante a intérêt à obtenir l'annulation d'une décision, l'on ne pourrait en effet considérer qu'elle n'aurait, par contre, pas intérêt à obtenir la réparation du préjudice causé par la décision annulée.

[...] Comme l'observe à juste titre Madame le Premier auditeur, il convient, en outre, de rappeler que la partie adverse n'a jamais remis en cause la régularité de l'offre de la requérante, que ce soit dans la décision du 10 décembre 2015 ou dans la décision du 21 janvier 2016.

Aux termes de son rapport, Madame le Premier auditeur indique en effet ce qui suit :

“ La partie adverse n'a mis en cause la régularité de l'offre de la partie requérante ni dans la première, ni dans la seconde décision d'attribution.

Au sujet de l'analyse de la régularité matérielle des offres, la première décision, du 10 décembre 2015, se lit comme suit :

‘ Un courrier recommandé a été transmis aux soumissionnaires suivants afin de justifier leurs prix anormaux : SPRL Santo Colina, Dujacquier, Palumbo. Les entreprises Dujacquier et Santo Colina ont justifié leurs prix.

La société Palumbo n'a pas transmis de justification et est donc exclue de la procédure.

Voir le rapport d'analyse des offres de l'auteur de projet’.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle présente cette décision comme un acte préparatoire. Elle est signée pour extrait conforme et son dispositif confirme son caractère décisoire (et exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle) :

‘ II. Décision

Préalable :

Vérification de l'absence de conflit d'intérêts entre les administrateurs et les soumissionnaires.

Le Conseil d'Administration de la sisp Sambre & Biesme sise rue du Roton n° 4 à 6240 Farciennes décide, à l'unanimité des membres présents :

[...]

- D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit SPRL Santo Colina, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 580.765,95 € hors TVA ou 615.611,91 €, 6 % TVA comprise.

[...]

- De transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle’.

En tout état de cause, la décision du 21 janvier 2016 comporte le même extrait que celui reproduit ci-dessus :

‘ Un courrier recommandé a été transmis aux soumissionnaires suivants afin de justifier leurs prix anormaux : SPRL Santo Colina, Dujacquier, Palumbo. Les entreprises Dujacquier et Santo Colina ont justifié leurs prix.

La société Palumbo n'a pas transmis de justification et est donc exclue de la procédure’.

La partie adverse ne peut, au stade contentieux, faire valoir que, si la partie requérante avait été sélectionnée, elle aurait nécessairement revu l'analyse de la régularité matérielle des offres et aurait nécessairement écarté l'offre de la partie requérante, pour irrégularité substantielle. L'on relève, à cet égard, que la partie adverse n'a pas davantage réexaminé la régularité de l'offre de la société Dujacquier, qui avait également été interrogée sur des prix apparemment anormaux et à laquelle le marché a finalement été attribué".

Dans la mesure où, par deux fois, l'offre de la requérante a été déclarée régulière après analyse de ses justifications de prix, la partie adverse ne pourrait désormais prétendre qu'en réalité, elle aurait pu ou dû conclure à l'irrégularité de cette offre pour cause de prix anormal pour critiquer la recevabilité et le fondement de la présente demande.

À cet égard, Votre Conseil juge que "lorsque l'autorité administrative oppose à un recours une exception d'irrecevabilité déduite d'une irrégularité de l'offre d'une partie requérante qui n'a pas été préalablement décelée par elle, il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution de la concession litigieuse. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est entachée de l'irrégularité que dénonce l'autorité administrative".

La partie adverse ne peut, du reste, être suivie lorsqu'elle soutient que les décisions adoptées le [10] décembre 2015 et le 21 janvier 2016 devraient être considérées comme inexistantes dès lors que la première a attribué le marché à la requérante et que la seconde a été annulée par Votre Conseil. Ces décisions traduisent en effet la position de la partie adverse quant à la régularité de l'offre de la requérante de sorte que la partie adverse ne pourrait, pour les seuls besoins de la cause, critiquer désormais la régularité de ladite offre afin d'éviter de réparer le préjudice causé à la requérante.

Comme explicité *supra* en note 5, il y a lieu de rappeler qu'après avoir examiné la décision de la partie adverse du 10 décembre 2015, l'agent de l'autorité de tutelle s'est uniquement borné à s'interroger, par *e-mail* (pièce A.7. du D.A.), sur la conformité de cette décision, en ce qui concerne la sélection de la requérante, à l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. À aucun moment, l'autorité de tutelle n'a remis en question la régularité de l'offre de la requérante. On notera également que la tutelle (pièce A.7. du D.A.) omet de lire l'article 58 précité en combinaison avec l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés (voy. *infra* 15).

[...] Il convient enfin de souligner que la requérante dispose d'un intérêt légitime à obtenir la réparation de son préjudice s'il s'avère que celui-ci présente un lien de causalité avec l'illégalité mise en évidence par l'arrêt n° 243.327 du 3 janvier 2019.

L'incidence de la prétendue irrégularité de l'offre de la requérante doit dès lors être examinée lors de l'analyse du lien causal entre l'illégalité commise par la partie adverse et le préjudice subi par la requérante (voy. *infra* 18) et non au stade de la recevabilité. La partie adverse ne s'y était d'ailleurs pas trompée puisqu'elle invoquait jusqu'ici, dans son mémoire en réponse et à titre infiniment subsidiaire, "l'absence de lien causal lié à l'irrégularité de l'offre de la requérante", avant d'en faire, pour la première fois dans son dernier mémoire, un argument de recevabilité.

[...] Pour les raisons qui précèdent, la présente demande en indemnité réparatrice doit être déclarée recevable dès lors que la requérante dispose d'un intérêt légitime à obtenir la réparation du préjudice subi en raison de l'illégalité mise en évidence par l'arrêt n° 243.327 du 3 janvier 2019 ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse soutient, dans son dernier mémoire, que la requérante ne dispose pas d'un intérêt légitime à demander l'octroi d'une indemnité réparatrice, pour réparer le préjudice lié à la perte d'un marché (ou la perte d'une chance de remporter ce marché) dès lors qu'elle n'aurait jamais pu remporter ce marché, en raison de la nullité de son offre (prix anormal remis pour le poste 34.13 « panneaux d'isolation – laine minérale 60 mm » du métré). Elle estime que l'intérêt à agir de la requérante est illégitime, dès lors qu'il est lié à la reconnaissance d'une situation illégale qui implique de couvrir un prix anormalement bas et donc de méconnaître l'égalité et la transparence entre les soumissionnaires ainsi que de fausser les conditions normales de la concurrence.

L'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, sur la base duquel la partie adverse fonde son exception vise « [l]es demandes, difficultés et recours en annulation et recours en cassation visés aux articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1^o à 8^o, des mêmes lois ». Cette disposition n'est pas applicable aux demandes d'indemnité réparatrice visées à l'article 11bis des mêmes lois.

En toute hypothèse, l'intérêt de la requérante ne pourrait être considéré comme illégitime que s'il était établi que sa demande tend au maintien d'une situation illégale ou à l'obtention d'un avantage illicite. L'illégitimité de l'intérêt, si elle est reconnue, ne consiste pas en une simple illégalité. Elle tient à des circonstances répréhensibles et à l'intention d'enfreindre la loi. Or, de telles circonstances ou une telle intention ne sont pas démontrées dans le chef de la requérante. L'affirmation que l'offre de cette dernière serait nulle est un argument neuf soulevé, pour la première fois, par la partie adverse, dans le mémoire en réponse déposé dans le cadre de la présente procédure. Ni dans le cours de la procédure d'attribution du marché litigieux ni dans le cadre de la procédure d'annulation diligentée devant le Conseil d'État, la partie adverse n'a soutenu que l'offre de la requérante aurait été irrégulière. En introduisant sa demande d'indemnité réparatrice à la suite de l'arrêt d'annulation du 3 janvier 2019, la requérante ne manifeste aucune intention de violer la loi ni ne se prévaut d'un intérêt illégal.

L'exception soulevée par la partie adverse ne peut être retenue.

V. Exposé du préjudice subi

V.1. Thèses des parties

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.705

A. Requête

La requérante expose que l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État soumet l'octroi d'une indemnité réparatrice à quatre conditions : l'existence d'une illégalité, l'existence d'un préjudice, l'existence d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice et la détermination du préjudice indemnisable.

La requérante estime que « l'existence d'une illégalité résulte directement de l'arrêt d'annulation n° 243.327 du 3 janvier 2019 » puisque dans cet arrêt, le Conseil d'État « fait droit au moyen unique soulevé par la requérante à l'appui de son recours et a, en conséquence, annulé la décision litigieuse ». Elle reproduit l'exposé de son moyen qui figure dans l'arrêt, ainsi que l'appréciation à laquelle il a donné lieu.

Au titre du préjudice subi du fait de l'illégalité constatée par l'arrêt précité, la requérante fait valoir, à titre principal, la perte du marché litigieux et, partant, du bénéfice qu'elle aurait réalisé si le marché lui avait été attribué et, à titre subsidiaire, la perte d'une chance de remporter le marché. Se référant à l'arrêt n° 237.894, du 31 mars 2017, SA TRBA, et s'inspirant de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006, elle évalue le préjudice consistant dans la perte du marché à 10 % du montant HTVA de son offre, soit 56.252, 63 euros. À titre subsidiaire, elle fait valoir qu'elle aurait eu à tout le moins 50 % de chances d'obtenir le marché et évalue son préjudice, dans cette hypothèse, à 28.126, 32 euros. Dans les deux cas, elle indique qu'il convient d'appliquer les intérêts au taux légal à compter de la date d'introduction de la requête en annulation, le 18 juillet 2016.

Elle expose que le préjudice subi n'a en rien été réparé par l'arrêt d'annulation puisque, sauf erreur de sa part, le marché a été conclu avec l'adjudicataire et il a, depuis lors, été exécuté.

Selon elle, ce préjudice résulte directement de l'illégalité constatée dans l'arrêt d'annulation, en sorte que le lien de causalité entre cette illégalité et le préjudice subi est clairement établi.

Elle reproduit un passage de l'arrêt d'annulation, selon lequel un document portant une date postérieure à la date limite d'ouverture des offres et déposé dans le cadre de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 peut être pris en considération s'il porte sur un élément dont l'existence avant l'expiration du délai

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.705

fixé pour déposer offre est établie et objectivement vérifiable. Elle précise qu'elle disposait bien d'une couverture d'assurance suffisante à la date limite fixée pour le dépôt des candidatures et dépose à ce titre une – nouvelle – attestation de sa compagnie d'assurances (pièce 6 annexée à la demande). Elle en déduit qu'elle aurait dû être sélectionnée et que le marché aurait dû lui être attribué.

Elle ajoute que « dans son arrêt d'annulation, le Conseil d'État a également jugé que la motivation de la décision n'est pas adéquate, dès lors qu'elle "signifie que le pouvoir adjudicateur a refusé de prendre en compte l'attestation d'assurance déposée par la requérante en raison de sa date postérieure au dépôt des offres et sans que ne soit vérifié si cette attestation permettait d'établir l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges" ». Elle en déduit qu'« il appartenait donc à la partie adverse de vérifier la date à partir de laquelle la requérante disposait d'une couverture d'assurance suffisante » et souligne que, si cette vérification avait été faite, la requérante n'aurait pas manqué de lui confirmer que la couverture mentionnée dans l'attestation du 25 novembre 2015 lui était acquise depuis le 1^{er} janvier 2009. Selon elle, « la partie adverse aurait alors nécessairement sélectionné la requérante et lui aurait attribué le marché ».

À titre subsidiaire, la requérante estime avoir à tout le moins perdu une chance de se voir attribuer le marché. Après avoir rappelé que la partie adverse aurait dû, selon elle, vérifier si la couverture d'assurance mentionnée dans l'attestation du 25 novembre 2015 était acquise avant la date fixée pour le dépôt des offres, elle indique qu'en tout état de cause, la partie adverse aurait à tout le moins pu procéder à cette vérification qui aurait nécessairement conduit à la sélection de la requérante et à l'attribution du marché en sa faveur. Elle considère que cette chance de se voir attribuer le marché est suffisamment certaine, puisque la partie adverse avait interrogé une première fois la requérante et que rien ne s'opposait à ce qu'elle le fasse à nouveau.

La requérante fait valoir, à titre principal, que le préjudice subi résulte de sa non-sélection et qu'il trouve donc son origine directe dans la décision litigieuse. Elle observe qu'« au terme de la première décision d'attribution du 10 décembre 2015, la partie adverse avait [...] décidé d'attribuer le marché à la requérante, celle-ci ayant remis l'offre régulière la plus basse ». Elle en déduit que « si la partie adverse n'avait pas finalement décidé, au terme de sa décision du 21 janvier 2016, de ne pas sélectionner la requérante, le marché aurait nécessairement été attribué à cette dernière ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse convient que la première condition pour l'octroi d'une indemnité réparatrice tenant au constat d'une illégalité est satisfaite, mais elle nuance en indiquant que « la preuve d'une illégalité est toutefois limitée à la motivation formelle de la décision d'attribution ».

Elle estime que le dommage n'est pas établi, parce que la requérante n'avait aucun droit acquis à remporter le marché. Elle fait valoir que l'offre de la requérante était non seulement non sélectionnable, mais encore irrégulière et renvoie aux développements relatifs au lien causal.

Après avoir rappelé le contenu de l'exigence du lien de causalité dans le contexte de l'indemnité réparatrice, la partie adverse reproduit les termes de l'arrêt d'annulation pour relever que l'acte attaqué a été reconnu irrégulier parce que sa motivation n'était pas adéquate :

- « - en ce qu'elle justifiait la non-sélection de la requérante par le caractère postérieur de la date de l'attestation d'assurance (25 novembre 2015), transmise à la suite de l'invitation adressée en ce sens par la partie adverse par application de l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, par rapport à la date limite fixée pour le dépôt des offres (13 novembre 2015) ;
- alors que, pour être adéquate, la motivation de la non-sélection de la requérante aurait dû indiquer que l'attestation d'assurance ne permettait pas, telle qu'elle était libellée, de conclure objectivement que la couverture d'assurance requise existait au plus tard à la date limite du dépôt des offres ».

La partie adverse observe qu'à la lecture de l'attestation du 25 novembre 2015, « rien ne permet d'attester qu'une couverture d'assurance conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges existait au plus tard à l'échéance fixée pour le dépôt des offres ». Elle en déduit que l'illégalité constatée dans l'arrêt est purement formelle. Elle ajoute que « la circonstance que la requérante aurait effectivement disposé d'une couverture conforme avant la date fixée pour le dépôt des offres, étayée par la pièce 6 du dossier de la requérante communiquée seulement à l'occasion de l'introduction de sa demande d'indemnité réparatrice, ne change rien à la conclusion qui précède ».

La partie adverse soutient, à titre principal, l'« absence de lien causal lié au non-respect des exigences de sélection qualitative ». Elle fait valoir, en substance, que « si au lieu de justifier la non-sélection de la requérante par le caractère postérieur de la date de l'attestation d'assurance par rapport à la date limite du dépôt des offres, la partie adverse avait motivé la non-sélection en indiquant que

l'attestation datée certes postérieurement au dépôt des soumissions ne permettait nullement de conclure que la requérante disposait d'une couverture d'assurance conforme au plus tard à la date fixée pour le dépôt des offres, la requérante n'aurait pas obtenu le marché ». Selon elle, « la nature formelle de l'illégalité implique, de surcroît, que si la motivation avait été régulière et adéquate, la décision aurait été identique quant au fond et que le préjudice vanté se serait donc produit ». La partie adverse estime que le dommage de la requérante « a été entièrement réparé du fait de l'annulation ».

La partie adverse répond à l'argument de la requérante, selon lequel elle aurait dû l'interroger à nouveau, pour vérifier la date à partir de laquelle la requérante disposait d'une couverture suffisante. Selon elle, la requérante donne à l'arrêt C-336/12 du 10 octobre 2013 de la Cour de justice de l'Union européenne une portée qu'il n'a pas. Elle relève que la requérante reconnaît que la couverture d'assurance devait exister au plus tard à la date limite de dépôt des offres et que l'attestation du 25 novembre 2015 ne permettait pas de le vérifier. La partie adverse expose que, selon elle, l'obligation de vérifier que l'élément recherché dans le cadre de la sélection qualitative existait au plus tard à la date du dépôt des soumissions – obligation qui se déduit de l'arrêt de la Cour de justice – n'implique pas que le pouvoir adjudicateur serait tenu d'interroger encore le soumissionnaire. En conséquence, l'argumentation développée, à titre principal et à titre subsidiaire, par la requérante ne peut être retenue.

La partie adverse expose ensuite longuement que le Conseil d'État « a tranché dans l'arrêt n° 243.327 la question de savoir si l'existence d'une couverture d'assurance au plus tard à la date du dépôt des offres devait être objectivement vérifiable ou si [...] la couverture d'assurance devait exister dès avant l'attribution du marché » et « a constaté que l'attestation d'assurance déposée par la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de sélection qualitative du marché public litigieux ». Elle reproduit les arguments de son dernier mémoire déposé dans le cadre de la procédure d'annulation.

À titre subsidiaire, la partie adverse suggère que soit posée une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne « si, par extraordinaire, [le] Conseil [d'État] devait considérer qu'il existe un doute quant à la réponse à donner à la question de savoir si l'existence d'une couverture d'assurance conforme au plus tard à la date limite du dépôt des offres devait être objectivement vérifiable ou si la couverture d'assurance devait exister au plus tard à la date d'attribution du marché », de manière à savoir si la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation

des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dont la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, applicable au marché litigieux, assure la transposition en droit interne, et particulièrement son article 47, 1°, a), relatif aux « capacités économique et financière », doit être interprété en ce sens que « la preuve d'une assurance des risques professionnels » doit être objectivement vérifiable dans le chef des candidats/soumissionnaires antérieurement et au plus tard à la date limite fixée pour le dépôt des dossiers de candidature/offres et antérieurement ou si la preuve de ladite couverture d'assurances peut porter sur une période postérieure à la date de dépôt des dossiers de candidature/offres.

La partie adverse soutient, à titre infiniment subsidiaire (dans l'hypothèse où il devrait se déduire de la réponse de la Cour de justice que la partie adverse devait apprécier si une couverture d'assurance conforme existait au plus tard à la date de l'attribution du marché), « l'absence de lien causal lié à l'irrégularité de l'offre de la requérante ». Elle rappelle que, par son courrier du 25 novembre 2015, la partie adverse avait aussi demandé à la requérante de « justifier les prix unitaires anormalement bas repris dans la liste ci-dessous [...] » dont, notamment, le poste 34.13 « panneaux d'isolation – laine minérale 60 mm » pour lequel la requérante avait proposé un prix de 0,91 € ». La partie adverse relève que la requérante avait justifié son prix en ces termes : « en stock il s'agit d'une erreur de frappe le prix réel est de 9,10 €, mais nous maintenons notre prix ». Se référant notamment à l'arrêt n° 224.168 du 27 juin 2013, selon lequel « l'aveu d'une erreur, fût-elle assumée par le soumissionnaire interrogé ne constitue pas une justification de prix admissible », la partie adverse considère que la requérante a « clairement remis un prix anormal ». Elle conclut que l'offre était affectée d'une irrégularité substantielle et qu'elle était nulle et en déduit que « sans l'illégalité, le dommage vanté serait survenu : la requérante n'aurait pas obtenu le marché puisque la partie adverse aurait dû soulever cette irrégularité substantielle qui constitue une nullité absolue ». Selon la partie adverse, cette nullité s'impose *erga omnes*, en sorte que « reconnaître un lien causal aboutirait à couvrir cette nullité absolue, ce qui n'est pas possible ».

La partie adverse précise que la circonstance que l'extrait de procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 10 décembre 2015 indique que la SRL Santo Colina, entre autres, a justifié ses prix, « est sans incidence dans la mesure où il s'agit d'un acte préparatoire », qui a été invalidé par l'autorité de tutelle. Elle ajoute que le fait que la décision du 21 janvier 2016 comprenne le passage selon lequel « les entreprises Dujacquier et Santo Colina ont justifié leurs prix » est également sans incidence, dans la mesure où la partie adverse avait

préalablement décidé de ne pas sélectionner la requérante, rendant toute analyse relative à la question des prix anormaux superflue.

C. Mémoire en réplique

La requérante répète que le dommage est établi dès lors qu'elle n'a pas obtenu le marché.

Elle rappelle la théorie de l'équivalence des conditions et indique que « l'existence d'un lien causal ne peut être écartée que s'il est démontré que le dommage se serait tout de même produit, même sans la faute ». Or, selon elle, « la non-attribution du marché auquel [elle] a postulé procède directement du non-examen par la partie adverse d'éléments objectivement vérifiables dans l'attestation du 25 novembre 2015 [...] ».

La requérante souligne que l'attestation du 25 novembre 2015 ne précise pas que les 2.500.000 euros étaient déjà couverts au moment du dépôt de l'offre, mais « ne dit pas le contraire non plus ». Selon elle, la partie adverse aurait aisément pu poser la question « ainsi que le commandent le principe de bonne administration et le devoir de minutie ». Elle se réfère à un arrêt selon lequel « le principe de minutie impose à l'administration de s'informer complètement et de procéder à un traitement minutieux des éléments qui conduisent à l'adoption d'une décision afin "de statuer en parfaite connaissance de cause" ». Elle se réfère également à un arrêt selon lequel « il y a lieu d'admettre, conformément aux principes de bonne administration et du devoir de minutie qui imposent à l'autorité compétente de statuer en parfaite connaissance de cause, le dépôt de plans modificatifs en degré de recours lorsqu'ils portent sur une modification accessoire et minime du projet initialement déposé ou ne visent qu'à mieux préciser l'objet de la demande initiale ».

Selon la requérante, « en exécution de [l']arrêt d'annulation du 3 janvier 2019, la partie adverse était tenue de réexaminer l'attestation d'assurance du 25 novembre 2015, sans s'arrêter à la seule date d'émission du document, pour apprécier si l'élément attesté par le document existait à la date limite du dépôt de l'offre ». La requérante démontre qu'elle disposait de la couverture requise au moment du dépôt de son offre et en déduit que « le défaut de vérification susvisé a emporté l'écartement illégal de la requérante de l'attribution du marché et par conséquent provoqué le dommage ici vanté ».

Quant à la nullité de l'offre, la requérante répète qu'« il ressort [...] à suffisance de l'extrait de procès-verbal du conseil d'administration de la partie

adverse du 10 décembre 2015 [...] que cette dernière avait décidé d’attribuer le marché à la requérante, pour changer d’avis le 21 janvier 2016 au seul motif que l’attestation d’assurance n’était pas valable ». Elle se réfère, sur ce point à un extrait de l’arrêt d’annulation qui évoque la décision du 10 décembre 2015.

Enfin, selon elle, la question préjudicielle ne doit pas être posée, dès lors que, dans son arrêt d’annulation, le Conseil d’État a « clairement jugé » que :

« S’il se conçoit, en effet, qu’au titre de la faculté que lui laisse l’article 59, 1^o, précité, le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire un document relatif à la sélection, encore faut-il - sauf à priver de sens les termes “compléter” ou “expliciter” - qu’à la date limite du dépôt de l’offre ou du dossier de candidature, l’élément attesté par ce document existe effectivement. Un document portant une date postérieure à la date limite d’ouverture des offres et déposé dans le cadre de l’article 59 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 peut, dès lors, être pris en considération par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la sélection s’il porte sur un élément dont l’existence avant l’expiration du délai fixé pour déposer offre est objectivement vérifiable. »

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse répète que l’irrégularité substantielle de l’offre de la requérante, déduite de l’existence d’un prix anormal, rompt le lien de causalité entre l’illégalité et le dommage vanté. Elle expose, à cet égard, ce qui suit :

« [...] À supposer même qu’il y avait une chance sur deux que la SCRL SAMBRE ET BIESME invite une deuxième fois la requérante à compléter ou à expliciter les documents relatifs à sa couverture d’assurance – *quod non* –, contrairement au rapport de M^{me} le Premier auditeur, la question qui se pose n’est pas celle de savoir s’il y avait une chance que la SCRL SAMBRE ET BIESME réexamine la régularité de l’offre de la requérante, confirme l’existence d’un prix anormal et conclue à la nullité de l’offre. En effet, même si la SCRL SAMBRE ET BIESME n’avait pas réexaminé la régularité de l’offre de la requérante, la tutelle aurait pu déceler le prix anormal et sanctionner la décision de la SCRL SAMBRE ET BIESME, ou bien un concurrent aurait pu agir en annulation d’une telle décision et invoquer un moyen dénonçant l’existence d’un prix anormal.

[...] Il apparaît, au contraire, que la question qui se pose est celle de savoir si l’offre de la requérante, quand bien même aurait-elle pu être sélectionnée – *quod non* –, était susceptible en droit de générer l’attribution du marché public et, à défaut, un dommage. Conformément au titre A ci-avant, il faut répondre par la négative, dès l’instant où l’offre de la requérante était affectée d’un prix anormal et, partant, nulle.

D’ailleurs, devant les cours et tribunaux judiciaires, il est communément admis qu’est non fondée l’action en responsabilité de l’entrepreneur fondée sur un contrat de marché public irrégulièrement conclu, à défaut par exemple de l’avoir été au terme d’une mise en concurrence. En effet, en ce cas, les cours et tribunaux considèrent que le contrat est nul. Il est censé ne jamais avoir existé et ne peut pas servir de base à une demande indemnitaire.

Ce même raisonnement est transposable *mutatis mutandis* en l’espèce.

Une indemnité réparatrice ne peut pas être obtenue en raison d'un marché qu'un soumissionnaire aurait pu obtenir, malgré une offre irrégulière, en raison d'une erreur d'appréciation du pouvoir adjudicateur.
Dans ces conditions, la demande d'indemnité réparatrice doit être rejetée, dès l'instant où il n'existe pas de lien causal entre l'illégalité et le dommage vanté.
L'illégalité a été entièrement réparée du fait de l'annulation ».

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante répète, quant à l'existence d'un préjudice, que celui-ci consiste dans la perte du marché et du manque à gagner qui en résulte et ajoute qu'elle partage l'avis du premier auditeur en ce qu'elle estime qu'« [i]l convient ensuite d'examiner, sous l'angle du lien causal, si l'illégalité constatée dans l'arrêt d'annulation a causé la perte du marché – comme le soutient la requérante à titre principal –, a causé la perte d'une chance d'obtenir le marché – comme le soutient la requérante à titre subsidiaire –, ou si le marché aurait échappé à la requérante même en l'absence de l'illégalité commise – comme le soutient la partie adverse – ».

S'agissant de l'existence d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice vanté, la requérante fait valoir ce qui suit :

« [...] Pour rappel, le préjudice subi par la requérante du fait de l'illégalité de la décision d'attribution du 21 janvier 2016 consiste :
- à titre principal, dans la perte du marché litigieux,
- à titre subsidiaire, dans la perte d'une chance de se voir attribuer ledit marché.

À titre principal : perte du marché litigieux

[...] À titre principal, le préjudice subi par la requérante consiste en la perte du marché litigieux et, partant, en la privation du bénéfice qu'elle aurait réalisé si le marché lui avait été attribué.

[...] Contrairement à ce que tente désormais de faire croire la partie adverse, le préjudice subi par la requérante résulte directement de sa non-sélection au terme de la décision d'attribution du 21 janvier 2016.

Comme cela a été rappelé lors de l'examen de la recevabilité de la présente demande, la partie adverse n'a jamais remis en cause la régularité de l'offre de la requérante, que ce soit dans la décision du 10 décembre 2015 ou dans la décision du 21 janvier 2016.

Dans la mesure où, dans le cadre des deux décisions précitées, l'offre de la requérante a été déclarée régulière après analyse de ses justifications de prix, la partie adverse ne pourrait désormais prétendre qu'en réalité, elle aurait pu ou dû conclure à l'irrégularité de cette offre pour cause de prix anormal pour contester l'existence d'un lien de causalité entre l'illégalité commise et le préjudice subi par la requérante.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur dénonce l'irrégularité de l'offre de la partie requérante dans le cadre d'un recours introduit devant Votre Conseil alors que cette irrégularité n'a pas été préalablement décelée, Votre Conseil, comme mis en évidence *supra* (voy. *supra* 5) estime qu'il ne "lui appartient pas de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a pas lui-même qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution et que, pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est effectivement entachée de l'irrégularité que dénonce le pouvoir adjudicateur".

Il en résulte que si la partie adverse avait finalement décidé, au terme de sa décision d'attribution du 21 janvier 2016, de sélectionner la requérante, le marché lui aurait nécessairement été attribué.

La requérante ne partage dès lors pas l'avis de Madame le Premier auditeur lorsque celle-ci considère (p.19) ce qui suit :

“ Il convient néanmoins de considérer que, si la partie requérante avait été sélectionnée, il subsistait une chance (ou un risque) que la partie adverse réexamine la régularité de son offre et une chance (ou un risque) qu'elle l'écarte pour cause d'irrégularité substantielle. Mais il demeurerait également une chance qu'elle maintienne son analyse initiale et la considère formellement et matériellement régulière – à tort ou à raison, le Conseil d'État n'a pas à se substituer à elle dans le cadre de la présente procédure –.

Il résulte de ce qui précède que le lien de causalité entre l'illégalité et la perte du marché n'est pas établi, mais que le lien de causalité entre l'illégalité et la perte d'une chance d'obtenir le marché est établi”.

En l'espèce, les décisions du 10 décembre 2015 et du 21 janvier 2016 démontrent clairement que la partie adverse a accepté les justifications de prix de la requérante pour en conclure à la recevabilité de l'offre de cette dernière. La régularité de ladite offre n'a ainsi jamais été critiquée avant le mémoire en réponse déposé dans le cadre de la présente demande en indemnité réparatrice.

Si la partie adverse estimait devoir conclure à l'irrégularité de l'offre de la requérante pour cause de prix anormalement bas, il lui appartenait alors d'examiner cette question dans le cadre de la décision d'attribution du marché litigieux, ce qui n'a toutefois pas été fait.

À défaut d'avoir remis en cause la régularité de l'offre de la requérante au moment d'adopter la seconde décision d'attribution en date du 21 janvier 2016, force est de constater que la partie adverse a confirmé la régularité de ladite offre de sorte qu'en l'espèce, il n'existait, en réalité, aucun risque que la partie adverse écarte l'offre de la requérante pour cause d'irrégularité substantielle.

À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'après avoir examiné la décision de la partie adverse du 10 décembre 2015, l'autorité de tutelle a uniquement critiqué ladite décision en ce qui concerne la sélection de la requérante. À aucun moment, l'autorité de tutelle n'a remis en question la régularité de l'offre de la requérante.

La partie adverse ne peut, comme explicité (*supra* 5 et note 6) être suivie lorsqu'elle soutient que les décisions adoptées le [10] décembre 2015 et le 21 janvier 2016 devraient être considérées comme inexistantes dès lors [...] que la première a attribué le marché à la requérante et que la seconde a été annulée par Votre Conseil. Ces décisions traduisent en effet la position de la partie adverse quant à la régularité de l'offre de la requérante de sorte que la partie adverse ne pourrait, pour les seuls besoins de la cause, critiquer désormais la régularité de ladite offre et contester l'existence d'un lien causal afin d'éviter de réparer le préjudice causé à la requérante.

[...] En outre, le préjudice subi par la requérante résulte directement de l'illégalité censurée par Votre Conseil dans son arrêt d'annulation du 3 janvier 2019.

Aux termes de cet arrêt, Votre Conseil a notamment jugé que la motivation de la décision du 21 janvier 2016 n'était pas adéquate dès lors qu'elle “signifie que le pouvoir adjudicateur a refusé de prendre en compte l'attestation d'assurance déposée par la requérante en raison de sa date postérieure au dépôt des offres et sans que ne soit vérifié si cette attestation permettait d'établir l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges”.

Si, par erreur, la première attestation d'assurance du 4 septembre 2015 ne mentionnait pas un montant suffisant, force est toutefois de constater que le numéro de police est exactement le même que celui auquel faisait référence la deuxième attestation d'assurance du 25 novembre 2015.

L'attestation du 25 novembre 2015, lue en combinaison avec l'attestation initialement déposée à l'appui de l'offre, comportait dès lors des éléments objectivement vérifiables quant à la satisfaction de la condition d'assurance dans le chef de la requérante au moment du dépôt de son offre, portant sur une même police d'assurance.

La partie adverse aurait donc dû sélectionner la requérante sur la base des attestations fournies dès lors que celles-ci permettaient de démontrer que la police d'assurance mentionnée dans l'attestation du 4 septembre 2015 couvrait, en réalité, un montant de 2.500.000 € et non un montant de 1.240.000 € comme indiqué initialement. Lors de la décision du [10] décembre 2015, la partie adverse avait d'ailleurs décidé de sélectionner la requérante.

Si, au moment d'adopter sa seconde décision d'attribution, la partie conservait encore un doute à cet égard, il lui revenait alors d'interroger la requérante, et ce dans le respect de l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (voy. *infra* 15), du principe de bonne administration et du devoir de minutie.

Si la partie adverse avait fait une correcte application des principes et dispositions qui précèdent, la partie adverse aurait admis que les assurances ne devaient pas couvrir une période antérieure au dépôt des offres. La partie requérante n'aurait au demeurant pas manqué de lui confirmer que la couverture d'assurance mentionnée dans l'attestation du 25 novembre 2015 lui était acquise depuis le 1^{er} janvier 2009, soit antérieurement à la date limite de dépôt des offres (ce que la législation et la réglementation applicables n'exigeaient même pas, voy. *infra* 15).

La requérante aurait dû, en conséquence, être sélectionnée et le marché aurait dû lui être attribué.

[...] Si l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que la capacité financière et économique du soumissionnaire peut être justifiée par la preuve d'une assurance des risques professionnels, il convient de préciser que l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics prévoit pour sa part ce qui suit :

“ § 1^{er}. L'adjudicataire contracte les assurances couvrant sa responsabilité en matière d'accidents de travail et sa responsabilité civile vis-à-vis des tiers lors de l'exécution du marché.

L'adjudicataire contracte également toute autre assurance imposée par les documents du marché.

§ 2. Dans un délai de trente jours à compter de la conclusion du marché, l'adjudicataire justifie qu'il a souscrit ces contrats d'assurance, au moyen d'une attestation établissant l'étendue de la responsabilité garantie requise par les documents du marché.

À tout moment durant l'exécution du marché, l'adjudicataire produit cette attestation, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande du pouvoir adjudicateur” [...]

Si une assurance des risques professionnels peut ainsi être exigée dans le cadre de la sélection qualitative, force est de constater que la preuve de la souscription d'une telle assurance doit cependant être produite dans les trente jours qui suivent la conclusion du marché et non au moment du dépôt des offres.

Il serait en effet disproportionné d'exiger de tous les soumissionnaires qu'ils contractent, avant l'introduction de leur offre, une assurance pour un marché public spécifique alors que ledit marché ne sera attribué qu'à un seul d'entre eux.

[...] À cet égard, un parallèle paraît devoir être fait avec les règles applicables en matière d'agrément des entrepreneurs de travaux.

Selon l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, un entrepreneur doit disposer de l'agrément requise ou démontrer qu'il remplit les conditions de l'agrément au moment de l'attribution du marché. En matière d'agrément, la situation de l'entrepreneur doit dès lors être appréciée au moment de l'attribution du marché et pas au moment du dépôt des offres.

Votre Conseil confirme, de manière constante, que c'est bien au moment de l'attribution d'un marché public de travaux que l'entrepreneur doit disposer de

l'agrération exigée par les documents du marché et non au moment du dépôt de son offre.

L'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 prévoit, en outre, qu' "un marché de travaux ne peut être attribué à un entrepreneur non agréé qui produit les preuves visées à l'article 3, § 1^{er}, 2°, ou se fonde sur une inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre État membre des Communautés européennes, qu'après que le Gouvernement régional a décidé, à la demande du maître d'ouvrage et après l'avis de la Commission, que sont respectivement remplies les conditions d'agrération visées à l'article 4, § 1^{er}, et les exigences en matière d'équivalence d'agrération visées à l'article 5".

Lorsqu'un entrepreneur n'est pas agréé, le Gouvernement régional doit dès lors décider si les conditions d'agrération ou les exigences en matière d'équivalence d'agrération sont remplies et ce, préalablement à l'attribution du marché.

Transposant ces dispositions dans la réglementation relative aux marchés publics, l'article 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit ce qui suit :

" Dans le cas d'un marché de travaux, lorsqu'en vertu de l'article 3, § 1^{er} de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux, le marché ne peut être attribué qu'à des personnes qui, soit sont agréées à cet effet, soit ont fourni la preuve qu'elles remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréées, l'avis de marché doit mentionner l'agrération requise conformément à la loi précitée et à ses arrêtés d'exécution.

La demande de participation ou l'offre indique :

1° soit que le candidat ou le soumissionnaire dispose de l'agrération requise ;

2° soit que le candidat ou le soumissionnaire est titulaire d'un certificat ou est inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre de l'Union européenne. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre le certificat délivré par l'organisme de certification compétent ou la preuve de cette inscription certifiée par l'organisme compétent de l'État membre ainsi que tout document de nature à établir l'équivalence de cette certification ou inscription à l'agrération requise visée à l'alinéa 1^{er}. Ce certificat ou cette inscription mentionnera les références ayant permis la certification ou l'inscription sur la liste ;

3° soit que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, § 1^{er}, 2°, de la loi précitée du 20 mars 1991. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre les pièces justificatives nécessaires.

En procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publicité, s'il estime les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 suffisantes pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1^{er} sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière et technique ou professionnelle".

Il est ainsi possible, pour un entrepreneur ne disposant pas de l'agrération requise, de déposer une offre dans la mesure où l'agrération n'est pas un critère de régularité de l'offre, mais bien une condition de validité de l'attribution.

Afin de permettre l'accès au plus grand nombre d'entrepreneurs et de ne pas imposer une agrération qui, pour certains, ne sera utile que pour un marché public spécifique, le législateur a donc fait preuve de souplesse en autorisant un entrepreneur à déposer une offre même s'il ne dispose pas encore de l'agrération requise.

[...] À l'évidence, un raisonnement identique a été opéré par le législateur s'agissant des assurances dès lors que l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 prévoit que la preuve de la souscription aux contrats d'assurance requis doit être rapportée dans les trente jours qui suivent la conclusion du marché et non au moment du dépôt des offres. C'est également ce que notait avec pertinence

Madame le premier auditeur lorsqu'elle écrivait dans son rapport rendu lors du recours en annulation :

“ [e]n imposant une attestation d'assurance des risques professionnels à concurrence d'un certain montant (proportionnel au montant de l'offre), le pouvoir adjudicateur annonce qu'il n'examinera que les offres (...) d'entrepreneurs bénéficiant d'une couverture d'assurance suffisante pour assurer la bonne exécution de son marché (...). À cet égard, la situation peut être comparée au critère de capacité technique relatif à l'outillage dont bénéficiera l'entrepreneur pour l'exécution de son marché, dont on ne peut lui imposer de faire l'acquisition avant de déposer son offre (...)”.

Dans la mesure où, en l'espèce, la requérante a démontré qu'elle bénéficiait d'une police d'assurance suffisante avant la conclusion du marché, la partie adverse ne pouvait écarter son offre, sauf à méconnaître et à priver de sens l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

On mettra donc en évidence que l'article 58, § 1^{er}, 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011 doit donc être lu en combinaison avec l'article 24 précité, sauf à exiger dorénavant, *contra legem*, de tous les soumissionnaires qu'ils respectent, avant l'attribution du marché, d'onerieuses exigences d'assurance.

On précisera pour conclure ce volet que le pouvoir adjudicateur a pris soin, lors de l'établissement du [cahier] spécial des charges, d'énumérer, parmi les dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité, celles auxquelles il entendait pouvoir déroger : l'article 24 précité n'en fait pas partie.

[...] Il résulte de ce qui précède que le lien de causalité entre l'illégalité et le dommage causé est établi.

À titre subsidiaire : perte d'une chance d'obtenir le marché litigieux

[...] À titre subsidiaire, il s'indique à tout le moins de considérer qu'en raison de l'illégalité retenue par Votre Conseil aux termes de son arrêt du 3 janvier 2019, la requérante a perdu une chance de se voir attribuer le marché litigieux.

Il résulte, en effet, de la motivation de la décision annulée que pour refuser la sélection de la requérante, la partie adverse s'est uniquement fondée sur la date de l'attestation produite par la requérante en cours de procédure.

Comme déjà indiqué ci-dessus, la partie adverse ne devait pas vérifier si la couverture d'assurance mentionnée dans l'attestation du 25 novembre 2015 était acquise avant la date fixée pour le dépôt des offres. Elle devait se borner à constater que la première attestation d'assurance du 4 septembre 2015 portait le même numéro de police que celui auquel faisait référence la deuxième attestation d'assurance du 25 novembre 2015. La requérante aurait alors pu confirmer qu'elle disposait effectivement de la couverture d'assurance requise.

En tout état de cause, même s'il devait être considéré que l'attestation du 25 novembre 2015 n'était pas suffisante comme telle pour permettre au pouvoir adjudicateur de constater que l'exigence de couverture d'assurance était remplie – *quod non* –, il n'en reste pas moins que si elle ne s'en était pas tenue à la seule date de l'attestation, la partie adverse aurait alors à tout le moins pu procéder à ladite vérification qui, si elle avait été faite, aurait nécessairement conduit à la sélection de la requérante et à l'attribution du marché à cette dernière dans la mesure où son offre avait été déclarée régulière et qu'elle était la moins-disante.

En raison de l'illégalité commise par la partie adverse, la requérante a ainsi, à tout le moins, perdu une chance de se voir attribuer le marché. Cette chance est suffisamment certaine puisque la partie adverse avait déjà interrogé une première fois la requérante et que rien ne s'opposait à ce qu'elle l'interroge une nouvelle fois pour obtenir la confirmation de la date à laquelle la couverture d'assurance était acquise.

Madame le Premier auditeur estime ainsi que le lien de causalité entre l'illégalité et la perte d'une chance d'obtenir le marché est établi.

[...] La partie adverse ne peut, du reste, être suivie lorsqu'elle invoque l'absence de tout lien causal entre l'illégalité commise et le préjudice subi par la requérante. La requérante permet de renvoyer sur ce point aux numéros 5 et 13.

La partie adverse ne pourrait donc, pour les seuls besoins de la cause, critiquer désormais la régularité de ladite offre et contester l'existence d'un lien causal afin d'éviter de réparer le préjudice causé à la requérante.

Dans la mesure où la partie adverse a, par deux fois, considéré que l'offre de la requérante était régulière, l'existence du lien causal doit être analysée sur la base de cette appréciation et non sur la base d'une prétendue irrégularité substantielle de l'offre que la partie adverse a dénoncée pour la première fois dans le cadre de la présente procédure en indemnité réparatrice.

À toutes fins utiles et contrairement à ce que tente de faire croire la partie adverse, rien ne permet de considérer que l'offre de la requérante aurait dû être déclarée nulle pour cause d'irrégularité substantielle en raison d'un prix anormalement bas.

De manière constante, Votre Conseil rappelle en effet que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation concernant le caractère (a)normal d'un prix.

Affirmer, comme le fait la partie adverse, qu'il n'existerait aucun lien causal entre l'illégalité commise et le préjudice causé à la requérante au motif que l'offre de la requérante aurait nécessairement été déclarée nulle en raison d'un prix anormalement bas et que cela aur[ait] pu être décelé par l'autorité de tutelle ou un autre concurrent ne constitue dès lors qu'une pure supposition.

Il convient d'ailleurs d'observer que la première décision d'attribution du [10] décembre 2015 – qui considérait que l'offre de la requérante était régulière – a été transmise à l'autorité de tutelle et que cette dernière n'a émis aucune remarque par rapport à l'appréciation de la régularité des offres par la partie adverse.

[...] Il résulte de ce qui précède qu'à titre subsidiaire, le lien de causalité entre l'illégalité et la perte d'une chance d'obtenir le marché litigieux est établi ».

Quant à la détermination du préjudice indemnisable, la requérante expose ce qui suit :

« [...] En ce qui concerne l'évaluation du bénéfice escompté, la requérante a fixé ledit bénéfice à 10 % du montant de son offre, soit 56.252,63 €.

À cet égard, Madame le Premier auditeur a confirmé la position de la requérante en indiquant ce qui suit dans le cadre de son rapport :

“ Il est proposé de suivre la jurisprudence habituelle et de s'inspirer de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 précitée, qui fixe le taux de l'indemnité forfaitaire en matière d'adjudication publique à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de l'offre. Ce pourcentage est censé représenter *ex aequo et bono* le bénéfice attendu d'un marché public. Le bénéfice escompté peut donc être évalué à 10 % du montant HTVA de son offre, soit 56.252,63 €”.

Comme cela a été rappelé dans le cadre du présent mémoire et au regard des exigences de l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité (voy. *supra* 15 à 18), la requérante aurait dû être sélectionnée ; son offre était régulière, ce que la partie adverse a confirmé dans ses deux décisions d'attribution du [10] décembre 2015 et du 21 janvier 2016.

Dans la mesure où, en l'absence de l'illégalité commise par la partie adverse, la requérante aurait ainsi dû se voir attribuer le marché litigieux, elle sollicite, à titre principal, une indemnité réparatrice fixée à 10 % du montant de son offre, soit 56.252,63 €.

[...] À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il serait considéré que l'indemnisation doit s'effectuer sur la base de la perte d'une chance (voy. *supra*

20 à 22), il faudrait alors considérer qu'en l'absence de l'illégalité commise par la partie adverse, la requérante aurait eu à tout le moins 50 % de chance de se voir attribuer le marché.

Dans ce cas de figure, l'indemnisation s'établit alors comme suit :
 $(562.526,33 \times 10 \%) \times 50 \% = 28.126,32 \text{ €}$

[...] Si Madame le Premier Auditeur valide ce raisonnement, elle considère toutefois que le montant de 28.126,32 € devrait être réduit dès lors "qu'il subsistait un risque évalué à une chance sur quatre que la régularité [de l'offre de la requérante] soit réexaminée, avec pour conséquence qu'elle soit écartée".

Comme cela a déjà été rappelé dans le cadre du présent mémoire, la partie adverse n'a jamais remis en cause la régularité de l'offre de la requérante, que ce soit dans la décision du 10 décembre 2015 ou dans la décision du 21 janvier 2016.

Dans la mesure où, dans le cadre des deux décisions précitées, l'offre de la requérante a été déclarée régulière après analyse de ses justifications de prix, la partie adverse ne pourrait désormais prétendre qu'en réalité, elle aurait pu ou dû conclure à l'irrégularité de cette offre pour cause de prix anormal.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur dénonce l'irrégularité de l'offre de la partie requérante dans le cadre d'un recours introduit devant Votre Conseil alors que cette irrégularité n'a pas été préalablement décelée, Votre Conseil estime qu'il ne lui appartient pas de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a pas lui-même qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution et que, pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est effectivement entachée de l'irrégularité que dénonce le pouvoir adjudicateur.

Il en résulte que si la partie adverse avait finalement décidé, au terme de sa décision d'attribution du 21 janvier 2016, de sélectionner la requérante, le marché lui aurait nécessairement été attribué.

La requérante ne partage dès lors pas l'avis de Madame le Premier auditeur sur ce point et considère que, dans l'hypothèse où elle aurait été sélectionnée, il n'existait aucun risque que la régularité de son offre soit réexaminée et puisse entraîner son écartement pour cause d'irrégularité substantielle.

À supposer que l'avis de Madame le Premier auditeur soit néanmoins suivi, il conviendra alors, en tout état de cause, de rectifier l'erreur matérielle quant au montant accordé comme suit :

$(562.526,33 \times 10 \%) \times 50 \% = 28.126,32 \text{ €}$

$28.126,32 \text{ €} \times 75 \% = 21.094,74 \text{ €}.$

[...] Quant aux intérêts, la requérante ne souscrit pas au raisonnement de Madame le premier auditeur sur ce point.

Votre Conseil a en effet tenu un raisonnement différent dans une cause similaire et dit pour droit ce qui suit :

" La demande, fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par le Conseil d'État. Elle ne peut s'analyser comme une dette de somme à laquelle s'appliquerait l'article 1153 du Code civil. Rien n'empêche le Conseil d'État, statuant sur une telle demande, d'accorder à la société requérante des intérêts compensatoires à partir de la date d'attribution du marché litigieux, qui peut être considérée comme la date de survenance du dommage".

La requérante demande par conséquent que les intérêts légaux relatifs à l'indemnité réparatrice qu'elle sollicite commencent à courir dès le jour où le marché aurait dû être conclu, soit le 10 décembre 2015, jour de la première attribution.

[...] Il résulte de ce qui précède que la requérante est fondée à réclamer une indemnité réparatrice destinée à réparer le préjudice causé par la non-attribution du marché litigieux ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit, par exception, que « 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 ».

L'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

L'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil que de l'indemnité « en équité » de l'article 11 des lois coordonnées précitées et dont « il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence » (Doc. parl., Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, « notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse » (Doc. parl., Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (Doc. parl., Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

Par l'arrêt n° 243.327 du 3 janvier 2019 (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.243.327), le Conseil d'État a annulé la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 21 janvier 2016 de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer le marché relatif à la construction de six logements, cité Sainte Face à 6250 Pont-de-Loup, à la SRL Dujacquier. L'illégalité constatée par l'arrêt est un défaut de motivation formelle. Plus précisément, le Conseil d'État juge que la décision de ne pas sélectionner la requérante n'est pas adéquatement motivée, parce qu'elle signifie que la partie adverse s'est limitée à

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.705

refuser la seconde attestation d'assurance en raison de sa date, sans vérifier si cette attestation permettait ou non d'établir l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges.

Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre l'illégalité ainsi constatée et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne trouve à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

La requérante expose que le préjudice subi consiste dans la perte du bénéfice escompté si le marché lui avait été attribué. Elle ajoute que le préjudice subi n'a en rien été réparé par l'arrêt d'annulation puisque le marché a été conclu avec l'adjudicataire et il a, depuis lors, été exécuté.

Sous l'angle du lien causal, la question se pose de savoir si l'illégalité constatée dans l'arrêt d'annulation a causé la perte du marché – comme le soutient la requérante à titre principal –, a causé la perte d'une chance d'obtenir le marché – comme le soutient la requérante à titre subsidiaire –, ou si le marché aurait échappé à la requérante même en l'absence de l'illégalité commise – comme le soutient la partie adverse –.

La thèse développée, à titre principal par la requérante, ne peut être suivie.

À titre préalable, il faut constater que, dans l'arrêt d'annulation, le Conseil d'État a déclaré irrecevable le recours en tant qu'il était dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante pour le motif qu'« aucun élément concret n'est invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux ». Il ne résulte donc en tout cas pas de l'arrêt d'annulation que la requérante devait nécessairement se voir attribuer le marché.

Dans son arrêt d'annulation, le Conseil d'État juge qu'un document exigé, dans le cadre de la sélection qualitative, ne peut être pris en considération que s'il porte sur un élément dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour

déposer offre est objectivement vérifiable. Il applique cette exigence à l'attestation d'assurance requise par le cahier spécial des charges dans le cadre de la sélection, pour déterminer la capacité économique et financière du soumissionnaire à exécuter le marché et juge, sur la base de la motivation de la décision de non-sélection de la requérante, que la partie adverse n'a pas vérifié si l'attestation produite « permettait ou non d'établir l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges ».

L'affirmation qui figure dans le dernier mémoire de la requérante, selon laquelle l'existence d'une couverture d'assurance pouvait être établie après la date de limite de dépôt des offres, méconnaît l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt d'annulation du 3 janvier 2019. Pour établir le lien de causalité entre l'illégalité constatée par cet arrêt et le préjudice vanté par la requérante, le Conseil d'État ne peut, dans le cadre de la présente procédure, procéder à un nouvel examen des éléments qui ont déjà été tranchés par cet arrêt.

L'arrêt d'annulation précité ne se prononce en revanche ni sur la question de savoir si l'attestation permettait d'établir l'existence, avant la date de limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges, ni sur celle de savoir si la partie adverse pouvait ou devait inviter à nouveau la requérante à compléter ou expliciter ce document.

La requérante soutient, pour la première fois, dans son dernier mémoire que la combinaison des attestations des 4 septembre 2015 et 25 novembre 2015 permettait de démontrer l'existence d'une couverture d'assurance suffisante effective avant la date limite de dépôt des offres puisque ces deux attestations portent le même numéro de police. Il ne s'agit toutefois pas là d'un élément déterminant. La requérante ne démontre pas qu'il n'était pas possible d'adapter sa couverture d'assurance (pour passer de 1.240.000 euros à 2.500.000 euros) sans modifier le numéro de police de son contrat. La nouvelle attestation transmise ne permettait pas de constater objectivement que la couverture d'assurance était acquise avant la date limite de remise des offres.

L'arrêt C-336/12 du 10 octobre 2013 de la Cour de justice de l'Union européenne (ECLI:EU:C:2013:647), dont le Conseil d'État a suivi l'enseignement dans son arrêt d'annulation, signifie que, si les documents du marché n'imposent pas explicitement que tous les documents relatifs à la sélection soient joints à la candidature à peine d'écartement de celle-ci, le pouvoir adjudicateur peut, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures, demander à un candidat

des documents complémentaires, à condition que ces documents attestent d'une situation existant avant le délai fixé pour le dépôt des candidatures.

Il ne peut être déduit ni de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne ni de l'arrêt d'annulation du 3 janvier 2019 qu'un pouvoir adjudicateur ayant invité un candidat ou soumissionnaire à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative serait tenu de l'inviter encore à apporter des précisions sur sa situation, dans l'hypothèse où les documents transmis ne permettent pas de vérifier objectivement que la situation – en l'espèce la couverture d'assurance requise – était acquise avant la date limite de dépôt des offres.

L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques permet au pouvoir adjudicateur, si cette possibilité n'est pas exclue par les documents du marché, d'inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter les documents de sélection dans le respect du principe d'égalité. Face à un dossier de candidature incomplet ou imprécis, le pouvoir adjudicateur peut donc soit écarter le candidat ou soumissionnaire de la sélection, soit l'inviter à compléter ou expliciter les documents, conformément à l'article 59.

Si, à la suite d'une première invitation, la situation de certains candidats ou soumissionnaires au regard des critères de sélection n'est toujours pas claire, le pouvoir adjudicateur peut, toujours dans le respect du principe d'égalité, soit les inviter une nouvelle fois à compléter ou expliciter les documents transmis, soit les écarter de la sélection. Le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'inviter un candidat ou soumissionnaire à compléter ou expliciter son dossier. Une telle obligation ne se déduit pas davantage du principe de minutie.

La thèse soutenue, à titre principal, par la partie adverse, selon laquelle l'illégalité constatée serait purement formelle et n'aurait aucune incidence sur le sens de la décision, ne peut, non plus, être suivie.

Le vice de motivation adéquate dénoncé par l'arrêt d'annulation n'est pas purement formel. Il renferme une erreur dans les motifs de droit de l'acte attaqué, qui consiste à refuser de sélectionner la requérante au motif erroné – exprimé dans la motivation formelle – que la deuxième attestation « n'est pas valable, car elle est datée du 25 novembre 2015, soit après l'ouverture des offres ». Or, ce n'est pas parce que l'attestation est établie et signée après la date d'ouverture des offres qu'elle ne permet pas de vérifier objectivement une situation acquise

avant cette date, même si, en l'occurrence, l'attestation n'apportait aucune précision quant à la date à laquelle la couverture d'assurance était acquise.

Conformément à l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et au principe d'égalité tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt C-336/12, la partie adverse pouvait, certes, décider d'écarter la requérante de la sélection en considérant qu'elle n'établissait toujours pas qu'elle disposait de la couverture d'assurance requise à la date limite fixée pour le dépôt des offres ou décider de l'inviter encore une fois à apporter une précision sur ce point. Il s'avère que, dans le second cas, la requérante aurait pu apporter la preuve d'une couverture d'assurance conforme aux exigences des documents du marché. Cette preuve est, en effet, rapportée par la requérante à l'appui de sa demande d'indemnité réparatrice. Comme il a déjà été relevé dans l'exposé des faits, il ressort de cette troisième attestation, datée du 18 février 2019, que la requérante dispose d'une couverture d'assurance des risques professionnels de 2.500.000 euros depuis le 1^{er} janvier 2009, c'est-à-dire à une date bien antérieure à celle du dépôt des offres.

L'erreur de droit commise par la partie adverse, qui se traduit par une motivation inadéquate, a donc eu pour conséquence que la requérante a perdu une chance de se voir attribuer le marché.

La partie adverse invoque, à titre subsidiaire, l'irrégularité de l'offre de la requérante pour affirmer que, sans l'illégalité commise lors de la sélection de la requérante, celle-ci n'aurait de toute façon pas remporté le marché, en raison de la nullité de son offre.

Il convient tout d'abord de constater que la partie adverse n'a relevé aucune irrégularité dans le cours de la procédure d'attribution. Au contraire, elle a expressément considéré que l'offre de la requérante était régulière, en précisant qu'elle avait justifié ses prix à la suite de la demande qui lui avait été adressée en ce sens. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, tant la décision du 10 décembre 2015 que celle du 21 janvier 2016 avaient, avant leur annulation, un caractère décisif et devenaient exécutoires le jour de leur transmission à l'autorité de tutelle.

Une partie adverse ne peut, en principe, pas invoquer l'irrégularité de l'offre d'une partie requérante pour la première fois dans une procédure devant le Conseil d'État si cette irrégularité n'a pas été relevée dans la décision d'attribution. Dans le cadre d'une procédure en indemnité réparatrice, l'irrégularité de l'offre de la requérante peut toutefois être prise en compte pour vérifier l'existence d'un lien de

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.705

causalité entre l'illégalité constatée par l'arrêt du Conseil d'État et le préjudice vanté si l'irrégularité de cette offre peut être appréhendée comme un « élément factuel » du dossier, ce qui implique que la partie adverse démontre le caractère incontestablement irrégulier de cette offre.

Force est de constater que la partie adverse ne rapporte pas la preuve d'un prix qui serait incontestablement anormal dans l'offre de la requérante. D'une part, sur la base du peu de pièces soumises au Conseil d'État, il apparaît que, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, l'offre de la requérante proposait un prix de 12 euros par m² pour le poste 34.13 « panneaux d'isolation – laine minérale 60mm » pour les six garages. Le prix unitaire de 0,91 euro, renseigné dans le courrier de demande de justifications du 13 novembre 2015, produit par la partie adverse, ainsi que la réponse de la requérante à ce courrier, sont, de ce point de vue, incompréhensibles. D'autre part, les décisions du 10 décembre 2015 et du 21 janvier 2016 renvoient, pour ce qui concerne la justification des prix des soumissionnaires, au « rapport d'analyse des offres de l'auteur du projet ». Or, ce rapport – qui devrait contenir les explications relatives à la normalité des prix remis par la requérante et son concurrent – n'est pas produit par la partie adverse.

La partie adverse ne démontre pas le caractère incontestablement irrégulier de l'offre de la requérante. Pour le reste, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de la partie adverse et de décider, à sa place, si le prix d'un poste unitaire de l'offre de la requérante devrait être considéré comme anormalement bas.

Dans ces circonstances, la question de la régularité de l'offre de la requérante ne peut être prise en compte au titre d'« élément factuel » pour vérifier le lien causal entre l'illégalité et le préjudice subi.

Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le lien de causalité entre l'illégalité et la perte du marché n'est pas établi, mais que le lien de causalité entre l'illégalité et la perte d'une chance d'obtenir le marché est établi.

Cette chance qu'avait la requérante d'obtenir le marché peut être évaluée à 50 %, en considérant que la requérante avait une chance sur deux que la partie adverse l'invite une nouvelle fois à compléter ou expliciter les documents relatifs à sa couverture d'assurance, ce qui lui aurait permis de démontrer qu'elle disposait bien d'une couverture suffisante avant la date limite de dépôt de son offre. Elle apporte bien cette preuve dans le cadre de la présente procédure (pièce 6 annexée la requête introductive en indemnité réparatrice). Il n'est par ailleurs pas

contesté que la requérante a remis l'offre la moins disante pour remporter le marché litigieux, où le prix est le seul critère d'attribution.

Quant à l'évaluation du bénéfice escompté, il y a lieu de s'inspirer de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui fixe le taux de l'indemnité forfaitaire à 10 % du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de l'offre. Ce pourcentage est censé représenté *ex aequo et bono* le bénéfice attendu d'un marché public.

Le préjudice escompté peut donc être évalué à 28.126,32 euros, d'après le calcul suivant :

$$562.526,33 \text{ euros} \times 50 \% \times 10 \% = 28.126,32 \text{ euros}$$

La requérante demande, dans sa requête, que l'indemnité obtenue soit majorée des intérêts au taux légal à compter de la date d'introduction de la requête en annulation, le 18 juillet 2016, jusqu'au complet paiement de l'indemnité. Dans son dernier mémoire, elle se réfère à un arrêt du Conseil d'État pour demander que les intérêts légaux relatifs à l'indemnité réparatrice sollicitée commencent à courir « dès le jour où le marché aurait dû être conclu, soit le 10 décembre 2015, jour de la première attribution ».

Les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires sont les uns et les autres des montants destinés à réparer le préjudice résultant du paiement différé d'une créance. Les intérêts compensatoires compensent le délai qui s'écoule entre la survenance du dommage et le moment où le juge fixe le montant de la réparation, transformant ainsi une créance de valeur en une créance de somme. Les intérêts moratoires sont dus à partir de la décision de justice jusqu'au complet paiement.

La présente demande fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par un arrêt statuant sur un recours en annulation. Saisi d'une telle demande, le Conseil d'État peut accorder de tels intérêts lorsqu'ils sont sollicités dans la requête introductive en indemnité réparatrice.

En l'espèce, la décision du 10 décembre 2015 n'a produit aucun effet juridique. C'est la décision du 21 janvier 2016 qui a conduit à la conclusion du marché litigieux avec la SRL Dujacquier. Cette date peut être considérée comme la

date de survenance du dommage. Quant aux intérêts moratoires, ils sont dus à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

La prise en compte des intérêts publics et privés en présence en cette affaire ne justifie pas de fixer autrement que ce qui est jugé dans le présent arrêt le montant de l'indemnité réparatrice à accorder à la requérante.

Il n'y a pas lieu de poser la question préjudicielle suggérée par la partie adverse dans son mémoire en réponse. Comme il a déjà été exposé, la question de savoir si l'existence d'une couverture d'assurance devait être objectivement vérifiable au plus tard à la date du dépôt des offres a déjà été tranchée par l'arrêt d'annulation n° 234.327 du 3 janvier 2019.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande la confidentialité de deux pièces qu'elle dépose (pièces confidentielles 12 et 13 contenant les offres déposées par la requérante et l'adjudicataire du marché).

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, cette demande est devenue sans objet.

VII. Indemnité de procédure

La requérante sollicite une indemnité de procédure « liquidée à son montant de base (700 euros) ».

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, le montant de base de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie requérante.

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

Article 1^{er}.

Une indemnité réparatrice de 28.126,32 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse, augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis le 21 janvier 2016, puis des intérêts moratoires calculés au taux légal à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 6 février 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,
Florence Piret,
Xavier Close,
Vincent Durieux,

président de chambre,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky