

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 262.443 du 20 février 2025

A. 229.448/VI-21.630

En cause : **la société Chantiers Allais,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine de FRANCQUEN, Ikram
EABDELLATIN et Patrick THIEL, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,
également assistée et représentée par
M^{es} Sébastien MABILE et
Emmanuel TORDJMAN, avocats,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de l'Intérieur – Police Fédérale,
ayant élu domicile chez
M^{es} Nicolas CARIAT et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société de droit français SOCARENAM,
ayant élu domicile chez
M^e Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 décembre 2019, la partie requérante demande l'annulation de la décision « adoptée par la partie adverse, le 10 octobre 2019, aux termes de laquelle il est décidé de ne pas sélectionner » la requérante et de la « décision, de date et de motifs inconnus, d'attribuer le marché à un concurrent ».

II. Procédure

Un arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020 a accueilli la demande en intervention et rejeté la demande de suspension. Il a été notifié aux parties (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR.246.696).

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Denis Delvax, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties requérante et adverse ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 27 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 mars 2024.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e Patrick Thiel, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, 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 utiles

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés, dans la version qu'en donnait la requérante, par l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020. Cette relation des faits n'apparaît pas devoir être remise en cause à ce stade de la procédure. Il y a donc lieu de s'y référer.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen, le premier, de la violation de la directive 2009/81 du 13 juillet 2009 relative aux marchés dans le secteur de la défense, notamment son article 2, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, en ses articles 13 et 15, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en toutes ses dispositions, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation et aux recours en matière de marchés publics, notamment en son article 10, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3, des principes généraux du droit, en ce compris le principe de bonne administration et de motivation des actes administratifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle critique le fait que l'acte attaqué a été adopté en application de la législation sur les marchés de défense et de sécurité et non de la législation sur les marchés publics dans les secteurs classiques et que le choix de ce faire n'a fait l'objet d'aucune motivation formelle.

Elle considère, à propos de la recevabilité du moyen, que celui-ci, relatif à la législation applicable, touche à l'ordre public ; qu'en outre, la procédure négociée avec publicité est la procédure de droit commun dans les domaines de la défense et de la sécurité mais non dans les secteurs classiques et que cette question touche à l'ordre public ; qu'elle a critiqué la procédure utilisée depuis le mois de février 2019 sans que l'acte attaqué expose les raisons pour lesquelles cette législation spécifique est appliquée ; que le marché, conclu sous la forme d'un accord-cadre, a une durée supérieure à 4 années, alors qu'une telle durée doit faire l'objet d'une motivation spéciale en vertu de la loi du 17 juin 2016. Elle critique, en outre, les motifs de l'acte

attaqué.

Elle soutient, dans une première branche, qu'aucun document du marché n'expose les motifs pour lesquels la partie adverse a décidé de faire application de la législation sur les marchés de défense et de sécurité ; et que le Conseil d'État a, dans un arrêt n° 91.265 du 1^{er} décembre 2000, jugé, dans un cas assez proche, qu'une telle motivation formelle s'imposait.

Elle avance, dans une seconde branche, que c'est par erreur que la partie adverse a recouru à la législation sur les marchés de défense et de sécurité.

Elle indique que la loi du 13 août 2011 s'applique, en vertu de son article 15, à la fourniture d'équipements militaires et d'équipements sensibles.

D'une part, elle relève que le matériel militaire est défini par l'article 3, 16°, comme « un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munition ou matériel de guerre » ; que les bateaux considérés ne sont pas commandés par le Ministère de la Défense, ne sont pas spécifiquement conçus à des fins militaires, ni destinés à être utilisés comme arme ou matériel de guerre et ne sont équipés d'aucun armement particulier ; qu'il s'agit de patrouilleurs fluviaux ; et que, si le cahier des charges exige, certes, la présence d'un blindage résistant « sans perforation, aux armes de poing 0.357 et 0,44 magnum conformément à la classe FB4 de la norme EN1522/EN1523 », la présence de ce seul blindage ne peut suffire à caractériser les bateaux de matériel militaire.

Elle note que la doctrine et les travaux préparatoires de la loi du 13 août 2011 insistent sur le caractère restrictif de la notion de matériel militaire ; qu'un considérant de la directive 2009/81 indique que le matériel militaire s'entend de celui visé dans la décision n° 255/58 du 15 avril 1958 établissant la liste des armes, des munitions et du matériel de guerre, y compris les armes nucléaires, auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 296, paragraphe 1, point b), du traité de Rome ; que cette liste vise les « Navires de guerre et leurs équipements spécialisés : a) navires de guerre de toutes espèces ; b) équipements spécialement conçus pour le mouillage, la détection et le dragage des mines ; c) filets sous-marins » ; que les bateaux considérés ne sont ni des navires de guerre ni des dragueurs de mines ; et qu'il ne sont pas davantage équipés d'armements ou de filets sous-marins.

Elle relève que la partie adverse, dans la note d'observations déposée dans une procédure antérieure, motive sa position par la présence d'un blindage, comme

visée au point ML13.a de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, telle que mise à jour le 6 mars 2017, qui vise les « plaques de blindage métalliques ou non métalliques présentant l'une des caractéristiques suivantes :

1. fabriquées afin de satisfaire à une norme ou une spécification militaire ; ou
2. appropriées à l'usage militaire ».

La requérante considère, premièrement, que les bateaux en question ne sont clairement pas d'usage militaire au sens du point ML9 de la liste européenne des équipements militaires ; que l'interprétation extensive de la partie adverse se heurte au principe selon lequel les exceptions s'interprètent restrictivement et que c'est par le biais d'une forme d'exception que le bateau deviendrait approprié à l'usage militaire ; que la Cour de justice considère que les dérogations à une mise en concurrence normale sont d'interprétation restrictive ; et qu'en outre, le point ML9 définit les navires à usage militaire sans viser le blindage.

Elle ajoute, deuxièmement, que les spécifications techniques permettant de qualifier du matériel comme militaire sont relatives aux armes, à la protection nucléaire... ; qu'il n'en va pas ainsi du blindage ; que la liste commune des équipements militaires énonce bien, en ce sens, que les navires militaires sont des « Navires (de surface ou sous-marins) spécialement conçus ou modifiés pour l'usage militaire, quel que soit leur état d'entretien ou de service, et qu'ils comportent ou non des système de lancement d'armes ou un blindage, et leurs coques ou parties de coques, ainsi que leurs composants spécialement conçus pour l'usage militaire » ; que les arrêts de la Cour de justice rappellent le caractère restrictif des assouplissements applicables en matière de marchés de défense ; et que la seule présence de blindage sur le bateau ne permet pas de qualifier ce dernier de matériel militaire au sens de l'article 3, 16°, de la loi du 13 août 2011.

Elle précise, troisièmement, que le blindage requis est un blindage de catégorie 4, qui n'est pas spécifiquement destiné à un usage militaire ; que « les fusils d'assaut ne correspondent pas à la classe 4 du blindage, mais aux classes supérieures, dans lesquelles les vitesse de balle et le type de balle sont très différents des catégories 1 à 4 » ; et que, dans son arrêt C-337/05 du 8 avril 2008, la Cour de justice a considéré que les hélicoptères Agusta, pouvant servir conjointement à des fins policières et militaires, ne pouvaient être acquis par le biais d'une procédure négociée étant donné que les motifs ayant conduit au choix de cette procédure n'avaient pas été démontrés avec pertinence.

Elle s'étonne, quatrièmement, que la note interne à la Police fédérale du 29 mai 2012 relative au champ d'application de la loi Défense et Sécurité et l'avis de l'Inspection des Finances du 14 juin 2012 aient été versés à titre confidentiel dans la procédure antérieure, aux motifs qu'ils seraient sensibles ; que ces documents doivent être joints au dossier administratif ; que les informations sensibles en matière militaire font l'objet de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité, qui énonce trois degrés de certification ; que la partie adverse ne soutient pas que les documents considérés relèveraient d'une de ces catégories ; qu'il est donc insuffisant de soutenir que cette note est « sensible » ; qu'en outre, les mesures portant atteinte aux droits (droit à un procès équitable, égalité des armes) s'interprètent restrictivement ; que, par ailleurs, elle n'aperçoit pas en quoi la divulgation d'une analyse juridique et d'un avis de l'Inspection des Finances porterait atteinte à l'ordre public au sens de l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 ; et que, s'il s'agit de documents classés « secret défense » au sens de la loi du 11 décembre 1998, ils ne peuvent pas être déposés dans le cadre de la procédure car chaque magistrat du Conseil d'État ne dispose pas de l'habilitation requise pour les consulter.

D'autre part, elle note que la partie adverse a déjà reconnu que les bateaux en question ne constituent pas du matériel sensible et elle expose pourquoi il n'en irait de toute façon pas ainsi.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que le moyen est irrecevable ; que la critique est développée pour les besoins de la cause, la requérante n'ayant jamais émis la moindre critique à ce propos ; qu'en tout état de cause, l'illégalité dont se prévaut la requérante ne lui a causé aucun grief, n'a eu aucune incidence sur sa situation et ne l'a privée d'aucune garantie ; que l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité est identique à l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et à l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; et qu'en conséquence, même si le marché avait été passé en application de la législation sur les marchés dans les secteurs classiques, la partie adverse aurait dû écarter la candidature de la requérante pour non-respect des conditions minimales de sélection.

Elle répond, à propos de la première branche, qu'aucune règle de droit n'imposait à la partie adverse de motiver formellement la soumission du marché aux règles applicables aux marchés de défense plutôt qu'à celles applicables aux marchés

dans les secteurs classiques ; que la loi du 17 juin 2013 ne vise pas cette hypothèse ; que l'arrêt n° 91.265 du 1^{er} décembre 2000 n'est pas pertinent puisque, et alors que la législation n'était pas la même qu'aujourd'hui, le gouvernement avait entendu faire application de l'article 346, § 1^{er}, b), du TFUE pour se dispenser d'une procédure de marché public et passer commande auprès du gouvernement allemand dans le cadre d'une coopération logistique internationale ; qu'en l'espèce, il a été fait application de la législation sur les marchés de défense ; que la soumission à la législation sur les marchés de défense est fondée sur des motifs matériels exacts, pertinents et admissibles ; que les spécificités du marché étaient telles qu'il fallait appliquer la loi du 13 août 2011 ; que la fourniture de panneaux de blindage et l'analyse juridique de la partie adverse ressortent du dossier administratif (avis de l'Inspection des Finances du 17 mars 2017 autorisant le lancement du marché, appel à candidature et cahier spécial des charges) ; et que le Conseil d'État a conclu au défaut de sérieux de cette branche dans son arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020.

Elle répond à la seconde branche que l'objet du marché ne porte effectivement pas sur la fourniture d'équipements sensibles et que les bateaux patrouilleurs ne sont pas destinés à être utilisés comme arme, munition ou matériel de guerre ; que, toutefois, les panneaux de blindage requis constituent en eux-mêmes des « équipements militaires » au sens de la loi du 13 août 2011 et l'article 16 de cette dernière imposait de soumettre le marché à celle-ci.

Elle indique que l'article 15, 1^o, de la loi du 13 août 2011 vise « la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages » ; que l'équipement militaire est défini comme « un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre » ; que cette notion est entendue par renvoi à la liste des produits auxquels s'applique l'article 346, § 1^{er}, b), du TFUE ; que cette liste doit, selon les travaux préparatoires de la loi, faire l'objet d'une interprétation large et évolutive ; que cette liste a été mise à jour le 6 mars 2017 et vise, en son point ML13.a, les « plaques de blindage métalliques ou non métalliques présentant l'une des caractéristiques suivantes : 1. fabriquées afin de satisfaire à une norme ou une spécification militaire ; ou 2. appropriées à l'usage militaire » ; que les plaques de blindage exigées en l'espèce 1. sont appropriées à un usage militaire, puisque tous les blindages utilisés par les forces armées ne doivent pas nécessairement résister aux tirs d'armes de guerre, et 2. doivent répondre à des exigences propres à la classe FB4 de la norme européenne EN1522/EN1523, utilisée de manière universelle en Europe (y compris à des fins militaires) pour mesurer la résistance de certains matériaux et équipements aux balles (y compris celles tirées par des fusils d'assaut

militaires) ; que, dès l'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2011, les services de la Police fédérale ont établi une note interne destinée à clarifier son champ d'application ; que cette note, qui vise les « panneaux de blindage », a été validée par l'avis de l'Inspecteur des Finances du 14 juin 2012 ; et que cette note est versée au dossier administratif.

Elle relève qu'elle était alors tenue de soumettre l'intégralité du marché à la loi sur les marchés de défense ; qu'à l'exception des marchés distincts (non applicables en l'espèce), l'article 16 de la loi du 13 août 2011, tel qu'alors en vigueur, imposait de soumettre à celle-ci tout marché relevant tant de la loi du 15 juin 2006 que de la loi du 13 août 2011 ; que l'article 16, alinéa 1^{er}, énonçait, en effet, qu'« Un marché public ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services entrant dans le champ d'application de la présente loi et en partie dans le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est passé conformément à la présente loi, sous réserve que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives » ; et que l'article 17, § 2, de la loi du 15 juin 2006 excluait tous les marchés relevant de celui de la loi du 13 août 2011 de son champ d'application.

Elle en conclut que c'est à bon droit qu'elle a soumis le marché considéré à la loi du 13 août 2011, ce que confirme l'avis de l'Inspecteur des Finances du 17 mars 2017.

Elle répond que, même si les bateaux ne sont pas destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériels de guerre, la seule présence de plaques de blindage imposait, en vertu de l'article 16 de la loi du 13 août 2011, de soumettre tout le marché à cette dernière.

Elle rappelle que les panneaux de blindage requis répondent à la notion d'équipement militaire puisqu'ils sont appropriés à l'usage militaire et fabriqués pour satisfaire à une norme militaire au sens du point ML13.a de la liste européenne des équipements militaires.

Elle ajoute qu'elle n'a pas fait une interprétation excessivement et illégalement large du champ d'application de la loi du 13 août 2011 ; que la jurisprudence citée par la requérante, antérieure à l'entrée en vigueur de la directive 2009/81, n'est pas pertinente puisqu'elle vise des hypothèses dans lesquelles les Etats membres avaient fait application de l'article 346, § 1^{er}, b, du TFUE pour se dispenser de recourir à une procédure de marché public ; qu'en l'espèce, le marché a été attribué

dans le respect de la réglementation sur les marchés de défense ; et que, dès lors que les panneaux de blindage devaient être qualifiés d'équipements militaires, la partie adverse n'avait d'autre choix que d'appliquer la loi du 13 août 2011, ce que la requérante ne conteste pas et ne peut d'ailleurs contester.

Elle précise que les plaques de blindage répondent bien à la notion d'équipement militaire ; que, d'une part, elles sont appropriées à un usage militaire ; que tous les blindages utilisés par les forces armées ne doivent pas nécessairement résister aux tirs d'armes de guerre, le choix étant effectué en tenant compte de divers facteurs (risque, poids, coût...) ; que, d'autre part, elles sont fabriquées afin de satisfaire à une norme ou à une spécification militaire ; et que la norme EN1522/EN1523 est utilisée de manière universelle en Europe afin de vérifier la résistance aux tirs de balles (militaires ou non militaires).

Elle avance que, contrairement à ce qu'indique la requérante, des panneaux de blindage non susceptibles de résister à des armes militaires peuvent être qualifiés d'équipements militaires ; que les forces armées utilisent différents types de blindage en fonction de l'affectation et de l'utilisation du véhicule ou de l'équipement à protéger ; que la requérante restreint la notion d'équipement militaire en introduisant une condition que ne contient ni la loi du 13 août 2011, ni la directive 2009/81, ni la liste européenne des équipements militaires ; qu'en outre, cette liste indique que constituent des équipements militaires les armes de poing (point ML1.a) et les munitions destinées à ces armes (point ML3.a) ; que le 357 Magnum et le 44.Rem. Magnum sont donc identifiés comme des équipements militaires ; et que le blindage de classe FB4 constitue donc bien un équipement militaire.

Elle note que le Conseil d'État a considéré cette branche comme non sérieuse dans son arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020.

Enfin, elle considère que l'absence de demande, par la requérante, qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de justice à propos de l'interprétation de la directive 2009/81 démontrerait qu'il n'existe aucun doute raisonnable sur l'interprétation à donner à la notion d'équipement militaire.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique, à propos de la première branche, qu'aucun document ne mentionne les motifs pour lesquels la loi défense serait d'application ; que le régime particulier ne peut toutefois s'appliquer que dans des cas particuliers et

moyennant le respect de conditions particulières ; qu’aucun motif n’était fourni avant les procédures devant le Conseil d’État, et ce au mépris de l’obligation de motivation formelle ; et que, si le Conseil d’État a certes jugé ce moyen non sérieux dans son arrêt du 16 janvier 2020, il a cependant jugé, dans son arrêt n° 91.265 du 1^{er} décembre 2000, à propos du choix opéré entre la procédure de droit commun et la procédure de coopération internationale couverte par l’article 346 du TFUE et prévue par la loi, qu’une telle décision devait faire l’objet d’une motivation formelle.

Elle réplique, à propos de la seconde branche, que le blindage n’est pas un élément déterminant pour les navires ; que le Conseil d’État de France adopte une interprétation restrictive du champ d’application de la législation portant sur les marchés publics relatifs à la sécurité et à la défense, considérant que « seuls les achats, par l’État ou par ses établissements publics, pour les besoins de la défense ou de la sécurité nationale, d’équipements conçus ou adaptés à des fins spécifiquement militaires, sont soumis à des exigences particulières justifiant le régime dérogatoire applicable aux marchés de défense et de sécurité », même en présence d’armes visées par la liste européenne ; que le Conseil d’État a reconnu, dans son arrêt du 16 janvier 2020, que les bateaux ne sont pas destinés à un usage militaire ; que la seule présence d’un blindage n’emporte pas que le bateau pouvait être qualifié de matériel militaire ; et que, si le Conseil d’État ne partage pas cette analyse, il conviendrait de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l’Union européenne :

« L’article 1, 6°, et l’article 2 [de la directive] 2009/81/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs dans les domaines de la défense et de la sécurité, peuvent-ils être interprétés comme permettant de qualifier de matériel militaire un bateau conçu et utilisé par la police fédérale belge au seul motif qu’il contient des plaques de blindage ? ».

D. Requête en intervention

L’intervenante indique que le moyen est irrecevable ou, à tout le moins non sérieux, pour les motifs développés par la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante formule les observations suivantes :

« 4. La partie adverse avance que la partie requérante ne peut se prévaloir du présent moyen étant donné que la procédure d’attribution ne l’aurait privée d’aucune garantie.
Or, comme le rappelle Monsieur le premier Auditeur, les moyens d’ordre public

peuvent être examinés, même si la requérante ne peut se prévaloir d'aucun intérêt conformément à la jurisprudence du Conseil d'État. La doctrine paraît au demeurant se prononcer en ce sens. Ainsi, il est demandé au Conseil d'État de ne pas suivre la partie adverse lorsqu'elle dit que "le premier moyen qu'elle invoque se doit d'être déclaré irrecevable, à défaut d'intérêt".

Si, même à l'encontre d'un moyen d'ordre public, l'on devait suivre la thèse de la partie adverse, alors la notion même de contentieux objectif de légalité perdrait son sens. Dans cette optique, il y aurait un véritable dévoiement de la notion d'intérêt, qui s'assimilerait *de facto* à la notion de droit subjectif utilisée dans le cadre des procédures judiciaires.

5. De plus, la partie adverse perd de vue que loin d'attribuer le marché sans négocier, elle a fait évoluer les offres, spécialement de l'attributaire. Or, rien ne permet d'avoir la certitude que le marché eut été attribué s'il n'y avait pas eu de négociation, de sorte que la requérante se réserve le droit de postuler une indemnité, notamment, pour la perte d'une chance d'obtenir le marché, ce qui indique qu'elle a évidemment un intérêt au moyen. Faut-il rappeler que cette chance était élevée, puisque sans la question relative à la sélection qualitative, la requérante se vit attribuer la commande dans un premier temps...

6. Monsieur le premier auditeur rappelle que :

- La question de l'intérêt au moyen n'est pas pertinente étant donné que le moyen touche à l'ordre public ;
- La durée de l'accord cadre ne peut pas être supérieure à 4 années :
Au vu de l'arrêt n° 240.252 du 17 décembre 2018, étant donné que la requérante se prévaut, dans ses quatrième et deuxième moyens, d'un grief qu'elle a subi (puisque, selon elle, c'est irrégulièrement que la partie adverse a décidé qu'elle ne remplissait pas les conditions de sélection et qu'elle a décidé de retirer la décision la sélectionnant) et que l'application de la législation sur les marchés de défense et de sécurité lui est défavorable en ce qui concerne les modalités dans lesquelles un accord-cadre peut être prévu pour plus de quatre années ».

F. Plaidoiries

En réponse à l'interpellation de madame l'auditeur qui invitait les parties à développer leurs thèses respectives quant à l'intérêt au moyen, au regard de la jurisprudence la plus récente, telle qu'elle se dégage notamment d'un arrêt n° 257.486 du 29 septembre 2023, la requérante a, avant tout, rappelé que l'exigence d'intérêt au moyen se concevait, dans le contentieux des marchés publics et concessions, de manière différente de celle qui se déduit de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle a ensuite insisté – jurisprudence à l'appui de sa thèse – sur ce que, d'une part, lorsqu'est soulevé un moyen d'ordre public, l'intérêt à ce moyen ne doit pas être démontré, même si ce moyen n'a pas trait à la compétence de l'auteur de l'acte attaqué et, d'autre part, le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 paraît assurément être d'ordre public ; elle ajoute, à ce propos, qu'il serait difficile de considérer qu'une atteinte au principe de concurrence ne relèverait pas de l'ordre public.

La requérante expose, si l'intérêt au moyen devait être démontré, deux

thèses, à titres subsidiaire et très subsidiaire.

À titre subsidiaire, elle soutient que l'application d'une réglementation erronée est de nature à lui causer un risque de lésion dès lors qu'elle a conduit le pouvoir adjudicateur à attribuer un marché à la suite de négociations qui – en application de la loi du 17 juin 2016 – n'auraient pas été possibles d'emblée. Elle estime qu'en l'absence d'explication donnée pour le choix de la procédure de négociation permis en vertu de la loi du 13 août 2011, l'on ne peut écarter un risque d'arbitraire.

À titre très subsidiaire, la requérante soutient que l'arrêt n° 257.486 du 29 septembre 2023 paraît être en contradiction avec d'autres arrêts antérieurs, de sorte qu'il paraît opportun de soumettre la question de l'intérêt au moyen à l'assemblée générale du Conseil d'État.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le premier moyen critique l'application, au marché litigieux, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. En sa seconde branche, il est soutenu que l'objet du marché ne fait pas ressortir celui-ci au champ d'application *ratione materiae* de cette loi. Au titre de la première branche, la requérante dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, dès lors que ni l'avis de marché, ni le cahier spécial des charges, ni l'acte attaqué n'exposent ce qui permettait de faire application de la loi du 13 août 2011 précitée.

A. Quant à la seconde branche

L'intérêt au moyen, en sa seconde branche, est contesté par la partie adverse.

La requérante soutient qu'elle a bien intérêt au moyen et qu'en toute hypothèse, celui-ci est d'ordre public. Elle fait, en particulier, valoir que le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics paraît assurément être d'ordre public. Cet argument semble devoir être compris en ce sens que les griefs formulés au premier moyen portent sur l'application de la loi du 13 août 2011, alors qu'il aurait dû être fait application de celle du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ce même si

les plaidoiries semblent finalement viser la loi du 17 juin 2016.

S'agissant de vérifier si l'exigence d'un intérêt au moyen est, en l'occurrence, requise et rencontrée, il convient tout d'abord de relever qu'est applicable en l'espèce la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Cette loi transpose les directives qui organisent les procédures de recours en matière de passation des marchés publics et des concessions.

Il se comprend, à la lecture des préambules et des dispositions des directives concernées que la volonté de leurs auteurs a été de veiller à ce que chaque État membre organise un système de recours juridictionnels efficaces protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudicieraient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public.

Cette préoccupation ressort également des dispositions de la loi du 17 juin 2013 qui s'applique tant aux marchés publics qui atteignent les seuils de publicité européenne qu'à ceux qui n'atteignent pas ces seuils. Ainsi, s'agissant de la recevabilité *ratione personae* des recours en annulation et des demandes de suspension de l'exécution de décisions prises par les autorités adjudicatrices, elle est subordonnée à la condition que la violation alléguée ait lésé ou risqué de léser la personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché. Il apparaît des articles 14 et 46 de cette loi du 17 juin 2013 que la démonstration d'une lésion ou d'un risque de lésion doit être apportée, quelle que soit la règle dont la violation est alléguée, qu'il s'agisse du « droit de l'Union européenne en matière de marchés publics », de « dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires », des principes généraux du droit ou des documents du marché.

La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrices qui sous-tend le système conçu par les directives et la loi du 17 juin 2013, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a

causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci. À l'instar de ce qui vient d'être rappelé à propos des exigences fixées, pour la recevabilité *ratione personae* du recours, par les articles 14 et 46 de la loi du 17 juin 2013, la recherche d'un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateurs justifie que la lésion ou le risque de lésion établissant l'intérêt au moyen ne fasse pas l'objet d'appréciations différenciées selon les catégories de règles dont la violation peut être invoquée.

Il s'ensuit que l'exigence d'une lésion ou d'un risque de lésion – qui permet de garantir cet équilibre – s'impose quelle que soit la gravité de l'illégalité en cause. La requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme qu'elle serait dispensée de satisfaire à cette exigence au motif que la règle dont elle invoque la violation serait d'ordre public.

Pour ce qui concerne la seconde branche du moyen, il doit être observé que la requérante ne conteste pas que, même s'il avait été fait application de la loi du 15 juin 2006 précitée et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sa candidature aurait fait l'objet du même traitement, selon les mêmes critères d'appréciation, qu'elle l'a été en l'espèce. Dès lors, et à la supposer illégale, l'application du régime fixé par la loi du 13 août 2011 n'a pas causé ou risqué de causer une lésion à la requérante. Il importe peu, à cet égard, que le marché a été attribué à la suite de négociations qui, en application de la loi du 15 juin 2006, n'auraient pas été possibles d'emblée.

Ne peut davantage être retenu l'argument que la requérante semble tirer du fait qu'en appliquant la loi du 13 août 2011, la partie adverse a pu fixer plus facilement une durée de l'accord-cadre supérieure à celle à laquelle elle aurait dû se limiter (sauf cas exceptionnels dûment motivés) conformément à la législation applicable aux secteurs classiques. La requérante n'indique pas quelle lésion lui aurait été causée ou aurait risqué de lui être causée. Rien n'exclut d'ailleurs que la partie adverse aurait, même dans le cadre de la législation applicable aux secteurs classiques, pu fixer la même durée, à la faveur d'une motivation adéquate. Dans ces circonstances, un éventuel risque de lésion paraît à ce point hypothétique qu'il ne peut être retenu.

Enfin, la requérante fait valoir à titre très subsidiaire que la solution selon laquelle – dans le cadre des recours soumis au régime juridique de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de

concessions – l'intérêt au moyen est vérifié lorsque l'illégalité alléguée par le requérant l'a lésé ou a risqué de le léser se dégage d'un arrêt n° 257.486 du 29 septembre 2023, Misanet (ECLI:BE:RVSCE:2023:ARR.257.486), qui – à son estime – compromettrait l'unité de jurisprudence, de sorte que l'assemblée générale du Conseil d'État devrait être saisie de cette question litigieuse.

Dans l'arrêt évoqué par la requérante, qui fait lui-même suite à l'arrêt 254.855 du 24 octobre 2022, Etablissements G.D.A. (ECLI:BE:RVSCE:2022:ARR.254.855), le Conseil d'État a précisé la notion d'« intérêt au moyen » telle qu'il s'agit de l'entendre dans le cadre des recours soumis à la loi du 17 juin 2013 précitée, et en tenant compte du système conçu par la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, précitée. Dans chacune des deux affaires qui ont donné lieu à ces arrêts, il a ensuite été vérifié, pour admettre ou non l'intérêt au moyen, si les violations avaient lésé ou risqué de léser le requérant. Cette clarification de la condition d'« intérêt au moyen », qui doit notamment permettre de la distinguer de celle d'« intérêt au recours » ou, plus exactement de celle de recevabilité *ratione personae* du recours, ne porte pas, en soi, atteinte à l'unité de jurisprudence, nonobstant ce que la requérante estime, en termes de plaidoiries, devoir retenir d'une lecture de cette jurisprudence récente, combinée avec celle des arrêts qu'elle cite. Au-delà de ce qu'elle expose, la requérante se garde d'ailleurs bien d'identifier précisément en quoi devrait bien être constatée une atteinte à l'unité de jurisprudence, se bornant à laisser entendre – sans autres indications concrètes – que l'arrêt du 29 septembre 2023 précité « paraît » être en contradiction avec des arrêts antérieurs, de sorte qu'il « paraît » opportun de déférer la question à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Pour l'ensemble des motifs ainsi exposés, le moyen doit être déclaré irrecevable en sa seconde branche.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question suggérée par la requérante.

B. Quant à la première branche

Même si, en sa première branche, le moyen dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle et matérielle incombant à la partie adverse, il ressort de ses développements (en particulier aux points 21 et 22 de la requête) que c'est l'absence de motivation formelle qui est mise en cause, puisqu'il est reproché à la partie adverse de ne fournir aucune explication sur les raisons pour lesquelles elle a

entendu soumettre le marché litigieux au régime particulier fixé par la loi du 13 août 2011.

La requérante n'a pas intérêt à soulever un prétendu défaut de motivation formelle quant à la détermination de la législation applicable, dès lors que cette détermination est sans rapport avec les motifs qui ont justifié son éviction.

Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré irrecevable en sa première branche.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 159 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 60, § 4, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, du principe général de la théorie du retrait d'acte administratif, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe général de non-rétroactivité des décisions administratives, du principe général de légalité et du principe général du respect des droits acquis.

Elle critique le fait que l'acte qui l'a sélectionnée a été retiré plus de soixante jours après que la partie adverse l'a adopté.

Elle estime avoir manifestement intérêt à critiquer le retrait de l'acte par lequel sa candidature a été sélectionnée, ce qui entache par voie de conséquence la légalité de l'acte attaqué.

Elle indique qu'un acte administratif créateur de droit ne peut être retiré que dans le respect de certaines conditions, dont celle imposant qu'il intervienne dans le délai de recours devant le Conseil d'État.

Elle relève que la décision de la sélectionner a été prise à une date inconnue mais qu'elle a été notifiée aux candidats le 18 juin 2018, de sorte qu'elle ne

pouvait être retirée que jusqu'au 17 août 2018 ; que la décision de retrait a été prise le 8 février 2019 ; et que, si cette dernière mentionne formellement la décision du 17 décembre 2018, c'est bien la décision communiquée en juin 2018 qui a sélectionné la requérante.

Elle ajoute que la partie adverse ne peut pas se prévaloir de l'extension du délai de retrait jusqu'à la clôture des débats dans le cadre de la procédure diligentée par la société SOCARENAM ; et qu'en effet, ce recours était irrecevable en ce qu'il visait la décision de sélectionner la requérante puisque la société SOCARENAM a introduit son recours le 31 décembre 2018 contre une décision lui notifiée le 18 juin 2018.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la requérante ne critique pas la régularité de l'acte attaqué, mais la régularité de la décision du 8 février 2019 retirant la décision d'attribution du 17 décembre 2018.

Elle estime, premièrement, que le moyen est inopérant et sans pertinence puisqu'il critique des circonstances distinctes de l'acte attaqué.

Elle considère, deuxièmement, que la requérante tente à nouveau de contester (hors délai et en ignorant l'arrêt n° 244.006 du 21 mars 2019) la décision du 8 février 2019 (qu'elle avait querellée mais sans invoquer cet argument).

Elle ajoute, troisièmement, que le moyen est fondé sur la prémisse que la décision du 8 février 2019 aurait procédé au retrait de la décision de sélection du 18 juin 2018 ; que la décision du 8 février 2019 a uniquement retiré la décision d'attribution du 17 décembre 2018 ; et qu'en tout état de cause, la théorie de l'opération juridique complexe permet de retirer un acte intermédiaire au-delà du délai de 60 jours si la décision d'attribution fait, elle-même, l'objet d'un recours.

Elle soutient que la requérante ne peut prétendre que la partie adverse (après avoir établi que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de sélection et que cette situation ne pouvait être régularisée) aurait été empêchée de revenir sur ses appréciations illégales antérieures ; qu'outre que la décision de retrait du 8 février 2019 établissait d'autres motifs d'illégalité de la décision du 17 décembre 2018 (que la requérante ne critique pas), la partie adverse ne pouvait légalement pas attribuer le marché à un soumissionnaire dont elle a établi qu'il ne satisfaisait pas aux exigences

de sélection ; que l'arrêt n° 244.006 du 21 mars 2019 est très clair en ce sens ; et qu'elle était légalement tenue de retirer sa décision d'attribution du 17 décembre 2018 et de ne pas sélectionner la requérante dans le cadre de l'adoption de l'acte attaqué.

Elle note, enfin, que l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020 a jugé que ce moyen n'est pas sérieux.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que, contrairement à ce qu'indique l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020, elle a bien intérêt à critiquer la légalité de la décision du 8 février 2019 puisque l'irrégularité du retrait entache la légalité des actes attaqués.

Elle note que la théorie de l'opération administrative complexe permet de déroger à la règle selon laquelle il n'est, en principe, pas permis de se prévaloir, à l'appui d'un recours en annulation au Conseil d'État, de l'illégalité d'un acte antérieur devenu définitif ; que le Conseil d'État considère que la procédure d'attribution d'un marché public est une opération complexe.

Elle ajoute que, contrairement à ce qu'indique l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020, les délais pour le retrait sont stricts et l'on ne peut passer outre, sauf pour les actes inexistantes ou pour les actes obtenus par fraude ; qu'en conséquence, comme l'a déjà jugé le Conseil d'État, le retrait n'est permis que si une disposition légale l'autorise expressément ; et que, dans le cadre de la théorie du retrait, il ne peut être porté atteinte aux droits créés par une décision, sauf dans les limites fixées par la loi.

Elle précise que l'adjudicateur n'est pas obligé de passer outre l'illégalité entachant un acte antérieur à l'égard duquel le délai de recours a expiré, mais il ne peut le faire que dans les conditions légalement prévues ; que le Conseil d'État a admis, dans son arrêt n° 230.070 du 2 février 2015, que la possibilité de renoncer à une procédure constitue l'autorisation de retirer un acte administratif régulier ; que l'article 31 de la loi du 13 août 2011 accorde un tel pouvoir de renonciation à l'adjudicateur ; et que, en présence d'un acte antérieur prétendument irrégulier, l'adjudicateur ne peut porter atteinte à des droits acquis en dehors des règles du retrait, sauf pour lui à arrêter la procédure, comme le permet l'article 31 précité.

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante indique que le moyen est irrecevable ou, à tout le moins, non sérieux pour les motifs développés par la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante formule les observations suivantes :

- « 35. Outre ce qui a précédemment été exposé, observons ce qui suit.
À titre liminaire, il convient de rappeler les étapes clefs des actes concernés :
- o Le 18 juin 2018 : la partie adverse sélectionne la requérante. Il s'agit d'un acte créateur de droit : celui de déposer une offre. Ce droit n'est pas ouvert à celles des personnes qui n'auraient pas été sélectionnées, telle qu'un autre fabricant de navires par exemple, ou – si tel avait été le cas (*quod non* ici) à un opérateur économique ayant déposé un dossier de sélection, mais qui n'aurait pas été retenu.
 - o Le 17 décembre 2018 : la partie adverse attribue le marché à la requérante.
 - o Le 8 février 2019 : la partie adverse retire sa décision d'attribution du marché à la requérante, sans mettre fin à la procédure ni retirer la décision de sélection.
 - o Le 10 octobre 2019 : la partie adverse retire sa décision de sélectionner la requérante.
36. Dans son rapport, le Premier Auditeur reproduit l'extrait de l'arrêt de Votre Conseil du 16 janvier 2020 dans lequel l'on peut lire que la décision du 8 février 2019 paraît devoir être considérée comme procédant également au retrait de la décision de sélection de la requérante.
Or, cette supposition n'est pas exacte. S'il est exact que les motifs de la décision du 8 février 2019 évoquent diverses circonstances, sa portée est bien précise. En effet, la décision du 8 février indique ne procéder qu'au retrait de la seule décision d'attribution du marché :

3 Conclusion générale

Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018 est entachée de plusieurs irrégularités, qui justifient de procéder à son retrait (ledit retrait intervenant dans le délai ouvert contre cette décision pour le recours en annulation visé par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

4 Décision

En vertu des motifs qui précèdent, le pouvoir adjudicateur décide de retirer la décision motivée d'attribution du 17 décembre 2018.

Fait à BRUXELLES le 08 FEB. 2019

Partant, l'on perçoit difficilement les raisons et les éléments du dossier administratif qui permettraient d'arriver à une autre conclusion. En effet, le retrait d'une décision d'attribution ne remet pas nécessairement en cause la poursuite de la procédure sur la base de la sélection effectuée préalablement.

37. Ce qui conforte ce point de vue tient en outre dans la circonstance que la décision ultérieure du 10 octobre 2019 procédait, elle, au retrait de la décision de sélection du 18 juin 2018. En effet, pourquoi retirer ce qui a, à en suivre la supposition ci-devant, aurait déjà été retiré le 8 février 2019 ? [*sic*].

Pour rappel, cette décision ultérieure du 10 octobre 2019 est rédigée comme suit :

4. Décision

En vertu des motifs qui précèdent, le pouvoir adjudicateur décide:
de ne pas sélectionner la société CHANTIERS ALLAIS (...)

Fait à BRUXELLES le 10 OKT. 2019

De deux choses l'une :

- o Soit la décision de sélection du 18 juin 2018 a été retirée le 8 février 2019 (de manière tardive par rapport à la théorie du retrait des actes administratifs), mais la décision du 10 octobre 2019 contredit cette thèse.
- o Soit la décision de sélection du 18 juin 2018 a été retirée le 10 octobre 2019, de manière encore plus tardive puisque cette fois-ci le retrait intervient après 1 an et 4 mois.

Dans les deux cas, le retrait est manifestement tardif.

38. En outre, à la page 16 du rapport de M. le Premier Auditeur, on peut lire que :

2. En l'espèce, la partie adverse se trouvait en présence d'une opération complexe, dans le cadre de laquelle la légalité des décisions intervenues en cours de procédure pouvait encore être querellée devant le Conseil d'Etat à l'occasion du recours introduit contre la décision d'attribution.

La partie adverse a donc régulièrement appliqué les principes relatifs au retrait des actes administratifs tels qu'ils découlent de la jurisprudence.

Ce point de vue ne peut pas être suivi tel quel, à deux titres.

39. Premièrement, parce qu'à suivre le raisonnement, la dernière étape de la procédure complexe dont il est question en l'espèce serait la décision d'attribution du 17 décembre 2018. En effet, dans la conception traditionnelle de la notion d'opération complexe, un recours direct est ouvert devant Votre Conseil contre les actes intermédiaires qui causent grief mais également contre la décision qui clôture la procédure : la décision d'attribution.

Au plus tard, toujours selon cette thèse, le retrait devait alors intervenir pour le 14 février 2019, soit à l'expiration du délai de recours devant Votre Conseil de 60 jours suivant la prise de cet acte.

À nouveau, qu'est-ce qui justifierait que la décision précitée soit retirée le 10 octobre 2019, soit près de 8 mois après l'expiration du délai concerné ? Pas même la théorie de l'opération complexe ne serait de nature à permettre au pouvoir adjudicateur de retirer un acte au-delà du délai d'annulation.

40. Secondement, la décision du 18 juin 2018 est [...] un acte créateur de droits.

Dans l'opération complexe que constitue un marché public, on est tantôt en présence d'actes simplement préparatoires, tantôt d'actes interlocutoires, dont certains peuvent faire griefs. L'on peut également être en présence enfin, comme en l'espèce, d'actes créateurs de droits.

Le droit subjectif ouvert par cet acte est le suivant : seule la personne qui bénéficie d'une décision favorable de sélection qualitative de l'adjudicateur est en droit de déposer une offre. Les autres ne disposent pas du droit de déposer une offre.

Dans l'opération complexe que constitue l'attribution d'un marché public, Votre Conseil a au demeurant déjà fait la distinction entre les actes créateurs de droit, et les autres, dans le cadre d'un retrait :

S'agissant du rapport d'analyse des offres, qui ne constitue qu'un acte préparatoire ne pouvant faire naître des droits ou des obligations ou modifier favorablement la situation d'une personne, on n'aperçoit pas comment son "retrait" serait décidé en méconnaissance des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen.

Le retrait d'un acte préparatoire non créateur de droit n'est à l'évidence pas de nature à heurter la sécurité juridique et la légitime confiance des administrés. Mais il en va autrement des actes créateurs de droit... Autrement dit, la théorie de l'acte complexe ne permet pas que l'on revienne, de n'importe quelle manière, sur tous les actes généralement quelconques qui ont été posés durant l'opération. Il convient de distinguer selon la nature de l'acte, et être particulièrement vigilant lorsque – comme en l'espèce – l'on est en présence d'un acte créateur de droits. Dans ce cas, son retrait ne peut être fait que dans le respect du délai de recours

attaché à cet acte, à moins qu'une disposition légale permette de passer outre ce délai (*quod non* en l'espèce).

La doctrine s'interroge d'ailleurs en ces termes quant aux actes qui modifient de manière favorable la situation de leur destinataire :

Le retrait d'un acte préparatoire, susceptible d'intervenir sans limite de temps, ne pourrait-il pas, dès lors, heurter la sécurité juridique et le principe de non-rétroactivité que la théorie du retrait d'acte s'efforce de protéger ?

La jurisprudence apparaît attentive à tempérer la potentielle atteinte aux principes protégés par la théorie du retrait d'acte, liée au fait que l'autorité est libre de retirer et de refaire un acte préparatoire sans restriction, en rappelant l'obligation pour l'autorité publique de se conformer aux éventuels délais de rigueur endéans lesquels elle doit adopter un tel acte.

Statuant sur des recours dirigés contre une sanction disciplinaire infligée à un agent des services de police, le Conseil d'État a considéré que le retrait d'un acte préparatoire, en l'occurrence un rapport introductif ou une proposition de sanction, n'a dès lors pas pour conséquence de permettre à l'autorité disciplinaire de retrouver, à cette date, le délai impératif initial pour statuer. L'autorité disciplinaire aurait, dans le cas contraire, toute discrétion pour prolonger un délai impératif. Par conséquent, lorsque l'autorité publique retire un acte préparatoire qui n'affecte pas l'ordonnancement juridique, elle doit le refaire dans le solde du délai de rigueur dont elle disposait initialement, sauf à entacher d'illégalité la décision finale. Si ce délai est écoulé, elle ne peut refaire cette décision préparatoire, et un tel retrait ne peut, pratiquement, intervenir.

Dans la théorie de l'acte complexe appliquée à la commande publique, l'autorité administrative peut retirer n'importe quel acte non créateur de droit. Elle peut par ailleurs se fonder et tirer les conséquences juridiques de n'importe quel acte, jusqu'à la décision finale. Mais elle ne peut pas retirer, en dehors des délais pour ce faire, un acte créateur de droit en faisant renaître un délai qui a expiré... En marchés publics, l'adjudicateur peut alors, régulièrement, décider de ne pas attribuer le marché, par exemple si sa décision de sélection était irrégulière et que le délai pour procéder au retrait de celle-ci avait expiré. Il a donc – au moins – une voie légale de travail pour trouver une solution à la difficulté qu'il a lui-même créée. Mais il ne peut pas retirer cette décision de sélection créatrice de droit, fût-elle irrégulière, lorsque le délai pour le retrait a expiré.

Il s'ensuit que la décision de retrait de la décision de sélection du 18 juin 2018 est tardive, qu'elle découle de l'acte du 8 février 2019, ou encore de celui posé le 10 octobre 2019.

41. Pour le reste, la requérante se réfère à ses écrits de procédure précédents ».

F. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse ne formule pas d'observation particulière dans son dernier mémoire.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le deuxième moyen conteste la légalité de l'acte attaqué, en tant que celui-ci a été adopté sur la base et à la suite d'un retrait de la décision par laquelle la partie adverse avait initialement sélectionné la requérante, retrait que celle-ci estime tardif, en raison de ce qu'il a été décidé plus de soixante jours après l'adoption de la décision de sélection ainsi retirée.

En termes de requête, la requérante situe le retrait critiqué de la décision qui la sélectionnait à la date du 8 février 2019. C'est en ce sens que la partie adverse a compris le moyen et y a répondu (ainsi que cela ressort notamment du point 59 de son mémoire en réponse). C'est également en ce sens que l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020 considère le même moyen soulevé à l'appui de la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Dans son dernier mémoire, la requérante soutient désormais que la décision du 8 février 2019 procède au retrait de la première décision d'attribution du marché, prise en sa faveur, mais nullement à celui de la décision par laquelle la partie adverse l'avait sélectionnée. Elle estime désormais que c'est la décision du 10 octobre 2019 qui procède au retrait de celle qui l'avait sélectionnée. Un tel revirement s'apparente à un grief nouveau, qui est tardif et méconnaît les droits de la défense des parties adverse et intervenante. Le moyen doit donc être examiné au regard de ce qui a été exposé et développé dans la requête en annulation et le mémoire en réplique, et débattu dans les écrits de procédure des autres parties.

Il ressort des termes de la décision du 8 février 2019 que la partie adverse a procédé au retrait de la seule décision d'attribution du marché litigieux, prise le 17 décembre 2018. Rien n'indique que ce retrait s'étendrait à la décision – communiquée le 18 juin 2018, et donc distincte de celle du 17 décembre 2018 – qui sélectionnait notamment la requérante. La circonstance que le retrait décidé le 8 février 2019 est notamment motivé par des vices dont serait entachée la décision initiale de sélection n'autorise pas à reconnaître à ce retrait une portée dont ne rendent pas compte les termes clairs utilisés par la partie adverse.

En soutenant qu'est tardif le retrait, décidé le 8 février 2019, de la décision qui sélectionnait la requérante, alors que telle n'est pas la portée de cette décision du 8 février 2019, le moyen repose sur un postulat qui est erroné. Il manque, partant, en fait.

VI. Troisième moyen et seconde branche du quatrième moyen

Il n'y a lieu d'examiner ni le troisième moyen de la requête ni la seconde branche du quatrième moyen, puisque la requérante a, dans son mémoire en réplique, déclaré s'en désister.

VII. Première branche du quatrième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un moyen, le quatrième, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de son article 4, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 5, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4, 5, 36 et 37, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et en particulier des articles 67 à 79, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de ses articles 69 à 84, des documents du marché et en particulier de l'avis du marché, des principes de bonne administration, *patere legem quam ipse fecisti* et de légitime confiance, des principes de transparence, non-discrimination et égalité entre les candidats et les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation et, pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3.

Elle considère que son offre contenait bien les documents attestant qu'elle remplissait les conditions de sélection (la société EFINOR s'engageait bien à mettre sa capacité financière et économique à sa disposition et elle disposait bien de la capacité technique professionnelle).

Elle indique qu'elle a intérêt au moyen étant donné que l'acte attaqué contient des développements relatifs à sa sélection qualitative, qui peuvent mener à la désignation d'un autre attributaire.

Elle soutient, dans une première branche, d'une part, qu'elle a attesté remplir les conditions de sélection qualitative ; qu'elle a joint à son offre un document établissant que sa société mère, le Groupe EFINOR, présente un chiffre d'affaires permettant de répondre au critère de sélection économique et financière ; qu'il n'est pas contestable que le Groupe EFINOR a signé cette déclaration pour servir

précisément dans le cadre du marché litigieux et qu'il entend bien mettre sa capacité au profit de la requérante.

Elle note, d'autre part, qu'elle remplit bien le critère de capacité technique et professionnelle.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse indique, à propos de la première branche, que le moyen concerne un autre acte que l'acte attaqué ; que la décision citée dans la requête est celle du 8 février 2019 procédant au retrait de la décision du 17 décembre 2018 ; que l'acte attaqué ne contient aucun motif relatif à la non-satisfaction des exigences de capacité technique et professionnelle ; que l'acte attaqué est uniquement motivé par le constat que la demande de participation de la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de capacité économique et financière ; qu'est dépourvu de pertinence le moyen qui porte sur un acte autre que l'acte attaqué ; et que le moyen, qui critique un autre acte et des motifs qui ne sont pas contenus dans l'acte attaqué, est inopérant et sans pertinence.

Elle estime que la demande de participation de la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de sélection qualitative liées à la capacité économique et financière ; que la requérante ne conteste pas que sa candidature ne contenait pas de document attestant expressément l'engagement de la société EFINOR de mettre ses moyens à la disposition de la requérante dans le cadre du marché.

Elle relève que l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, qui contient un régime identique à celui applicable aux marchés passés dans les secteurs classiques, prévoit que tout candidat ou soumissionnaire peut faire valoir la capacité d'autres entités mais qu'il doit alors « prouver (...) au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire » ; que cette exigence est interprétée de manière stricte par la jurisprudence, aucune présomption n'étant permise (contexte, déclaration du candidat ou intention implicite) ; que le candidat doit produire un engagement formalisé, ferme et explicite de l'entité tierce, émanant des personnes compétentes pour l'engager, couvrant la totalité de la durée du marché et dépourvu de toute réserve ; et que cet engagement est nécessaire, quels que soient les liens existant entre les entreprises en cause.

Elle note qu'en son point 1.2, l'appel à candidature confirmait la possibilité de faire appel à la capacité de tiers et énonçait que la preuve de l'engagement de ceux-ci devait être apportée par « une déclaration d'engagement établie et signée par l'entité (...) à laquelle le candidat fait appel » en utilisant obligatoirement le modèle de déclaration joint en annexe I ; que le formulaire de candidature joint en annexe A rappelait également que tout candidat souhaitant faire appel aux capacités de tiers était tenu de joindre à sa candidature un document matérialisant l'engagement formel de l'entité tierce à son égard.

Elle constate que, pour établir la satisfaction aux exigences minimales de capacité économique et financière, chaque candidat était tenu (en utilisant le modèle de déclaration joint à l'appel à candidatures comme annexe C) de déclarer son chiffre d'affaires annuel relatif à l'objet du marché au cours des trois derniers exercices, avec un minimum par exercice de 2.200.000 EUR HTVA.

Elle relève que la requérante a joint à sa demande de participation l'annexe C, à savoir la « Déclaration relative au chiffre d'affaires », remplie par la société EFINOR mais que la requérante n'a pas joint un quelconque engagement de cette dernière de mettre ses moyens à sa disposition dans le cadre de l'exécution du marché (sur la base du formulaire imposé en tant qu'annexe I ou sous toute autre forme).

Elle conclut que la requérante n'a fourni aucun engagement d'EFINOR de mettre sa capacité technique et financière à disposition de la requérante dans le cadre du marché ; que la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que « le fait que l'annexe dédiée n'ait pas été signée n'enlève rien à l'engagement d'EFINOR » ; et que c'est à bon droit que la décision du 8 février 2019 a constaté que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences minimales de capacité économique et financière et a retiré la décision du 17 décembre 2018.

Elle note que le Conseil d'État a confirmé la validité de cette position dans ses arrêts n° 244.006 du 21 mars 2019 et n° 246.696 du 16 janvier 2020.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique, à propos de la première branche, qu'elle a bien présenté la preuve selon laquelle sa société mère présentait un chiffre d'affaires permettant amplement de répondre au critère de sélection, qu'il est incontestable que

cette déclaration a été signée pour servir dans le cadre du marché litigieux et que le Groupe EFINOR entendait bien mettre sa capacité au profit de la requérante.

Elle indique, après avoir cité l'arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020, que la Cour de justice a précisé, dans son arrêt du 14 janvier 2016, ce qui suit :

« 28 Il en résulte que le soumissionnaire est libre de choisir, d'une part, la nature juridique des liens qu'il entend établir avec les autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de l'exécution d'un marché déterminé et, d'autre part, le mode de preuve de l'existence de ces liens.
29 Par ailleurs, ainsi que le relève M. l'avocat général au point 43 de ses conclusions, les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 prévoient expressément que ce n'est qu'à titre d'exemple que la production de l'engagement d'autres entités de mettre à la disposition du soumissionnaire les moyens nécessaires à l'exécution du marché constitue une preuve acceptable du fait qu'il disposera effectivement de ces moyens. De ce fait, ces dispositions n'excluent en aucune manière que le soumissionnaire établisse autrement l'existence des liens qui l'unissent aux autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de la bonne exécution du marché auquel il soumissionne ».

Elle relève que cette interprétation est confirmée dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Elle estime que, compte tenu cette jurisprudence, la partie adverse ne pouvait se retrancher derrière l'exigence inscrite dans son cahier spécial des charges ; et que l'engagement d'EFINOR, en ce qu'il était affirmé de manière claire et inconditionnelle, aurait dû être pris en compte par la partie adverse.

D. Requête en intervention

La partie intervenante indique que le moyen est irrecevable ou, à tout le moins, non sérieux pour les motifs développés par la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante ne formule aucune observation à propos de la première branche du quatrième moyen.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Selon l'article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, tout candidat ou soumissionnaire « peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle

que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités ». Selon cette disposition, le candidat ou le soumissionnaire est néanmoins tenu, dans cette hypothèse, de « prouv[er] [...] au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire ». Un tel engagement ne peut être présumé, la preuve devant être apportée par la production, dans la candidature ou dans l'offre, d'un engagement formalisé, ferme et explicite de l'entité tierce, émanant des personnes compétentes au sein de celle-ci pour l'engager. À cet égard, une simple déclaration ne suffit pas. L'engagement de l'entité tierce est indispensable, indépendamment des liens juridiques existant entre les entreprises en cause, la circonstance que l'entité tierce appartient au même groupe que l'entité candidate ou en est la maison-mère s'avérant indifférente à cet égard.

A la suite de l'arrêt du 16 janvier 2020, il doit être constaté que le document joint à la candidature de la requérante ne rend pas compte d'un engagement suffisant de la société EFINOR de mettre sa capacité économique et financière à la disposition de la requérante. Il n'a donc pas été question de refuser de sélectionner la requérante au motif que, bien qu'un engagement suffisant de la société EFINOR aurait existé, il aurait été présenté d'une autre manière que celle prescrite par la partie adverse. Pour cette raison, ne peut prospérer l'argument, développé dans le mémoire en réplique, selon lequel la partie adverse ne pouvait pas imposer la production d'un mode de preuve particulier.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de remettre en cause la réponse apportée à la première branche du quatrième moyen par l'arrêt statuant sur la demande de suspension.

Le quatrième moyen n'est pas fondé en sa première branche.

VIII. Cinquième moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen, le cinquième, de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de son article 4, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de

services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 5, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4, 5, 36 et 37, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et en particulier de son article 109, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et en particulier de son article 114, des principes de bonne administration et de légitime confiance, et des principes de transparence, non-discrimination et égalité entre les soumissionnaires.

Elle critique le fait que, à la suite de discussions sur des éléments techniques, la société SOCARENAM a pu déposer une nouvelle offre, faculté qui ne lui a pas été offerte et l'a donc empêchée de déposer une offre plus intéressante.

Elle estime avoir intérêt au moyen puisqu'il critique la façon dont les négociations se sont déroulées, ce qui a pu entraîner la désignation d'un autre attributaire.

Elle indique qu'il ressort de la décision du 8 février 2019 que des discussions relatives à des éléments techniques ont permis à la société SOCARENAM de déposer une nouvelle offre ; qu'elle a dû, pour sa part, se contenter de fournir des clarifications, sans être invitée à présenter une offre améliorée sur certains éléments ; que, si elle avait pu le faire, elle aurait pu déposer une offre qui lui aurait permis d'obtenir plus de points ; qu'une telle différence de traitement viole diverses dispositions légales et réglementaires et principes de droit ; et que le Conseil d'État a déjà censuré une violation du principe d'égalité dans le cadre des négociations entre soumissionnaires.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que le moyen critique un autre acte que l'acte attaqué et fait référence aux motifs de cet autre acte et qu'il est de la sorte inopérant, sans pertinence et irrecevable.

Elle ajoute que, par l'acte attaqué, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante au motif qu'elle ne remplissait pas les exigences de sélection qualitative ; que, dès lors que la requérante n'aurait pas dû être autorisée à participer à la phase d'attribution du marché, elle n'est pas recevable à critiquer cette dernière ; que l'acte attaqué ne contient d'ailleurs aucune considération relative à l'évaluation de l'offre de la requérante ; que la requérante ne pourrait donc obtenir le

marché ; que la jurisprudence et la doctrine sont fixées dans ce sens ; et que le Conseil d'État a considéré, dans son arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020, que ce moyen ne paraissait pas recevable et n'était donc pas sérieux.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'il ressort des développements notamment du deuxième moyen que sa candidature aurait dû être sélectionnée ; qu'elle est fondée à invoquer ce moyen ; et qu'elle renvoie à sa requête pour le surplus.

D. Requête en intervention

La partie intervenante indique que le moyen est irrecevable ou, à tout le moins, non sérieux pour les motifs développés par la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante ne formule aucune observation à propos du cinquième moyen.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier auditeur rapporteur a examiné en ce sens ce cinquième moyen :

- « 1. Le Conseil d'État a, dans son arrêt n° 246.696 du 16 janvier 2020, jugé ce moyen non sérieux pour les motifs suivants :
- “Le moyen fait grief, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas donné à la requérante, dans le cadre de la négociation, la possibilité d'améliorer son offre par le dépôt d'une nouvelle offre, alors qu'elle a laissé cette possibilité à d'autres soumissionnaires.
- Par l'acte attaqué, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, pour le motif que sa demande de participation ne rencontrait pas les exigences de sélection qualitative énoncées par les documents du marché. Dès lors que les moyens dirigés contre la décision de non-sélection ne sont pas sérieux, la requérante est sans intérêt à formuler des critiques relatives à la phase d'attribution du marché.
- Le cinquième moyen paraît irrecevable et n'est donc pas sérieux”.
2. Dès lors que le présent rapport conclut au défaut de fondement des deuxième et quatrième moyens, qui critiquaient la décision de ne pas sélectionner sa candidature, il y a lieu de conclure, par identité de motifs avec l'arrêt du 16 janvier 2020, que la requérante n'a pas intérêt au moyen.
3. Le moyen ne peut donc être retenu ».

Le Conseil d'État n'aperçoit pas de raison de s'écarter de cette conclusion, ce d'autant moins que la requérante n'a pas formulé d'observations dans son dernier mémoire.

Le cinquième moyen n'est pas fondé.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 400 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 20 février 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Florence Piret,
Xavier Close,
Adeline Schyns,

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

La Greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

David De Roy