

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX
ADMINISTRATIF**

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 256.352 du 26 avril 2023

A. 221.496/VI-20.964

En cause : **la société anonyme GENETEC**,
ayant élu domicile chez
M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur,

contre :

la ville de Liège,
ayant élu domicile chez
M^{es} André DELVAUX et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 février 2017, la SA Genetec demande l'annulation de « différentes décisions prises par la Ville de Liège dans le cadre d'un marché de travaux passé par procédure négociée directe avec publicité pour le remplacement de plusieurs feux tricolores aux carrefours formés par, d'une part le pont St Léonard, le quai Ste Barbe, et le quai Godefroid Kurth et d'autre part l'avenue J. Prévers et la rue de Visé (CSC 2016 - 535) et notamment les décisions suivantes :

- la décision du 19 décembre 2016 par laquelle la Ville de Liège a décidé de tenir l'offre de la requérante pour irrégulière ;
- la décision de date inconnue par laquelle la Ville de Liège a décidé d'examiner les offres des candidats concurrents et de négocier avec ceux-ci à l'exclusion de la requérante ;

- la décision d'attribuer le marché à une société concurrente ».

II. Procédure

L'arrêt n° 248.956 du 17 novembre 2020 a rejeté le recours en tant qu'il est dirigé contre le deuxième acte attaqué, a ordonné la réouverture des débats et invité la partie adverse soit à indiquer expressément, qu'elle ne s'oppose pas à une levée de la confidentialité du « tableau *ad hoc* relatif aux coûts des mesures de sécurité rempli par la SA Yvan Paque », soit à désigner les informations contenues dans cet extrait de l'offre de ce soumissionnaire, pour lesquelles elle souhaite que la confidentialité soit maintenue, en justifiant en quoi ces informations relèvent du secret des affaires ou de la vie privée des entreprises, et à communiquer au seul Conseil d'État, une copie de cet extrait, dans la version expurgée, susceptible, selon elle, d'être rendue accessible.

Un arrêt n° 249.290 du 18 décembre 2020 a levé la confidentialité du « tableau *ad hoc* relatif aux coûts des mesures de sécurité rempli par la SA YVAN Paque », qui constitue les pages 112 à 114 de la pièce 3.2. du dossier administratif, a accordé, à dater de la notification de l'arrêt, un délai de soixante jours à la partie requérante pour déposer une note contenant ses éventuelles observations, a accordé un délai identique à la partie adverse à dater de la notification de la note déposée par la requérante, pour déposer une note contenant ses éventuelles observations, note devant être transmise à la partie requérante, a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général de rédiger un rapport complémentaire après l'échange des notes déposées par les parties, a accordé, à dater de la notification du rapport complémentaire, aux parties requérante et adverse, selon l'ordre mentionné par l'auditeur dans son rapport, un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire complémentaire, avec, le cas échéant, une demande de poursuite de la procédure, et a réservé les dépens.

Des notes complémentaires ont été déposées par les parties.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire complémentaire.

Par une ordonnance du 21 décembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} février 2023.

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

M^e Sophie Baudouin, *loco* M^e Gilles Vandermeeren, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier 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

1. Les faits utiles à l'examen du présent recours ont été exposés dans l'arrêt n° 248.956, prononcé le 17 novembre 2020, auquel il y a lieu de se référer. Cette relation des faits n'a pas suscité d'observations particulières lors de l'audience du 1^{er} février 2023.

2. À la suite de la levée de confidentialité ordonnée par l'arrêt n° 249.290, prononcé le 18 décembre 2020, peuvent être mentionnées les données de l'offre de la société Yvan Paque que la partie adverse a jugé répondre à l'exigence de présentation du coût détaillé de mise en œuvre des mesures de prévention. Ces données se présentent comme suit :

« Toutes les activités de ce projet relèvent selon nous d'activités générales. En conséquence, nous estimons un coût unique par tranche.
Tranche 1 : 1105 € HTVA
Tranche 2 : 1029 € HTVA ».

Les données présentées par la requérante pour répondre à cette même exigence, et qu'elle reproduit dans sa note déposée à la suite des deux arrêts précités, se présentaient, quant à elles, comme suit :

VILLE DE LIEGE – TRAVAUX PUBLICS

Remplacement des feux tricolores aux carrefours formés par d'une part le pont Maghin (pont Saint-Léonard), le quai Sainte-Barbe et le quai Godefroid Kurth à 4000 Liège, et d'autre part l'avenue Joseph Préviers et la rue de Visé à 4020 Liège

ANNEXE A NOTRE SOUMISSION DU 21/11/2016

Calcul du prix relatif aux mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.

E.P.I. standard.

Baudrier de sécurité :	3	pces
Pantalon de sécurité :	3	pces
Veste de travail :	1	pce
Casque de sécurité :	1	pce
Casque anti-bruit :	1	pce
Lunettes :	1	pce
Gants :	20	pces
Bottine :	2	pces
Bottes :	1	pce
Veste de pluie :	1	pce
Pantalon de pluie :	2	pces

Soit 281,65 € / homme / an.

D'où une majoration du taux horaire de soumission de 0,154 € / heure.

Electricien BA4 – BA5

Gant isolé 1000 V :	1	pce
Casque avec visière :	1	pce

Soit 99,81 € / homme / an

D'où une majoration au EPI standard de 0,055 € / heure

Soit 0,209 € / heure

ANNEXE A NOTRE SOUMISSION DU 21/11/2016

Calcul du prix relatif aux mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé (suite).

Véhicules

Véhicule Elévateur à nacelle

Vérification périodique par organisme agréé :	4 / an
Harnais et longe de sécurité :	2 pces

Soit 716,87 € / an

D'où une majoration du taux horaire de véhicule de 0,393 € / heure

Véhicule avec grue de manutention

Vérification annuelle par organisme agréé :	4 / an
Vérification périodique organisme agréé pour les élingues et chaîne de levage :	4 / an

Soit 485,82 € / an

D'où une majoration du taux horaire du véhicule de 0,266 € / heure

Balisage de chantier, matériel repris dans poste de soumission

Formation obligatoire dans le cadre du VCA

12 Tool Box Meeting par an soit
12 x ½ heure par homme par an

Soit 240,00 € / an

D'où une majoration de 0,132 € / heure

IV. Moyen nouveau

IV.1. Thèses des parties

A. Note de la requérante

Dans la note (intitulée « Dernier mémoire ») qu'elle a déposée conformément à l'article 2 du dispositif de l'arrêt n° 249.290, prononcé le 18 décembre 2020, la requérante a notamment soulevé un moyen nouveau, qui se présente comme suit :

« Recevabilité

a/

En règle, de manière à faire respecter les droits de la défense, Votre Conseil n'accepte pas que le requérant développe un moyen dans ses derniers écrits, notamment car la Partie adverse ne pourra y répondre.

Le Conseil d'État ne peut avoir égard qu'aux éléments avancés dans la requête. Le requérant ne peut ajouter de nouveaux moyens par la suite dans le mémoire en réplique, dans le dernier mémoire ou à l'audience. Il y va en effet des droits de la défense des autres parties (CE n° 247.289 du 11 mars 2020 arrêt Rouer).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, Votre Conseil ayant ordonné l'échange de nouveaux mémoires et derniers mémoires après le nouveau rapport qui sera dressé par Madame le Premier Auditeur.

b/

Par ailleurs, Votre Conseil n'accepte pas d'examiner des moyens qui seraient "lancés à l'aveugle". Si tel était le cas, il suffirait de rédiger des requêtes stéréotypées invoquant la violation de tous les principes de droit applicables à l'action administrative et l'ensemble des dispositions légales susceptibles de s'appliquer à une affaire considérée, puis de laisser à Votre Conseil le soin de faire tout le travail en examinant le dossier administratif.

C'est ainsi que Votre Conseil a déjà indiqué qu' "un moyen qui repose uniquement sur des hypothèses n'est pas un moyen de droit et est, partant, irrecevable" (CE n° 179.387 du 7 février 2008, arrêt Elia) ou encore qu' "est irrecevable, dès lors que purement hypothétique, le moyen dans lequel la (...) requérante se borne à indiquer des vérifications qu'il conviendrait, selon elle, d'effectuer sur la base du dossier administratif" (CE 226.244 du 27 janvier 2014, arrêt CS TEAM). S'agissant en particulier de l'égalité de traitement, Votre Conseil a relevé que "le moyen, en tant qu'il invoque une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, est irrecevable à défaut pour la requérante d'avoir exposé dès sa requête en annulation en quoi ces dispositions étaient violées" (CE n° 244.683 du 4 juin 2019 arrêt Renders).

En l'occurrence, à défaut d'avoir pu examiner l'offre de l'attributaire ou en supputer l'aspect et le contenu à partir du rapport d'analyse des offres, la requérante ne pouvait, comme elle s'y est d'ailleurs cantonnée, qu'évoquer l'éventualité d'une différence de traitement. Elle n'eût pu développer un quelconque moyen, faute de pouvoir confronter des faits concrets à une règle de

droit.

c/

En tout état de cause, un moyen qui est soulevé pour la première fois après l'écoulement du délai de recours est recevable si l'irrégularité qui y est dénoncée n'a pu matériellement être connue par la partie requérante qu'en cours de procédure (notamment par la consultation du dossier administratif) (CE n° 245.866 du 23 octobre 2019 arrêt Thibaut de Maisières). Quand il apparaît que le requérant ne pouvait connaître, au moment de l'introduction de sa requête, un élément qu'il découvre dans le dossier administratif et qu'il souhaite fonder sur celui-ci de nouvelles critiques de l'acte entrepris, un moyen nouveau peut être formulé dans le mémoire en réplique ou ampliatif. (CE n° 247.289 du 11 mars 2020 arrêt Rouer).

En l'occurrence, alors que rien ne l'imposait initialement, l'offre de l'attributaire a été déposée dans le dossier administratif sous couvert de la confidentialité. En outre, le dossier administratif ne contenait de toutes façons pas la note détaillée, ce qu'a constaté Madame le Premier Auditeur (lire son rapport, p.11). Malgré l'invitation de Madame le Premier Auditeur, la Partie adverse a maintenu cette offre confidentielle, en totalité (alors qu'elle aurait pu également produire l'extrait de l'offre dont question dans son courrier du 2 décembre 2020).

Il a fallu attendre que Votre Conseil provoque un débat sur la confidentialité pour que la Partie adverse se résolve à agir de manière transparente.

Ce n'est donc que dans le cadre de l'instruction de ce dossier que la requérante a pris connaissance d'une nouvelle pièce, constituant un élément inconnu d'elle jusqu'alors.

Un moyen fondé sur cette nouvelle pièce est donc parfaitement recevable.

d/

Enfin, un moyen touchant à l'ordre public est toujours recevable.

Dans le cadre d'une procédure devant mener à la passation d'un marché public, fût-ce dans l'un des secteurs spéciaux tel que celui de l'eau, le recours à la procédure négociée sans publicité demeure exceptionnel, en ce qu'il n'est autorisé que dans des cas limitativement énumérés à l'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En effet, cette procédure déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi, lequel est d'ordre public. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce principe, bien que soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique, est recevable (CE n° 200.246 du 29 janvier 2010, arrêt GHYSELS).

Fond du Moyen

PRIS DE la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5 et 81 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, des articles 105 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics, des articles 4, 5 et 29 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du cahier spécial des charges, de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du

principe de proportionnalité, du principe de légitime confiance, du principe d'égalité des soumissionnaires, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation, du défaut d'examen minutieux des offres ;

EN CE QUE l'acte attaqué énonce que : "(...) la firme GENETEC n'a pas joint une note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention (...)" tandis que "la firme YVAN PAQUE S.A. a joint une note de calcul (...)".

Sur cette explication doublement inexacte, la Partie adverse a attribué le marché à un soumissionnaire dont l'offre eût pourtant dû être déclarée irrégulière.

Au minimum, il apparaît de manière évidente que la Partie adverse a accordé un traitement plus favorable à l'offre de l'attributaire qu'à celle de la requérante.

En fait de note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention, l'attributaire s'est strictement limité à indiquer laconiquement, au droit du rappel figurant dans le tableau récapitulatif, deux montants (un par tranche) sans aucun détail, ni explication généralement quelconque, tandis que, comme déjà explicité la requérante a au contraire déposé une [sic].

ALORS QUE l'article 5 de la Loi du 15 juin 2006 relative au marchés publics (applicable à l'époque) dispose que "les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence". Le même article précise encore que les marchés publics sont attribués avec concurrence.

Le chapitre 7 de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011, applicable à la procédure négociée directe avec publicité et mise en œuvre par la Partie adverse ne dispense évidemment pas la Partie adverse du respect du principe de l'égalité de traitement (garanti par ailleurs par les articles 10 et 11 de la Constitution) et de l'attribution des marchés après mise en concurrence.

Le principe de l'égalité de traitement doit être respecté dans toutes les phases d'un marché (...) et (...) si la procédure négociée est plus souple que d'autres modes d'attribution, elle ne permet pas la violation du principe d'égalité (E. THIBAUT et P. THIEL, Chronique de jurisprudence du Conseil d'État, 2014, in Marchés et Contrats publics, 2016/2, p.191 et p. 19').

Le principe d'égalité, visé à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 (ancien article 5 de la loi du 15 juin 2006) est identifié en tant que principe du droit européen primaire de la concurrence, au même titre que le principe de transparence. Il consiste notamment dans l'obligation faite à l'autorité de mener les négociations dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les candidats et/ ou soumissionnaires (T. MAES, G. MARTOU et P. THIEL, Chronique 2017/2018, in Marchés et Contrats publics, 2019/2, p.27).

Le principe de concurrence requiert que le pouvoir adjudicateur recueille plusieurs offres, afin de comparer les prix et déterminer ce que le marché est en mesure d'offrir. Il contraint l'autorité à s'abstenir de toute action qui aurait pour objet ou pour effet de restreindre la libre concurrence (C.E., n° 237.496 du 27 février 2017 arrêt Animal Pest Control).

L'adage *patere legem quam ipse fecisti* imposait à la Partie adverse, compte tenu des spécifications opérées dans son cahier spécial des charges à propos de la note

de calcul détaillée du coût des mesures liées à la sécurité du chantier, de déclarer irrégulière les offres ne produisant pas le détail de ces mesures. En effet, “en application du point 2°, le calcul détaillé du prix des mesures de sécurité doit être indiqué dans un document autonome sur la base duquel le pouvoir adjudicateur examine les coûts que le contractant a pris en compte pour les mesures de sécurité et les ressources lors du calcul du prix ; l’absence de calcul séparé du prix signifie que le pouvoir adjudicateur ne peut envisager l’ampleur des mesures concernant le P.S.S. proposé par le soumissionnaire concerné lors de l’ouverture des offres ; il manque alors un élément essentiel dans le calcul du prix total offert par le soumissionnaire concerné, ce qui constitue une irrégularité substantielle” (T. MAES, G. MARTOU et P. THIEL, Chronique 2017/2018, in *Marchés et Contrats publics*, 2019/2, p.82).

“ Les dispositions relatives aux modes de passation des marchés publics sont d’ordre public, à tout le moins en ce qu’elles concernent le principe fondamental de l’obligation de mise en concurrence, qui poursuit un but d’intérêt général et que le contrat conclu en violation de cette obligation est affecté d’une cause de nullité absolue qui peut être soulevée d’office par le juge (en ce sens, Bruxelles, 28 décembre 2013, J.T., 2014/6, p.96 ; Fr. Belleflamme, ‘L’annulation de la décision d’attribution d’un contrat administratif et ses conséquences civiles’, A.P.T., 2011, p. 269 et références citées). Il en va de même du principe de l’égalité de traitement des concurrents (en ce sens, Y. Hannequart et A. Delvaux, ‘L’attribution d’un marché public et les recours judiciaires autres que l’action en dommages-intérêts’, *Entr. et dr.*, 1998, p. 332, spéc. n°41 et références citées), qui constitue une concrétisation des principes d’égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution” (CA Bruxelles, 29 juin 2017, *Le Botanique / Ville de Bruxelles*).

DE SORTE QUE d’une part, la Partie adverse a soumis l’offre de la requérante à un examen non seulement inexact (voir moyens précédents) mais au surplus beaucoup plus rigoureux que celui auquel a été soumise l’offre de l’attributaire. Une telle différence de traitement, méconnaissant les principes d’égalité et de concurrence en ce qu’elle restreint artificiellement l’accès au marché considéré n’est pas admissible et contrevient aux dispositions et principes dont la violation est alléguée.

D’autre part, en déclarant l’offre de l’attributaire recevable, sans que les documents soumis à son examen permettent de vérifier l’adéquation entre les montants avancés et les mesures de protection et de sécurité envisagées par l’attributaire, et cela, sans que ce dernier ait été le cas échéant invité à expliciter son offre sur ce point (pour autant que cela soit possible), la Partie adverse a manqué aux principes de bonne administration, à son obligation d’examen minutieux des offres déposées, et s’est révélée laxiste et complaisante à l’endroit de l’attributaire. Un tel favoritisme est manifestement contraire aux principes d’égalité de concurrence. La Partie adverse a contrevenu aux dispositions et principes dont la violation est alléguée.

Pareil moyen, soulevé à l’occasion de la découverte d’une nouvelle pièce (découverte impossible en raison de la confidentialité de l’offre et du défaut de transparence de la Partie adverse) et touchant à l’ordre public, est recevable et fondé ».

B. Note de la partie adverse

Dans la note qu'elle a déposée conformément à l'article 3 du dispositif de l'arrêt n° 249.290, prononcé le 18 décembre 2020, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« Irrecevabilité du moyen nouveau :

a. Absence de diligence :

19. La Ville de LIEGE a déposé, en pièce 3.2 confidentielle de son dossier administratif, l'offre de la SA YVAN PAQUE dans son intégralité, en ce compris le tableau relatif au coût des mesures de sécurité (pages 112 à 114).

A aucun autre moment dans la cadre de la procédure, la SA GENETEC n'a sollicité la levée de la confidentialité, partielle ou totale, de cette pièce.

Dans son arrêt n° 248.956 du 17 novembre 2020, Votre Conseil relève que :

La requérante ne sollicite pas formellement la levée de la confidentialité demandée par la partie adverse. Toutefois, dès l'introduction de sa requête, et à l'appui du premier moyen, elle note qu'il "conviendra également, à l'examen du dossier administratif, de vérifier que d'autres soumissionnaires n'ont pas, le cas échéant, été traités plus favorablement". Dans son mémoire en réplique, elle relève qu'elle n'a pas eu accès à l'offre de son concurrent et "maintient donc sa demande que [le] Conseil [d'État] veuille bien examiner celle-ci spécialement du point de vue des renseignements communiqués sur la problématique litigieuse afin de déterminer si les parties ont été traitées de la même manière selon le respect du principe d'égalité".

Le maintien de confidentialité des pièces concernées n'empêche, en règle, pas le Conseil d'État d'examiner, notamment à la lumière de ces pièces auxquelles il a bien accès puisqu'elles ont été déposées, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite un recours. S'il doit être admis que la partie requérante, qui n'a pu accéder à ces pièces à ce stade, ait développé son argumentation de façon plus succincte, encore faut-il que l'examen auquel le Conseil d'État est, le cas échéant, amené à procéder en pareille circonstance, s'inscrive dans les limites tracées par les moyens soulevés à l'appui du recours.

En l'espèce, la requérante invite le Conseil d'État à examiner si, pour ce qui concerne l'exigence d'indication des coûts liés au plan de sécurité et de santé, les offres ont été traitées dans le respect du principe d'égalité. Cependant, au regard de l'exposé et des développements du premier moyen, qui n'invoque pas, en tant que telle, une violation du principe d'égalité des soumissionnaires ou de dispositions consacrant ce principe, le Conseil d'État ne peut déférer à la demande que lui soumet la requérante.

Cela étant, cette demande de la requérante fait bien apparaître que la divulgation de l'offre de la société Yvan Paque (et, plus particulièrement, de l'extrait de cette offre contenant l'indication des coûts afférents au plan de sécurité et de santé) est nécessaire à l'examen de l'affaire, dans le respect de la contradiction des débats, notamment pour examiner le grief de sévérité excessive dont aurait fait preuve la partie adverse à l'égard de l'offre de la requérante, laquelle sévérité peut être appréciée, comme le suggère la troisième branche du premier moyen, au regard du traitement réservé sur cette question litigieuse, aux autres offres. Cette nécessité de divulgation a d'ailleurs été expressément mise en évidence par

Madame le premier auditeur, dont le rapport invitait la partie adverse à déposer “la note complète de la société Yvan Paque concernant le calcul détaillé des coûts des mesures de sécurité”, ce à quoi cette partie a répondu, dans son dernier mémoire, en désignant l’extrait de l’offre mentionnant les coûts des mesures de sécurité, sans toutefois renoncer au caractère confidentiel de cette offre.

Votre Conseil a donc invité la partie adverse à lever la confidentialité des pages 112 à 114 de l’offre de la SA YVAN PAQUE dans le cadre du débat relatif au grief de sévérité excessive formulé dans le cadre du premier moyen.

Il ne s’agit pas dans ce cadre de permettre à la requérante de développer un moyen nouveau dont elle s’est elle-même privée en ne sollicitant à aucun moment la levée de la confidentialité.

En ce sens : CE n° 234.051 du 08.03.2016, Demoulin :

“ Le procédé qui consiste à se retrancher derrière une insuffisance ou une absence de notification pour formuler ‘à l’aveugle’ une critique de motivation sans prendre la peine d’interroger la partie adverse en faisant usage du droit d’accès aux documents administratifs, nuit au bon déroulement de la procédure devant le Conseil d’État puisqu’il tend à permettre au requérant de formuler ou réajuster ses moyens en cours de procédure sans avoir au préalable cherché à réunir toutes les informations utiles pour élaborer ledit recours. Pour l’ensemble de ces raisons, la critique formulée pour la première fois à l’encontre de l’acte attaqué dans le mémoire en réplique doit être considérée comme étant un moyen nouveau irrecevable en raison de sa tardiveté”.

Il est inexact de prétendre, comme le fait la requérante (page 7, point c de sa note du 15.02.21), qu’une telle demande dans son chef n’aurait pas permis de prendre connaissance du tableau déposé par l’attributaire au motif que le dossier administratif n’aurait pas contenu ce document.

Lorsque Madame le Premier Auditeur a invité la partie adverse à déposer ce document estimant qu’il n’était pas joint au dossier administratif (et non à en lever la confidentialité, à défaut de demande en ce sens de la requérante), la Ville de LIEGE a confirmé que la pièce 3.2 de son dossier incluait bien le tableau *ad hoc* déposé par la SA YVAN PAQUE (point 12 de son dernier mémoire).

La SA GENETEC n’a toujours pas, à ce moment, sollicité la levée de la confidentialité du document.

b. Moyen étranger à l’ordre public :

20. La SA GENETEC ne peut davantage prétendre que le moyen nouveau qu’elle soulève toucherait à l’ordre public.

Il ne suffit pas de mentionner l’article 5 de la loi du 15 juin 2006 au titre de moyen pour se prévaloir du principe de concurrence et du caractère d’ordre public qui lui est attaché :

“ A l’appui de ce volet du moyen, la requérante invoque une violation des principes de concurrence et d’égalité ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution.

Toutefois et tel qu’il est formulé, ce volet du moyen soulève, en réalité, d’une part, l’irrégularité de l’offre de la société anonyme LIXON et reproche, d’autre part, à la partie adverse d’avoir permis à cette société de modifier son offre

après la date limite de dépôt des soumissions sans avoir permis à la requérante d'apporter les précisions nécessaires à son offre et d'avoir, en conséquence, traité différemment les deux offres. S'il invoque donc formellement une violation du principe de concurrence, ce volet du moyen n'expose jamais concrètement en quoi ce principe aurait été violé, ni en quoi la partie adverse aurait manqué à son obligation de mise en concurrence. Si l'obligation de mise en concurrence représente un enjeu sous-jacent aux dispositions et principes régissant la législation relative aux marchés publics, il ne s'ensuit pas que tout grief formulé à l'appui d'un recours doive nécessairement s'analyser comme dénonçant une violation du principe de concurrence" (CE n° 244.565 du 21 mai 2019, SA HULLBRIDGE).

Le principe dont la violation est alléguée concrètement en l'espèce n'est pas le principe de concurrence mais le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Or, "Ni les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, ni les articles 95 et 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne relèvent de l'ordre public. Dans le domaine du droit administratif, sont, en effet, des moyens d'ordre public ceux qui sont pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doit toujours être garantie au profit de la société dans son ensemble. Il n'est pas établi que les illégalités réellement invoquées dans ce second volet du premier moyen ébranleraient les fondements de l'ordre juridique au point qu'un moyen qui les dénonce puisse valablement être soulevé au stade du mémoire en réplique" (CE n° 244.565 cité ci-dessus).

21. Le moyen nouveau est irrecevable.

Subsidiairement, non-fondement du moyen nouveau :

22. Le cahier spécial des charges, en page 6, précise que :

“ Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
[...]
- comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.
Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité et de santé”.

Le formulaire en question précise la demande comme suit :

“ Le soumissionnaire doit chiffrer l'estimation du coût des mesures de sécurité qui seront prises pour les principaux chapitres de la soumission” et ce pour les activités principales et pour les activités particulières.

S'agissant de travaux d'une ampleur limitée, tant en termes de coûts qu'en termes de travaux, la SA YVAN PAQUE, attributaire, a considéré que les “chapitres” s'apparentaient aux tranches, et a valorisé le coût des mesures de sécurité pour chacune de ces tranches, en indiquant :

“ Toutes les activités de ce projet relèvent selon nous d'activités générales. En conséquence, nous estimons un coût unique par tranche

Tranche 1 : 1105 € HTVA
Tranche 2 : 1029 € HTVA”.

La SA YVAN PAQUE a ainsi répondu à la demande du cahier des charges et c’est à bon droit que son offre a été considérée comme régulière.

23. Par ailleurs, comme relevé *supra*, la SA YVAN PAQUE a également ainsi mis le pouvoir adjudicateur en position de prendre la mesure du budget consacré à ces mesures de sécurité.

La SA GENETEC a certes communiqué des chiffres mais n’a pas valorisé le budget consacré aux mesures prévues pour le chantier objet du marché.

Rien en effet dans la note jointe à l’offre n’indique au pouvoir adjudicateur comment prendre en considération les coûts annuels, rapportés en majorations de taux horaire, pour dégager un budget spécifique au marché concerné.

Les deux soumissionnaires ne se trouvaient donc pas dans une situation comparable, en sorte qu’aucune violation du principe d’égalité ne peut être retenue.

24. Le moyen nouveau n’est pas fondé ».

C. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire après rapport complémentaire, la partie adverse formule les observations suivantes :

« Irrecevabilité du moyen nouveau :

Absence de diligence :

17. Lorsque Madame le Premier Auditeur a invité la partie adverse à déposer le tableau *ad hoc* joint par la SA YVAN PAQUE à son offre, estimant qu’il n’était pas joint au dossier administratif (et non à en lever la confidentialité, à défaut de demande en ce sens de la requérante), la Ville de LIEGE a confirmé que la pièce 3.2 de son dossier incluait bien le tableau *ad hoc* déposé par la SA YVAN PAQUE (point 12 de son dernier mémoire).

La SA GENETEC n’a toujours pas, à ce moment, sollicité la levée de la confidentialité du document.

L’arrêt rendu par Votre Conseil le 8 mars 2016 (CE n° 234.051 Demoulin) est donc pleinement transposable :

“ Le procédé qui consiste à se retrancher derrière une insuffisance ou une absence de notification pour formuler ‘à l’aveugle’ une critique de motivation sans prendre la peine d’interroger la partie adverse en faisant usage du droit d’accès aux documents administratifs, nuit au bon déroulement de la procédure devant le Conseil d’État puisqu’il tend à permettre au requérant de formuler ou réajuster ses moyens en cours de procédure sans avoir au préalable cherché à réunir toutes les informations utiles pour élaborer ledit recours. Pour

l'ensemble de ces raisons, la critique formulée pour la première fois à l'encontre de l'acte attaqué dans le mémoire en réplique doit être considérée comme étant un moyen nouveau irrecevable en raison de sa tardiveté”.

18. Le moyen nouveau est irrecevable.

Subsidiairement, non-fondement du moyen nouveau :

19. Le cahier spécial des charges, en page 6, précise que :

“ Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
[...]
- comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.
Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité et de santé”.

Le formulaire en question précise la demande comme suit :

“ Le soumissionnaire doit chiffrer l'estimation du coût des mesures de sécurité qui seront prises pour les principaux chapitres de la soumission” et ce pour les activités principales et pour les activités particulières.

S'agissant de travaux d'une ampleur limitée, tant en termes de coûts qu'en termes de travaux, la SA YVAN PAQUE, attributaire, a considéré que les “chapitres” s'apparentaient aux tranches, et a valorisé le coût des mesures de sécurité pour chacune de ces tranches, en indiquant :

“ Toutes les activités de ce projet relèvent selon nous d'activités générales. En conséquence, nous estimons un coût unique par tranche
Tranche 1 : 1105 € HTVA
Tranche 2 : 1029 € HTVA”.

La SA YVAN PAQUE a ainsi répondu à la demande du cahier des charges et c'est à bon droit que son offre a été considérée comme régulière.

Madame le Premier Auditeur considère malgré tout que la SA YVAN PAQUE n'a pas remis une note de calcul détaillée.

La SA YVAN PAQUE a pourtant, contrairement à la requérante, joint à son offre le tableau *ad hoc* tel que fourni avec les documents du marché.

Ce tableau constitue donc le calcul du coût des mesures de sécurité pour les différents chapitres de la soumission, tel que le pouvoir adjudicateur considère devoir l'obtenir, ainsi que précisé dans le cahier spécial des charges.

Rien ne permet de constater qu'il y aurait là une erreur manifeste dans le chef de la Ville de LIEGE.

20. Par ailleurs, la SA YVAN PAQUE a également ainsi mis le pouvoir adjudicateur en position de prendre la mesure du budget consacré à ces mesures de sécurité.

La SA GENETEC a certes communiqué des chiffres mais n'a pas valorisé le

budget consacré aux mesures prévues pour le chantier objet du marché.

Rien en effet dans la note jointe à l'offre n'indique au pouvoir adjudicateur comment prendre en considération les coûts annuels, rapportés en majorations de taux horaire, pour dégager un budget spécifique au marché concerné.

Les deux soumissionnaires ne se trouvaient donc pas dans une situation comparable, en sorte qu'il ne peut être fait grief à la Ville de LIEGE d'avoir adopté une attitude plus rigoureuse vis-à-vis de l'offre de la requérante. Aucune violation du principe d'égalité ne peut être retenue.

21. Le moyen nouveau n'est pas fondé ».

D. Dernier mémoire de la requérante

Dans un courrier du 13 décembre 2021, qu'elle présente expressément comme valant dernier mémoire, la requérante indique n'avoir rien à ajouter à ses précédents écrits de procédure.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Sous le titre « 3.5. Analyse de l'adéquation des mesures et coûts prévus par l'offre pour répondre aux risques envisagés par le P.S.S. (Plan sécurité et santé) », la partie adverse a considéré ce qui suit, pour justifier l'écartement de l'offre de la requérante, tandis qu'elle admettait la régularité de l'offre de la société Yvan Paque au regard de l'exigence de présentation du coût détaillé de la mise en œuvre des mesures de prévention :

« Les firmes GENETEC SA et Yvan PÂQUE SA ont joint à leur offre un PSS.

Le PSS, en son point 4 (tableau chiffré du coût de la sécurité) des documents à joindre aux documents d'adjudication précise que :

- Les montants estimés par le soumissionnaire du coût des prestations liées à la sécurité seront repris dans un tableau.
- Ils sont chiffrés par chapitre,
- Les montants indiqués dans le tableau sont donnés à titre purement indicatif et sont censés être compris dans les prix unitaires et forfaitaires repris dans l'offre par le soumissionnaire.
- Ils ne feront en aucune manière l'objet d'un paiement distinct.

La firme GENETEC n'a pas joint une note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention prévues en application de l'analyse des risques mais a justifié une majoration du taux horaire. Le dossier n'est pas jugé conforme en matière de coordination sécurité et santé. L'offre de la S.A. GENETEC est donc écartée à ce stade de l'analyse.

La firme YVAN PÂQUE S.A. a joint une note de calcul et un dossier complet

jugé conforme en matière de sécurité et santé ».

En substance, le moyen nouveau dénonce notamment une méconnaissance du principe d'égalité des soumissionnaires, en reprochant à la partie adverse d'avoir – dans la vérification du respect de l'exigence de présentation du coût détaillé de la mise en œuvre des mesures de prévention – réservé un traitement plus favorable à l'offre de la société Yvan Paque qu'à celle de la requérante.

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen, en raison de ce que – soulevé dans le cadre de la réouverture des débats – il serait tardif ; elle fait plus particulièrement valoir, à ce sujet, qu'à aucun autre moment dans le courant de la procédure, la requérante n'a sollicité la levée de confidentialité de la pièce sur laquelle elle fonde son moyen nouveau.

Le moyen nouveau prend appui sur l'affirmation suivante : « En fait de note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention, l'attributaire s'est strictement limité à indiquer laconiquement, au droit du rappel figurant dans le tableau récapitulatif, deux montants (un par tranche) sans aucun détail, ni explication généralement quelconque, tandis que, comme déjà explicité, la requérante [en] a au contraire déposé une ».

Les éléments de fait ainsi mis en évidence par la requérante n'ont pu être connus de celle-ci qu'à la suite de la levée de confidentialité décidée par l'arrêt n° 249.290 du 18 décembre 2020, ce que ne conteste pas la partie adverse. Ils ne pouvaient, en tout état de cause, pas être connus de la requérante dès l'introduction de la requête en annulation. Par ailleurs, le reproche fait à la requérante de ne pas avoir sollicité la levée de confidentialité de la pièce concernée est en contradiction avec l'attitude de la partie adverse qui avait, elle-même, sollicité le maintien de la confidentialité de cette pièce et n'a consenti à la divulgation de celle-ci qu'à la suite du prononcé de l'arrêt n° 248.956 du 17 novembre 2020.

Les circonstances dans lesquelles est intervenue la levée de confidentialité discutée en l'espèce ressortent des arrêts n^{os} 248.956 et 249.290, respectivement prononcés en la présente cause les 17 novembre et 18 décembre 2020.

Il n'est pas permis, au vu de ces arrêts et – plus généralement – du déroulement de l'ensemble de la procédure, de reprocher à la requérante un manque

de diligence, alors qu'elle n'a pas manqué de souligner, dès l'introduction de sa requête, et de confirmer, dans son mémoire en réplique, les interrogations que lui inspirait la légalité des actes attaqués (particulièrement en ce qui concernait le traitement des différentes offres), en combinaison avec les difficultés auxquelles l'exposaient, dans la formulation des moyens soulevés à l'appui de son recours, les conditions d'accès aux pièces du dossier administratif et, ensuite, la confidentialité demandée par la partie adverse.

Il est enfin relevé que les modalités d'aménagement de la procédure décidées par l'arrêt n° 249.290 du 18 décembre 2020 tendaient à permettre que tout moyen nouveau soulevé, le cas échéant, dans le cadre de la réouverture des débats soit soumis à la contradiction des parties, ce qui a été le cas en l'espèce, ainsi qu'en témoignent les arguments débattus entre elles.

Dans ces circonstances, l'exception d'irrecevabilité opposée au moyen nouveau doit être rejetée.

Quant à l'appréciation du caractère fondé du moyen nouveau, et même à s'en tenir à l'appréciation de la partie adverse qui a estimé que l'offre de la requérante ne satisferait pas à l'exigence de présentation des coûts détaillés de mise en œuvre des mesures de prévention prescrites, force est de constater que la mention des deux montants annoncés dans l'offre de la société Yvan Paque sans autre précision que l'indication des tranches sur lesquelles porte respectivement chacun deux, ne peut raisonnablement être considérée comme rencontrant l'exigence de présentation des coûts détaillés de mise en œuvre des mesures de prévention ; cette seule indication ne constitue pas une « note de calcul », quoi que prétend à ce sujet la partie adverse dans l'extrait précité de l'acte attaqué. En admettant – à la suite de la partie adverse – que les données communiquées par la requérante étaient inappropriées parce qu'elles ne permettaient pas une évaluation précise des coûts représentés pour la mise en œuvre des mesures de prévention dans le cadre spécifique du marché litigieux et au regard des prestations commandées par l'exécution de celui-ci, un constat similaire devait s'imposer à propos de l'offre du soumissionnaire Yvan Paque, en l'absence d'indication de coûts détaillés. De ce point de vue, et contrairement à ce que soutient la partie adverse dans ses écrits de procédure, les deux soumissionnaires se trouvaient bien dans une situation comparable à l'égard de laquelle le principe d'égalité des soumissionnaires devait être respecté.

En estimant néanmoins que l'offre de la société Yvan Paque satisfaisait à l'exigence litigieuse, au contraire de celle de la requérante, la partie adverse a bien réservé à ce soumissionnaire un traitement plus favorable qu'à la requérante, et ce en méconnaissance du principe d'égalité des soumissionnaires. Dans la mesure où, au travers de ce grief, il invoque la violation de ce principe, le moyen est fondé.

Dès lors que la méconnaissance du principe d'égalité des soumissionnaires vicie tant la décision de tenir l'offre de la requérante pour irrégulière que celle d'attribuer le marché litigieux à la société Yvan Paque, il y a lieu d'annuler ces deux décisions.

V. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante et de la société Yvan Paque.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet, dans la mesure où il n'a pas été statué à ce propos par les arrêts prononcés antérieurement en la présente cause.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

Dans la note (intitulée « Dernier mémoire ») déposée dans le cadre de la réouverture des débats, la requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement d'une indemnité de procédure de 700 euros.

La partie adverse n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la requérante.

L'annulation des premier et troisième actes attaqués justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,

LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

Les décisions du 19 décembre 2016 par lesquelles la ville de Liège tient l'offre de la requérante pour irrégulière et attribue le marché à une société concurrente sont annulées.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 26 avril 2023, par :

David De Roy,
Florence Piret,
Denis Delvax,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy