

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 101.493 du 5 décembre 2001

A.83.157/VI-15.027

En cause : **la S.A. ABATIR,**
ayant élu domicile chez
Me François COLLETTE, avocat,
rue Notre Dame Débonnaire 16
7000 Mons,

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 27 mars 1999 par la S.A. ABATIR qui demande
au Conseil d'Etat :

- " - d'annuler la décision prise par le Ministre de la Région wallonne ayant dans ses compétences la Direction générale des Ressources Naturelles et de l'Environnement, ayant attribué à la firme DELHALLE, le 24 septembre 1998, le marché de construction du bâtiment en attenance au CRIE, ex-Maison des Eleveurs, à Mariemont, et par là-même, a écarté la partie requérante, soumissionnaire moins-disante,
- de donner acte à la partie requérante qu'elle se réserve de solliciter l'indemnisation du dommage causé par l'acte de l'Autorité administrative,
- de condamner la partie adverse aux dépens";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. NIHOUL, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 7 mars 2001 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et
du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 6 novembre 2001, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 28 novembre 2001;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Martin JASPAR, loco Me François COLLETTE, avocat, comparaissant pour la requérante, et Me Jean-Marie VAN DER MERSCH, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. NIHOUL, Auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête se présentent comme suit :

1. Le 23 mars 1998, la S.A. ABATIR est constituée par acte notarié. Les 17 juin et 1er juillet 1998, elle est enregistrée comme entrepreneur, notamment pour la catégorie 11 intitulée "activités générales de la construction". Le 2 juillet 1998, elle sollicite son agrégation dans la catégorie D, classe 2.

2. Ayant décidé de développer un Centre régional d'initiation à l'environnement (C.R.I.E.) dans le cadre de l'Objectif n° 1 Hainaut, la partie adverse a projeté de construire une extension attenante à l'ex-Maison des Eleveurs, à Mariemont, grâce à un marché à passer selon la procédure de l'adjudication publique.

3. Le cahier spécial des charges établi le 5 juin 1998 et approuvé le 8 juin 1998 par le Ministre, porte notamment ce qui suit :

" Art. 89. Présentation des offres.

A Etablissement / forme & contenu de la soumission.

Sous peine de la voir rendue nulle et non avenue, celle-ci sera obligatoirement :

- signée
- établie sur le modèle (de soumission) prévu à cet effet
- accompagnée :
 - du M.R. (métré récapitulatif) dûment complété - également signé.

- des éventuels renseignements ou documents demandés - dans le M.R. - à lui annexer
- des documents dont question minimalement ci-après
(...) dressée sur les documents type - ceux en tout cas spécialement prévus à cet effet - joints au dossier "base de soumission"

A Documents / attestations à joindre à la soumission.

Outre le modèle de soumission et le M.R. + ses éventuelles annexes (voir ci-avant), sont à, minimalement et obligatoirement, joindre à la soumission les attestations requises pour certifier/ attester :

- la régularisation de l'entreprise d'un point de vue ONSS
- que le soumissionnaire satisfait aux exigences fixées par le m.o. ou p.a. (ou M.R.) d'un point de vue Art. 90, § 1, 3°. Agréation catégorie des travaux et classe d'agrégation, s'il échet.
Art. 90, § 3. Enregistrement catégorie (suivant A.R. DU 8/10/85)
(...)"

4. A la rubrique "Renseignements concernant l'agrégation - Documents à fournir par l'entrepreneur non agréé ou insuffisamment agréé" de la soumission du 18 août 1998 déposée par la requérante, celle-ci n'a biffé ni la mention selon laquelle elle joignait les documents exigés en vertu de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors de demandes d'agrégation, d'agrégation provisoire, de transfert d'agrégation ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux et démontrant qu'elle satisfaisait aux conditions fixées pour obtenir l'agrégation requise, ni celle selon laquelle elle joignait une copie de l'attestation délivrée par le Ministre constatant l'introduction d'un dossier complet conformément à l'article 6 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 portant l'entrée en vigueur de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

Elle a, en revanche, porté la mention suivante: "Le double du dossier d'agrégation classe 2 est à votre disposition sur simple demande".

Annexée à cette soumission établie sur le modèle-type, une note de la requérante porte notamment ce qui suit :

- " Remarques 1/ Agrégation: Un dossier complet d'agrégation Classe D2 a été déposé le 02.07.98 (par recommandé) dont copie ci-jointe.
En principe l'agrégation devrait nous parvenir avant la passation du marché et vous sera communiquée en temps utile (voir la loi à ce sujet).
Toutefois le présent document est à considérer comme une éventuelle demande de dérogation.
2/ (...)"

5. Le 18 août 1998, la Direction Agrégation des entrepreneurs du Ministère des Communications et de l'Infrastructure délivre à la requérante l'attestation selon

laquelle elle "a remis un dossier complet en vue de l'obtention de certaines agréments pour l'exécution de travaux publics".

Dans son mémoire en réplique introduit le 5 octobre 1999, la requérante précise qu'au moment du dépôt de sa soumission, elle ne détenait pas encore cette attestation.

Toutefois, dans son dernier mémoire introduit le 11 avril 2001, la requérante indique que, "en réalité, ladite attestation a été remise le jour même de l'ouverture des soumissions par l'administrateur délégué de la partie requérante, M. Daniel ROBERT, entre les mains du fonctionnaire dirigeant, M. GOBEAUX, représentant le pouvoir adjudicateur", et "avoir totalement perdu de vue cet événement au moment d'établir son recours", ce que la partie adverse conteste, faisant notamment valoir que le procès-verbal d'ouverture des soumissions n'en porte aucune mention.

6. Le 19 août 1998, lors de l'ouverture des soumissions, deux offres sont recueillies :

- celle de la requérante, d'un montant de 11.399.593 francs
- celle de la S.P.R.L. DELHALLE, d'un montant de 12.616.678 francs.

Le rapport d'adjudication porte notamment ce qui suit :

" (...)

3. Analyse administrative des soumissions

1. Agrément - D1 classe 2

- Entreprise DELHALLE - D classe 4 - confirmation par la Direction agrément des entrepreneurs.
- Entreprise ABATIR - dossier d'agrément déposé le 02 juillet 98 à la Direction agrément des entrepreneurs.

La Commission d'agrément se réunira le 08 septembre 98 pour l'examen des dossiers introduits. L'avis donné sera consultatif et la décision d'octroi de l'agrément sera donnée par le Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement et des Transports de la Région wallonne (délai inconnu).

(...)

5. Classement et proposition d'approbation

- Entreprise ABATIR: 11.386.635 FB
- Entreprise DELHALLE: 12.730.336 FB

Etant donné que l'attestation d'agrément ne pourra être fournie avant l'approbation de la soumission, il est proposé d'approuver la soumission de l'entreprise DELHALLE au montant de 12.730.336 FB."

7. Le 24 septembre 1998, l'inspection des Finances marque son accord sur la proposition d'approbation de la soumission remise par l'entreprise DELHALLE au montant de 12.730.336 FB sous réserve de la note suivante :

" L'admin. vérifiera à la dernière minute que la S.A. ABATIR n'a effectivement pas encore été agréée (à ce jour c'est le cas)."

8. Le 1er octobre 1998, l'Administration propose au Ministre d'approuver la soumission remise par la S.P.R.L. DELHALLE.

9. Par fax du 5 octobre 1998, la Direction Agrément des entrepreneurs du Ministère des Communications et de l'Infrastructure confirme à la partie adverse que la S.A. ABATIR "n'est pas agréée ce jour".

10. Le 6 octobre 1998 selon la mention figurant au bas de la soumission de la firme DELHALLE, le Ministre l'approuve au montant de 12.730.336 francs. Il s'agit de la décision attaquée.

11. Par courrier du 19 octobre 1998, la partie adverse notifie à la S.P.R.L. DELHALLE l'approbation de sa soumission.

12. Dans une lettre du 4 décembre 1998 adressée à la partie adverse, la requérante lui transmet un certificat d'agrément dans la catégorie D, classe 2.

13. Le 6 janvier 1999, la requérante s'inquiète auprès de la partie adverse de la suite donnée à son offre.

14. Par lettre du 26 février 1999, la partie adverse informe la requérante de ce que le marché a été attribué à la firme DELHALLE en date du 24 septembre (sic) et qu'à cette date, après vérification, elle n'était pas agréée.

Considérant, d'office, que la requête, en tant qu'elle demande au Conseil d'Etat de donner acte à la requérante de ce qu'elle se réserve de solliciter l'indemnisation du dommage causé par l'acte de l'autorité administrative ici attaqué, est irrecevable, le Conseil d'Etat n'ayant aucune compétence quant à ce;

Considérant que la requérante prend un moyen unique "de la violation des dispositions légales et réglementaires relatives aux marchés publics"; qu'elle soutient que, "en se fondant, pour attribuer le marché à une autre entreprise, sur la seule vérification que la partie requérante n'était pas agréée, sans avoir égard à la preuve ou à l'offre de preuve faite par la partie requérante qu'elle remplissait les conditions fixées par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, ou en vertu de celle-ci, et sans interpellier le Ministère des Communications et de l'Infrastructure quant à sa décision qu'étaient remplies effectivement lesdites conditions d'agrégation, la partie adverse a commis un excès de pouvoir";

Considérant que la partie adverse répond, en substance, que la requérante n'a pas fourni au Ministre organisateur du marché les preuves qu'elle remplissait les conditions d'agrégation, mais seulement l'inventaire du dossier déposé en vue de l'agrégation, et qu'elle s'est bornée à indiquer dans sa soumission que "le double du dossier d'agrégation classe 2 est à votre disposition sur simple demande";

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante répète qu'elle était dans l'impossibilité matérielle de joindre à sa soumission, soit la preuve visée à l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi précitée du 20 mars 1991, les justificatifs de cette preuve ayant été adressés en original le 2 juillet 1998 au Gouvernement régional, soit l'attestation de dépôt d'un dossier complet, attestation qui n'était pas encore en sa possession; que, toutefois, tirant argument de ce qu'en son rapport, l'Auditeur constate que dans le dossier administratif, l'attestation du dépôt d'un dossier complet en vue de l'agrégation figure en annexe à l'offre, la requérante soutient qu'en l'espèce cette attestation a bien été jointe à la soumission, et que, si l'adjudicateur a joint l'attestation à l'offre, c'est qu'il a agréé sa remise tardive, et que, s'il a agréé cette remise tardive, il ne pouvait plus faire l'économie de la procédure de l'article 6 de la loi précitée du 20 mars 1991; qu'elle procède, dès lors, à un "repositionnement" du moyen où elle soutient que la partie adverse, ayant reçu l'attestation du dépôt d'un dossier complet et l'ayant jointe à son offre, ne pouvait plus attribuer le marché sans attendre que le ministre ait décidé, conformément à l'article 6 de la loi précitée et après l'avis de la Commission, que la requérante remplissait les conditions d'agrégation; qu'elle estime que la partie adverse, en négligeant d'attendre que le Gouvernement régional décide, après avis de la Commission, que les conditions d'agrégation étaient remplies, a violé le principe d'égalité entre soumissionnaires;

Considérant qu'en vertu de l'article 3, § 1, 2/, de la loi précitée du 20 mars 1991, la requérante, qui souhaitait se voir attribuer le marché litigieux, alors qu'elle

n'était pas agréée quant à ce, devait fournir la preuve qu'elle remplissait les conditions prévues par ladite loi; qu'en vertu de l'article 6 de la même loi, les pièces justificatives devaient, à la demande de la partie adverse, être soumises, d'abord à l'avis de la Commission, ensuite à la décision du Gouvernement régional; qu'en vertu de l'article 8 de l'arrêté royal précité du 26 septembre 1991, ces pièces justificatives devaient être jointes à la soumission; qu'elles le devaient d'autant plus impérativement que les dispositions du cahier spécial des charges citées ci-avant l'exigeaient "minimalement et obligatoirement", "sous peine de voir (l'offre) rendue nulle et non avenue";

Considérant qu'en l'espèce, la requérante, qui n'a joint à sa soumission ni certificat d'agrément ni attestation de dépôt d'un dossier complet en vue d'une agrément, devait d'initiative, comme le lui indiquait du reste le modèle-type de soumission qu'elle eut à remplir, y joindre les pièces de nature à justifier qu'elle remplissait les conditions d'agrément; qu'elle ne pouvait se borner à indiquer dans son offre que ces pièces étaient à la disposition de la partie adverse; que l'article 20, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics autorise le pouvoir adjudicateur à prendre contact avec les soumissionnaires, mais seulement pour compléter ou expliciter les certificats et documents déjà présentés, et non pour réparer une omission que le cahier spécial des charges prévoit expressément de sanctionner par la nullité de l'offre; qu'en toutes hypothèses, c'est une faculté qu'il laisse à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, et non une obligation qu'il lui impose; que si la partie adverse avait réclamé à la requérante les pièces justificatives omises, elle se serait exposée au reproche d'avoir, au bénéfice d'un seul des soumissionnaires, méconnu les dispositions claires et impératives du cahier spécial des charges et le respect de l'égalité des soumissionnaires; qu'en tant qu'il reproche à la partie adverse de n'avoir pas eu égard à l'offre de preuve formulée par la requérante dans sa soumission, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, par ailleurs, qu'en tant qu'il reproche à la partie adverse de n'avoir pas eu égard à l'attestation de dépôt d'un dossier complet d'agrément qui aurait été jointe à la dernière minute à la soumission, le moyen s'avère nouveau et, à ce titre, irrecevable, dès lors que, à supposer ce fait avéré, il aurait pu, et donc dû, être invoqué dans le délai de recours,

D E C I D E :

Article 1er .

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 7.000 francs, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le cinq décembre deux mille un par :

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.