

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 119.018 du 6 mai 2003

A.78.775/VI-14.604

A.81.176/VI-14.834

En cause : **1. la Société anonyme CONDUITES ET ENTREPRISES,**
 2. la Société anonyme DENYS,

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, 26,
1180 Bruxelles,

contre :

**L'ASSOCIATION INTERCOMMUNALE POUR LE
DÉMERGEMENT ET L'ÉPURATION DES COMMUNES
DE LA PROVINCE DE LIÈGE (A.I.D.E.),**

rue de la Digue, 25,
4220 Saint-Nicolas.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 mai 1998 par la Société anonyme CONDUITES et ENTREPRISES et la Société anonyme DENYS, agissant en association momentanée, qui demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse (l'Association intercommunale pour le démergement et l'épuration des communes de la province de Liège, en abrégé A.I.D.E.), prise à une date qui leur est inconnue et notifiée aux requérantes par courrier recommandé du 1^{er} avril 1998, de substituer à la procédure d'appel d'offres général qu'elle avait initiée le 13 janvier 1998 une procédure négociée, menée par application de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993";

Vu la requête introduite le 19 novembre 1998 par les mêmes requérantes qui demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse (A.I.D.E.), prise le 15 juin 1998, et portée à leur connaissance par la notification, à l'intervention du Greffe du Conseil d'Etat, selon courrier recommandé du 30 septembre 1998, du mémoire en réponse déposé pour la partie adverse dans le cadre du recours visé ci-avant, d'attribuer

le marché dénommé «Eputation - Bassin de la Vesdre - Commune de Pepinster - Commune de Theux - Réhabilitation des collecteurs de la Hoëgne et du Wayai» à l'association momentanée formée par la S.A. GALERE et la N.V. KUMPEN INSITUFORM au montant de 177.456.301,- FB, tva comprise";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu les ordonnances du 18 novembre 2002 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 26 mars 2003, notifiée aux parties, fixant les affaires à l'audience du 9 avril 2003;

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

Entendu, en leurs observations, Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaisant pour les requérantes, et Me Jean-Marie RIGAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. THIBAUT, Auditeur;

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

Considérant que l'administration d'une bonne justice requiert que ces deux recours soient joints pour être examinés ensemble;

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. Le 30 septembre 1997, la partie adverse établit un devis estimatif des travaux de réhabilitation des collecteurs de la Hoëgne et du Wayai pour un montant de 183.631.415 BEF TVAC.

2. Le 25 septembre 1997, le Ministre régional indique à la partie adverse que son département est disposé, en principe, à intervenir financièrement à concurrence de 100 % dans la dépense sur la base de l'estimation susvisée à 151.761.500 BEF TVA non comprise.

3. Le 24 octobre 1997, le bulletin des adjudications publie un appel d'offres général émanant de la partie adverse relatif à un marché public de travaux. Cette publication indique que le marché, estimé à 183.631.415 BEF TVAC, porte sur la réhabilitation des collecteurs de la Hoëgne et du Wayai et est subsidié par la Région wallonne.

4. Le 13 janvier 1998, six offres sont recueillies dont celle des parties requérantes pour un montant de plus de 278 millions, soit le montant le plus élevé des offres déposées.

5. A une date inconnue, une note émanant d'une personne non identifiée est établie et destinée au Comité exécutif et au Conseil d'administration du 2 mars 1998.

L'auteur de cette note expose que cinq des six offres répondent aux conditions de la sélection qualitative et administrative, que, pour ce qui concerne l'examen technique des offres, quatre offres présentent des non-conformités substantielles (chemise tractée et non retournée, constitution de fibres de verre et non de fibres de polyester, méthode de calcul du TDSP différente de celle visée au cahier spécial des charges, non respect des hypothèses de calcul du TDSP, hauteurs d'eau maximum incorrectes, ...) et que, si l'offre de base des requérantes ainsi que sa variante libre 1 ne présentent pas de non-conformité fondamentale, les montants offerts, supérieurs de 52 à 40 % aux estimations du pouvoir adjudicateur et de 46 à 35 % à la moyenne des autres soumissions, ne sont pas acceptables.

L'auteur de cette note suggère alors au Comité exécutif de proposer au Conseil d'administration de ne pas donner suite à l'appel d'offres général et de traiter le marché public par procédure négociée conformément à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993.

6. Le 2 mars 1998, le Conseil d'administration de la partie adverse, considérant que toutes les offres déposées, à l'exception de l'offre de base des requérantes et de la variante n° 1, présentent des non-conformités substantielles et que cette offre et sa variante ne sont pas acceptables pour ce qui concerne leurs montants,

décide de ne pas donner suite à l'appel d'offres initial et de traiter le marché par procédure négociée.

Il s'agit de l'acte faisant l'objet du recours dans l'affaire G/A. 78.775/VI-14.604.

7. Le 1^{er} avril 1998, un ingénieur de la partie adverse écrit aux requérantes ce qui suit :

" En suite à l'ouverture des soumissions du 13 janvier 1998 en vue de l'adjudication de l'entreprise de réhabilitation des collecteurs de la Hoëgne et du Wayai à Pépinster et Theux, nous vous informons que les offres déposées n'ont pu être prises en considération car elles présentaient des non-conformités substantielles ou des prix que nous n'estimions pas acceptables.

Votre offre de base et votre variante conforme en résine polyester ont été rejetées car nous estimions que les montants de ces offres n'étaient pas acceptables.

Vos variantes libres ont également été rejetées car nous n'acceptons pas que le T.D.S.P. soit dimensionné avec une autre méthode de calcul que celle imposée par le cahier spécial des charges à savoir la méthode de calcul allemande ATV A 127.

Conformément à l'article 17 de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics nous avons décidé de ne pas donner suite à la procédure d'adjudication et de passer le marché par procédure négociée.

En conséquence, par la présente, nous avons l'honneur de vous reconsulter pour le marché relatif à l'entreprise de réhabilitation des collecteurs de la Hoëgne et du Wayai selon une procédure négociée.

Nous vous invitons à nous remettre une offre complète conforme aux prescriptions des documents d'adjudication.

(...)"

8. A une date inconnue, en vue d'une réunion prévue le 15 juin 1998, un auteur inconnu adresse au Comité exécutif de la partie adverse un rapport à propos des offres déposées à l'occasion de la procédure négociée, dans lequel il procède à la comparaison de quatre offres parmi celles déposées et à leur classement selon les critères d'attribution communiqués au cahier spécial des charges du premier marché public.

A l'issue de cette comparaison, le tableau suivant est dressé :

CRITERES	COTE MAXIMALE	S.A. DANHEUX ET MAROYE	A.M. GALERE- KUMPEN	S.A. SOCOGETRA	A.M. C&E- DENYS
1. Valeur technique des travaux	50	43,1	46,2	45,2	44,3
2. Coût d'investissement	25	20,3	19,5	15,2	11,6
3. Qualité et précision des documents	10	8,5	9	8	7,5
4. Références du soumissionnaire	10	6	8	7	6
5. Délai d'exécution	5	5	3,5	5	3
TOTAL	100	82,9	86,2	80,4	72,4
Classement final		2	1	3	4

9. Le 15 juin 1998, le Conseil d'administration de la partie adverse, reprenant le rapport destiné au Comité exécutif, attribue le marché public querellé, sous condition d'approbation du Ministre régional ayant l'Eau dans ses attributions, à l'association momentanée GALERE-KUMPEN, entreprise la mieux classée selon les cinq critères d'attribution.

Il s'agit de l'acte faisant l'objet du recours dans l'affaire G/A. 81.176/VI-14.834.

10. Le 7 octobre 1998, le Ministre approuve l'attribution du marché public et annonce que son département interviendra à concurrence de 100 % dans la dépense afférente à l'exécution des travaux.

I. Quant aux exceptions :

A. Affaire G/A 78.775 / VI - 14.604.

Considérant que la partie adverse, dans son mémoire en réponse, soulève une première exception déduite de ce que le recours serait tardif; qu'elle souligne que la décision attaquée a été notifiée par courrier du 1^{er} avril 1998, reçu le 2 avril, tandis que le recours a été reçu par le Conseil d'Etat le 2 juin 1998;

Considérant que les requérantes répliquent que leur recours a été déposé à la poste, sous pli recommandé, le 29 mai 1998, soit moins de soixante jours après la notification du 1^{er} avril 1998;

Considérant qu'en vertu de l'article 84 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la Section d'administration du Conseil d'Etat, c'est la date du dépôt à la poste du recommandé, qui fait foi de l'envoi du recours au Conseil d'Etat, et non la date de réception de ce recommandé par le greffe du Conseil d'Etat; que, partant, l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la partie adverse soulève une seconde exception, déduite de ce que les requérantes n'auraient plus intérêt à leur recours, faute pour elles d'avoir attaqué la décision d'attribution du marché résultant de la procédure négociée entérinée par le conseil d'administration de la partie adverse en date du 15 juin 1998;

Considérant que les requérantes répliquent que, précisément, en ayant pris connaissance, grâce à la notification du mémoire en réponse, de la décision d'attribution du marché, elles ont formé, par requête du 19 novembre 1998, un recours en annulation contre ladite décision d'attribution du marché;

Considérant que les requérantes, en introduisant ce recours, le 19 novembre 1998, contre la décision d'attribution du marché, ont marqué la persistance de leur intérêt au recours introduit le 29 mai 1998, comme en convient du reste la partie adverse dans le libellé même de son exception; que celle-ci ne peut être accueillie;

B. Affaire G/A 81.176 / VI - 14.834.

Considérant que la partie adverse excipe de ce que, à défaut d'avoir été introduit à titre conservatoire, le présent recours est irrecevable à défaut d'intérêt, dès lors que, dans le cadre de leur premier recours, les requérantes estimaient celui-ci recevable et fondé;

Considérant que les requérantes qui ont participé à la procédure négociée mais qui y ont échoué, ont intérêt, indépendamment du sort réservé à leur premier recours, à attaquer la décision d'attribution intervenue dans le cadre de cette procédure négociée; qu'en effet, à défaut de ce faire, elles perdraient leur intérêt au premier recours; qu'au demeurant, même en l'absence de ce premier recours, elles auraient intérêt à introduire le second recours; que l'exception ne saurait être accueillie;

II. Quant à la mise en état des causes :

Considérant que, déjà dans leur mémoire en réplique introduit dans l'affaire A 78.775/VI-14.604, les requérantes estiment incomplet le dossier administratif déposé par la partie adverse; que, selon elles, les documents constitutifs de son "estimation" du coût des travaux, et les soumissions des différents concurrents au marché devraient être produits, dès lors que l'analyse de ces documents apparaît essentielle à l'appréciation du bien-fondé du refus de la partie adverse de prendre les offres des requérantes en considération, nonobstant leur régularité;

Considérant que, encore dans leur seconde requête introduite le 19 novembre 1998, les requérantes s'interrogent notamment sur la question de savoir si les modifications apportées à certaines offres précédemment déclarées substantiellement irrégulières ont pu pallier cette irrégularité de départ, et attendent que soient déposés à cet égard "des dossiers administratifs complets, incluant au moins l'ensemble des soumissions et soumissions rectifiées déposées";

Considérant que, dans leur mémoire en réplique introduit dans le cadre de leur second recours, les requérantes relèvent encore que la partie adverse reste en défaut de produire les soumissions et les offres remises par les différents concurrents au marché, tant dans le cadre de la procédure d'appel d'offres initiale qu'au cours de la procédure négociée; qu'elles estiment pourtant que l'analyse de ces documents apparaît essentielle pour apprécier, dans un premier temps, le bien-fondé du refus de la partie adverse de prendre les offres des requérantes en considération, nonobstant leur régularité, et dans un second temps, la régularité de sa décision d'attribuer le marché litigieux à l'association momentanée GALERE-KUMPEN; qu'elles expliquent que, seule, la production d'un dossier administratif complet permettrait aux requérantes et au Conseil d'Etat d'apprécier, par exemple :

- la compatibilité des offres des autres concurrents avec le devis estimatif du maître de l'ouvrage enfin produit;
- la validité, comme les irrégularités éventuelles, de la décision d'attribution du marché prise le 15 juin 1998 par le Comité exécutif de la partie adverse;
- la matérialité des modifications qui, apportées à leurs soumissions initiales par les concurrents des requérantes, leur aurait permis de rendre, sans modifications de coûts substantielles, en tous points régulières des offres qui avaient pourtant été jugées affectées de non-conformités substantielles;

Considérant que, dans son mémoire en réponse introduit dans le cadre du second recours, la partie adverse indique qu'en vertu de l'article 25, §4, 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, il ne lui est pas permis de communiquer l'ensemble des soumissions et soumissions rectifiées dans la mesure où cette divulgation pourrait porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises privées ou nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs, ni de fournir à chacun des entrepreneurs le "know-how" de chaque autre entrepreneur; qu'elle souligne que les non-conformités relevées dans le cadre de la première procédure concernaient essentiellement des méthodes de calcul ou des procédés d'exécution de travaux, et qu'il s'agissait donc de non-conformités à caractère technique sur le fond du dossier et non relativement à la forme; qu'elle en conclut que "ni la partie requérante ni le Conseil d'Etat n'ont besoin d'en savoir plus sur les non-conformités initiales", ajoutant qu'"on ne peut imaginer un seul instant qu'un pouvoir public commettrait un faux en déclarant, dans une décision d'un conseil d'administration, que les offres reçues ou retenues seraient conformes aux prescriptions techniques alors qu'elles ne le seraient pas";

Considérant qu'en vertu de l'article 6 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité, il appartient à la partie adverse, ou à l'autorité qui le détient, de transmettre au greffe "le dossier administratif"; que ce dossier administratif doit exister au moment où est prise la décision attaquée qui en constitue une des dernières pièces; qu'il ne peut être admis que ce dossier soit modifié de quelque façon à la suite et en raison du recours introduit devant le Conseil d'Etat; que c'est son intégralité qui doit être transmise au greffe; qu'il n'appartient pas, notamment à la partie adverse, d'opérer un tri parmi les pièces composant ce dossier administratif, quels que soient les critères de ce tri, et de décider ainsi de ce qui est utile à la partie requérante pour étayer son recours, et au Conseil d'Etat pour apprécier la régularité de la décision attaquée;

Considérant qu'en l'espèce, il est patent que l'intégralité du dossier administratif n'a pas été transmise au greffe, et que la partie adverse n'établit pas que la production des soumissions porterait préjudice aux intérêts commerciaux des soumissionnaires par la divulgation de secrets techniques; qu'il y a lieu d'ordonner la production intégrale du dossier;

Considérant, par ailleurs, que tous et chacun des moyens des deux recours invoquent notamment la violation de dispositions du titre II du livre Ier de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et 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; que, toutefois, il y aurait lieu de s'interroger sur la question de savoir si la présente matière n'est pas plutôt régie par le titre IV du livre Ier de ladite loi du 24 décembre 1993, singulièrement par l'article 29, § 1^{er}, 2^o, et par l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et d'examiner quelles conséquences il conviendrait d'attacher à la réponse à cette question, notamment quant à la recevabilité et au fondement des moyens invoqués;

Considérant ainsi qu'il y a lieu de rouvrir les débats, afin que la partie adverse transmette au greffe l'intégralité du dossier administratif, et afin de permettre aux parties et à l'auditeur de prendre position sur la question évoquée ci-avant et sur toute autre que susciterait la lecture du dossier administratif intégral,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires A 78.775/VI-14.604 et A 81.176/VI-14.834 sont jointes.

Article 2.

Les débats sont rouverts.

Article 3.

Il est ordonné à la partie adverse A.I.D.E. de transmettre au greffe l'intégralité du dossier administratif.

Article 4.

A dater du jour où les parties requérantes auront été avisées du dépôt du dossier au greffe, elles disposeront d'un délai d'un mois pour transmettre un mémoire au greffe, et la partie adverse disposera d'un même délai d'un mois pour y répondre.

Le membre de l'Auditorat à désigner par l'Auditeur général est chargé d'établir un rapport complémentaire.

Chacune des parties disposera d'un délai de quinze jours pour transmettre un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le six mai deux mille trois par :

MM. ANDERSEN,
HANSE,
LEWALLE,
HARMEL,

Président du Conseil d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.