

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 125.482 du 19 novembre 2003

A.78.559/VI-14.547

En cause : **LA SOCIETE ANONYME DERRIKS,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, 2,
4020 Liège,

contre :

LA COMMUNE DE PONT-A-CELLES,

ayant élu domicile chez
Me Chantal HAEGEMAN, avocat,
rue Arsenal, 124,
6230 Pont-à-Celles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 mai 1998 par la Société anonyme. DERRIKS qui demande l'annulation de la délibération prise le 15 décembre 1997 par le Collège des Bourgmestre et Echevins de la Commune de Pont-à-Celles d'attribuer à la firme AGORASPACE le marché relatif à l'achat et au placement d'une aire publique de jeux;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 1^{er} avril 2003 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l'ordonnance du 30 septembre 2003, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 15 octobre 2003;

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

Entendu, en leurs observations, Me Thibaut MATRAY, avocat, LOCO Me Pierre LEJEUNE, comparaissant pour la requérante et Me Pierre STEGERS, avocat, loco Me Chantal HAEGEMAN, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

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. Par une délibération du 13 octobre 1997, le Conseil communal de la partie adverse choisit la procédure négociée sans publicité pour un marché relatif à l'installation d'une aire de jeux dont la dépense estimée ne dépasse pas 2.500.000 francs, et arrête les conditions du marché de travaux en approuvant le cahier spécial des charges annexé à la délibération.

Parmi toutes les spécifications du cahier spécial des charges il convient de retenir spécialement les éléments suivants :

- (page 2) " L'entrepreneur remettra prix en solution de base pour la proposition qui lui semble la plus appropriée et la plus complète. Il lui est libre de joindre à sa soumission toutes les suggestions (variantes) qu'il juge utiles. Chaque suggestion fera l'objet d'une offre distincte répondant aux prescriptions tant administratives que techniques du présent cahier spécial des charges."
- (page 12) "C. CLAUSES SPECIFIQUES
L'infrastructure sportive polyvalente aura une dimension au sol de plus ou moins 10m x 24m (la longueur sera évidemment fonction du site choisi). L'entrepreneur vérifiera la compatibilité des lieux avec les structures qu'il peut proposer; il adaptera cette structure en fonction des disponibilités du site (...).";

2. Le collège des bourgmestre et échevins consulte sept firmes parmi lesquelles seules la partie requérante, la société AGORASPACE BENELUX et la firme LESUCO font offre.

2.1. L'offre de la firme AGORASPACE BENELUX comporte un dossier relatif aux différents aspects des matériaux et de leur mise en oeuvre ainsi qu'à la gestion et l'animation de l'espace de jeux, avec de nombreuses références, tant en Belgique qu'à l'étranger, d'un produit qui constitue une marque déposée.

Cette firme propose une offre de base en 11m x 24m pour un prix de 2.190.560 francs hors TVA soit 2.650.578 francs TVA incluse, avec palissades de bois et tribunes au-dessus des goals mais recommande, compte tenu de l'exiguïté du site, de choisir plutôt une variante de taille mieux adaptée (8,20 x 17,50m) pour un prix de 1.550.720 francs hors TVA, soit 1.876.371 francs TVA incluse.

2.2. L'offre de la partie requérante, la firme DERRIKS, contient également une offre de base de 23,36m x 12,80m, avec parements en bois de pin du Nord traité pour frontons et palissades latérales, comportant des bancs intégrés à la structure laquelle limite la place de jeu, pour un prix de 2.016.163 francs TVA comprise, auquel il y a lieu d'ajouter les contrats de participation, d'initiation et d'animation, proposés en option seulement, soit un total de 2.185.563 francs TVA comprise.

L'offre comporte également une variante en inox intégral (10,30m x 22m) pour un prix de 2.439.663 francs TVA comprise, auquel il y a lieu d'ajouter les contrats de participation, d'initiation et d'animation, proposés en option seulement, soit un total de 2.609.063 francs TVA comprise.

3. Entre le 17 novembre 1997 et le 1^{er} décembre 1997 les trois offres ont, semble-t-il, fait l'objet de trois analyses des services de la partie adverse :

1^o une analyse succincte du contenu des offres AGORASPACE BENELUX, DERRIKS et LESUCO, non datée, non signée et sans mention du service d'origine;

Dans l'analyse de l'offre de base de la partie requérante, il est affirmé à tort que "le matériau utilisé diffère de celui de la firme AGORASPACE. En effet il s'agit ici d'inox intégral."

2^o une note manuscrite adressée au Collège par M. Régis PHILIPPE, rédacteur au Service Economat;

Cette note exprime au nom du service une préférence pour la variante de taille réduite (8,18mx17,32m) proposée par la firme AGORASPACE BENELUX, en ordre principal parce que l'offre de base de cette firme dépasserait le budget affecté à cette acquisition et, d'autre part, parce que cette aire de jeux est réalisée principalement en bois, matériau plus écologique que l'inox et le métal; la note classait en second l'offre de base de la partie requérante à 2.016.163 francs TVA comprise, "réalisée intégralement en inox".

3° une note manuscrite non signée, non datée, intitulée CITY SPORT;

Cette note propose trois choix selon un ordre de préférence décroissant : en premier lieu une version voisine de l'offre AGORASPACE en 22m x 9m; à défaut la variante proposée par la partie requérante en 22m x 10,30m, sinon, l'offre de base de la firme AGORASPACE BENELUX.

Pour justifier cette préférence la note indique : «j'aime agoraspace car plus complet et plus beau bien que bancs ne soient pas inutiles»

4. Le collège des bourgmestre et échevins examine ce dossier une première fois lors de sa séance du 1^{er} décembre 1997.

Le procès-verbal de la séance porte l'"avis du responsable du service", soit :

"La firme AGORASPACE propose une construction aux dimensions beaucoup plus adaptée au site et qui ne limite pas l'équipement aux limites naturelles du site, ce qui laisse également une meilleure circulation des spectateurs et augmente la sécurité.

Le prix est également un élément déterminant.

Avantages sociaux: - emploi - montage
- contrat formation
- contrat d'entretien
- contrat d'animation."

Les mentions manuscrites «OK pour Agora Space», «24 x 10 possible» et «report» indiquent, semble-t-il, l'orientation donnée au dossier.

5. La télécopie, datée curieusement du 17.12.1997, adressée par la Firme AGORASPACE Benelux à Monsieur J.-L. Demunter, sous-chef de bureau en charge du dossier à l'administration communale de Pont-à-Celles, semble indiquer qu'une négociation a été engagée avec cette firme et que celle-ci a fait deux nouvelles propositions, distinctes de son offre de base et de la variante proposées le 17 novembre 1997, notamment "B/un Agoraspace aluminium-bois", modulable avec la totalité des prestations sociales comme définies pour un Agoraspace «tout-bois»; 10,10m x 21,68m, sans passerelle-tribune, au prix de 2.060.060 francs hors TVA";

6. Le collège des bourgmestre et échevins a examiné ce dossier une seconde fois lors de sa séance du 15 décembre 1997 et a décidé de confier à la firme AGORA SPACE BENELUX la fourniture et le placement d'une aire de jeux au prix de 2.492.673 francs TVA comprise, ce qui indique qu'il s'agit en réalité de la nouvelle proposition (B) pour une aire de jeu de 10,10m x 21,68m, au prix hors TVA de 2.060.060 francs, relatée dans la télécopie citée ci-dessus.

Ce choix est motivé dans la délibération par les considérations suivantes :

" Vu qu'à l'étude des différentes offres qui nous sont parvenues, la firme AGORASPACE nous propose une variante qui rencontre parfaitement les exigences du Maître de l'ouvrage aussi bien quant aux caractéristiques techniques, qu'en matière de sécurité et qu'elle entre parfaitement dans les vues de la Cellule d'Intégration sociale;

Considérant que la firme AGORASPACE a remis l'offre la plus complète et régulière d'un montant de 2.492.673 francs TVA de 21% comprise; qu'elle est dès lors la plus intéressante pour la commune;"

7. Par lettre du 18 décembre 1997 la partie adverse informe la partie requérante dans les termes suivants :

" Nous vous remercions pour votre offre de prix.

Celle-ci n'étant pas la plus intéressante, le choix du Collège Echevinal réuni en séance en date du 15 décembre 1997 s'est porté sur une autre firme (...)"

Par une lettre de la même date, la partie adverse passe commande auprès de la firme AGORASPACE BENELUX.

8. Le 5 janvier 1998 la partie requérante adresse à la partie adverse une lettre l'invitant à lui faire connaître les motifs de sa décision; selon le dossier de la partie requérante un rappel de cette lettre a été adressé à la partie adverse le 21 janvier 1998.

9. Le 27 janvier 1998, en l'absence de toute réponse de la partie adverse, la partie requérante s'adresse au Président de la Députation permanente du Gouvernement provincial du Hainaut, M. TROMONT, lui demande d'insister auprès de l'administration communale afin que celle-ci lui fasse connaître les motifs de sa décision et, à défaut d'une réponse précise dans la huitaine, d'acter qu'elle sollicite l'annulation de la décision du collège des bourgmestre et échevins du 15 décembre 1997.

10. Le 18 février 1998, la Direction générale des Pouvoirs locaux du Ministère de la Région wallonne, Direction de Mons, répondant au nom de la Députation permanente, indique qu'elle a rappelé à l'Administration communale de Pont-à-Celles ses nouvelles obligations en matière d'information des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie, qu'elle veillera à la suite que la commune réservera à sa lettre et que, lors de la prise de connaissance de la décision attributive du marché, il sera loisible à la requérante d'intervenir à nouveau si elle estime, arguments à l'appui, avoir été lésée par cet acte.

11. Par une lettre du 12 mars 1998, la partie adverse communique à la partie requérante, d'une part, copie de la délibération du 15 décembre 1997 et, d'autre part, un historique des faits ayant conduit à cette décision qui constitue l'acte attaqué.

Cette lettre fait état des éléments suivants :

" Le Collège Echevinal réuni en séance le 1^{er} décembre 1997 a examiné les différentes offres de la S.A. AGORASPACE, la S.A. DERRIKS et la S.A. LESUCO.

Parmi ces trois offres, le Collège a retenu par priorité l'offre de la S.A. AGORASPACE et a entrepris avec cette seule firme des négociations comme le permet la loi.

Le Collège a en effet préféré une structure en bois plutôt qu'une structure en inox.

En outre, compte tenu de la configuration naturelle du site, contre-bas aux pourtours et sentier d'accès, la firme S.A. AGORASPACE proposait des bancs intégrés aux palissades et non des bancs extérieurs qui risquent d'entraver la libre circulation autour de l'installation.

Pour le surplus, le Collège, d'après les illustrations fournies par les différents soumissionnaires, préférait l'esthétique générale de l'installation de la S.A. AGORASPACE.

Le Collège a pu se rendre compte de visu de ce type d'implantation dans la commune voisine de Courcelles.

Les négociations ont abouti sur une installation qui rencontre tant au point de vue esthétique, technique et économique les desiderata du Collège.

Ce dernier a, dès lors attribué le marché à la S.A. AGORASPACE en séance du 15 décembre 1997 dont vous trouverez copie en annexe";

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité "ratione temporis" du recours introduit plus de soixante jours après que la requérante eut acquis une connaissance certaine de la décision attaquée, soit le 19 décembre 1997 par la réception de la lettre du 18 décembre 1997; qu'elle souligne que ce n'est pas la communication des motifs de la décision qui a fait courir le délai de recours, mais bien la connaissance certaine de l'acte qui fait grief;

Considérant que la requérante, en réplique, fait observer que la lettre du 18 décembre 1997 ne lui a pas permis de prendre connaissance du dispositif de la décision querellée, et qu'elle n'indiquait pas "l'existence des recours prévus à l'article 14 al. 1 des lois coordonnées ainsi que les formes et délais à respecter" (sic); qu'elle souligne que ce n'est que par la lettre du 12 mars 1998 de la partie adverse qu'elle s'est vu communiquer, tardivement eu égard à sa demande formulée dès le 5 janvier 1998, la décision

d'attribution du marché, et fait valoir qu'avant cette communication, elle n'avait pas "une connaissance suffisamment claire" de l'acte attaqué;

Considérant, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le moment auquel la requérante a acquis une connaissance suffisante, selon la loi, de l'acte attaqué, qu'il suffit de rappeler que, selon la jurisprudence, le délai imparti pour former un recours en annulation est interrompu en faveur de celui qui introduit une réclamation auprès de l'autorité de tutelle habilitée à exercer la tutelle générale, à condition que cette réclamation soit introduite avant l'expiration du délai de recours et du délai dont dispose l'autorité de tutelle pour exercer ses pouvoirs de suspension et d'annulation, et que l'interruption est réputée durer jusqu'à ce que le réclamant soit informé des suites réservées à sa réclamation; qu'en l'espèce, la réclamation a été introduite par la requérante auprès de l'autorité de tutelle le 27 janvier 1998, soit à un moment où, même en prenant la réception de la lettre du 18 décembre 1997 comme son point de départ, le délai de recours au Conseil d'Etat dont disposait la requérante n'était pas encore échu, et où le délai dont disposait l'autorité de tutelle pour exercer ses pouvoirs n'avait pas encore commencé à courir, rien au dossier n'indiquant que celle-ci avait déjà reçu l'acte contesté comme prévu à l'article 13, alinéa 2, du décret du 20 juillet 1989 du Conseil régional wallon organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, et la Députation permanente n'ayant pas répondu à la requérante quant à sa demande d'annulation; que, partant, l'exception ne saurait être accueillie;

Considérant que la requérante prend un premier moyen "déduit du défaut de respect des règles de bonne administration applicables à la matière des marchés publics et en particulier du défaut de respect du principe d'égalité entre les différents soumissionnaires"; qu'elle reproche à la partie adverse de n'avoir pas procédé à une comparaison effective des offres et de n'avoir pas examiné sérieusement leurs mérites respectifs; qu'elle critique le motif selon lequel la partie adverse aurait préféré une structure en bois, faisant valoir, d'une part, que le cahier spécial des charges prévoyait que les palissades pourraient être en bois ou en métal, et d'autre part, que ce n'est qu'en variante que son offre prévoyait une infrastructure en inox intégral; qu'elle critique encore le motif selon lequel la partie adverse aurait préféré des bancs intégrés aux palissades, alors que son offre prévoyait des bancs "intégrés à la structure"; qu'elle reproche encore à la partie adverse d'avoir pris en considération les réalisations de la firme AGORASPACE dans d'autres communes, sans en faire autant pour les siennes; qu'elle lui fait enfin grief de n'avoir pas pris en compte "la différence sensible des prix proposés";

Considérant qu'en substance, la partie adverse répond que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur consulte si possible plusieurs candidats, négocie librement avec eux et attribue librement le marché; qu'elle souligne que l'autorité administrative dispose d'une compétence discrétionnaire et que le contrôle marginal du Conseil d'Etat ne pourrait conduire à une censure qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle fait observer que, conformément à la loi, elle a consulté plusieurs entreprises, qu'elle a analysé et comparé chaque offre comme en attestent les documents préparatoires à la décision, à la suite de quoi elle a engagé librement des négociations avec la firme AGORASPACE;

Considérant que l'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, impose au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure négociée, de consulter, si possible, plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix, mais lui permet de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;

Considérant qu'en l'espèce, il n'est ni contestable ni contesté que la partie adverse a consulté plusieurs fournisseurs, qu'après avoir fait examiner leurs offres par plusieurs de ses services, elle a marqué son accord de principe sur une offre de la firme AGORASPACE avec laquelle elle a continué à négocier pour, en fin de compte, marquer son accord définitif sur une offre nouvelle, ainsi que l'observe du reste la requérante;

Considérant, quant au reproche déduit de ce que le Collège a préféré une structure en bois plutôt qu'une structure en inox, qu'il n'est pas fondé au regard de la disposition du cahier spécial des charges prévoyant que les palissades pourraient être en bois ou en métal; qu'en effet, cette disposition n'interdisait pas à la partie adverse, dans le cadre d'une procédure négociée, de préférer une structure en bois, ce qui fut le cas, le 1^{er} décembre 1997, lorsque le Collège choisit la firme avec laquelle il allait poursuivre les négociations, ni ne lui interdisait, dans le cours de ces négociations, d'arrêter son choix sur une solution mixte "bois - métal";

Considérant que ce reproche n'est pas davantage fondé en ce qu'il implique que la partie adverse n'aurait pris en compte, parmi les deux offres présentées par la requérante, que celle prévoyant une installation en inox intégral; qu'en effet, si l'un des rapports d'analyse des offres, non daté et non signé, établi par les services de la partie adverse paraît n'avoir pris en compte que l'offre "inox intégral" de la requérante, la note manuscrite intitulée "City Sports" propose comme deuxième choix l'offre de la

requérante d'un montant de 1.666.250 (...), soit l'offre initiale comprenant une structure en tubes d'acier inox, et des parements en bois pour les frontons et les palissades latérales, et ignore sa variante "inox intégral"; que la note du sieur Régis PHILIPPE du Service Economat, si elle classe en deuxième position la proposition de la requérante réalisée intégralement en inox, mentionne une autre proposition de la requérante; qu'enfin et peut-être surtout, rien n'indique que le Collège n'aurait pris en compte que l'offre "inox intégral" de la requérante; qu'en tout cas, cela n'apparaît pas des mentions figurant au procès-verbal du Collège du 1^{er} décembre 1997, ni de la délibération du 15 décembre 1997, ni même de la lettre de notification du 12 mars 1998; que ce reproche n'est pas fondé;

Considérant, quant au reproche déduit de ce que la partie adverse indique avoir apprécié l'offre de la firme AGORAPSACE proposant des bancs intégrés aux palissades, qu'il n'est un reproche que parce que la requérante interprète cette indication comme signifiant que l'offre qu'elle avait elle-même présentée ne comportait pas une telle proposition de bancs intégrés à la structure; qu'une telle interprétation ne s'impose pas à l'évidence, l'indication critiquée pouvant seulement signifier qu'il s'agissait là simplement d'un élément de l'offre d'AGORASPACE apprécié par la partie adverse et n'impliquant pas nécessairement que la même qualité ne puisse être reconnue à l'offre de la requérante; que ce reproche n'est pas fondé;

Considérant, quant au reproche déduit de ce que la partie adverse a pris en considération les réalisations de la firme Agoraspace dans d'autres communes, sans en faire autant pour les siennes, qu'il y a lieu d'observer que, si l'offre de la requérante comporte quelque 200 références, il s'agit "in globo" de références "Hobbyland", et qu'elle n'indique pas quelles seraient, parmi celles-ci, celles qu'elle aurait elle-même installées, même à propos de trois références situées en Belgique; qu'il s'ensuit que ce reproche n'est pas fondé;

Considérant, enfin, que le reproche de n'avoir pas pris en compte la différence des prix proposés, ne vise pas une différence telle que l'ignorer aurait conduit à une erreur manifeste d'appréciation; que ce reproche, finalement mineur et articulé dans le cadre d'une procédure négociée, n'est pas pertinent;

Considérant que l'examen des reproches précis articulés à l'encontre de la décision attaquée ne vérifie pas que la partie adverse aurait négligé de comparer les offres en présence avec le soin requis, ni qu'elle aurait commis quelque erreur manifeste d'appréciation; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un second moyen de "la violation de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; qu'elle soutient qu'à défaut d'indiquer les motifs pour lesquels, nonobstant la différence de prix, l'offre de la firme AGORASPACE était la plus intéressante, la délibération attaquée n'est pas motivée au voeu de la loi; qu'elle souligne que l'insuffisance de motivation de la délibération du 15 décembre 1997 ne pourrait être corrigée par les indications qui figurent dans la lettre de notification du 12 mars 1998;

Considérant que la partie adverse répond que la délibération attaquée du 15 décembre 1997 est formellement motivée puisqu'elle expose les raisons du choix opéré, soit que l'offre d'AGORASPACE rencontre les exigences du maître de l'ouvrage quant aux caractéristiques techniques et quant aux conditions de sécurité, qu'elle entre parfaitement dans les vues de la cellule d'intégration sociale, qu'elle est l'offre la plus complète, qu'elle est régulière et que son montant de 2.492.673 francs TVAC, inférieur au maximum de 2,5 millions, est admissible; qu'elle ajoute que ces motifs ont en outre été clairement et spécifiquement réexpliqués dans la correspondance du 12 mars 1998, et que les précisions apportées lors de cette notification du 12 mars 1998 satisfont pleinement à l'exigence de motivation formelle; que, subsidiairement, elle soutient que la requérante n'a pas intérêt au moyen, dès lors qu'une éventuelle annulation se fondant seulement sur lui ne priverait pas le pouvoir adjudicateur de procéder à la réfection de l'acte de manière à ce qu'il soit formellement motivé;

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que la circonstance que la partie adverse pourrait procéder à la réfection de la décision attaquée en corrigeant un vice de motivation, ne saurait priver la requérante d'intérêt au moyen; que celle-ci, par son recours, demande au Conseil d'Etat de vérifier la légalité de l'acte entrepris, et qu'il appartient dès lors au Conseil d'Etat de procéder à cette vérification conformément à la loi; que l'exception d'irrecevabilité du moyen ne saurait être accueillie;

Considérant, quant au fondement du moyen, que la décision d'attribution du 15 décembre 1997 est formellement motivée; qu'elle énonce en effet, outre que le montant du marché finalement attribué demeure sous la limite autorisant le recours à la procédure négociée, que la variante retenue répond parfaitement aux exigences du maître de l'ouvrage, tant techniques qu'en matière de sécurité, et que, la plus complète et régulière, elle est considérée comme la plus intéressante;

Considérant que, dans le cadre d'une procédure négociée, la motivation de la décision d'attribution est suffisante dès lors qu'elle énonce les raisons, non démenties

par le dossier administratif, qui ont déterminé l'autorité; que, dans ce cadre où la liberté de négociation et d'attribution demeure la règle, il n'est notamment pas exigé que la motivation révèle les raisons pour lesquelles chacune des offres des soumissionnaires finalement non retenus fut jugée moins intéressante; qu'une telle exigence serait, du reste, dénuée de sens dès lors que, comme en l'espèce et dans le respect de la loi, la décision d'attribution résulte, non seulement d'une comparaison des offres, mais aussi de discussions ultérieures avec une seule des entreprises initialement consultées; que le moyen n'est pas fondé;

D E C I D E :

Article 1er .

La requête est rejetée.

Article 2 .

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf novembre deux mille trois 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.