

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

ARRET

n° 129.101 du 10 mars 2004

A.76.719/VI-14.376

En cause :

1. **LA SOCIETE ANONYME BOUCHER,**
2. **LA SOCIETE ANONYME JOLY,** aux droits de laquelle
prétend être **LA SOCIETE ANONYME WEGEBO,**

ayant élu domicile chez
Me Xavier LEURQUIN, avocat,
avenue Tedesco, 7,
1160 Bruxelles.

contre :

LA REGION DE BRUXELLES-CAPITALE,
représentée par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 11 décembre 1997 par la Société anonyme BOUCHER et la Société anonyme JOLY qui demandent l'annulation de "la décision, de date inconnue, prise par la partie adverse (la Région de BRUXELLES-CAPITALE):

- d'abandonner la procédure d'attribution d'un marché public de travaux de réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la Commune de Saint-Gilles, selon le mode d'appel d'offres général;
- d'initier une nouvelle procédure d'attribution du même marché, selon le mode de l'adjudication publique";

Vu la "requête complémentaire en annulation" introduite le 15 janvier 1998 par les mêmes requérantes qui y prennent un "moyen nouveau manifestement fondé";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 29 octobre 2003 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 11 février 2004, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 3 mars 2004;

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

Entendu, en leurs observations, Me Xavier LEURQUIN, avocat, comparaisant pour les requérantes, et Me Luc DEPRE, 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 les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. Le 11 juillet 1997, un Secrétaire d'Etat de la Région de Bruxelles-Capitale approuve le cahier des charges n° K7/97 - 206 relatif au réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la Commune de Saint-Gilles.

Le mode de passation du marché est l'appel d'offres général, et l'ouverture des offres est prévue le 18 septembre 1997.

2. Le 18 septembre 1997, la S.A. BOUCHER et la S.A. JOLY, réunies en association momentanée, déposent une offre, dont le montant s'avérera le moins élevé des huit offres recueillies.

3. Le 10 octobre 1997, les services de la partie adverse, au terme de leur analyse des offres, proposent d'attribuer le marché à la S.A. WEGEBO, classée première devant les requérantes.

Ils attirent toutefois l'attention de l'autorité administrative sur une divergence existant entre la version en langue française et la version en langue néerlandaise du cahier spécial des charges.

4. En vue de la réunion du 6 novembre 1997, une "note aux membres du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale" est établie par le Ministre HASQUIN et le Secrétaire d'Etat ANDRE, où l'historique du dossier est résumé comme suit :

" Le 10.07.97, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a :

- marqué son accord préalable sur le cahier spécial des charges n° K7/97-206 relatif à l'initiative suivante: «B1/980 - Réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la commune de Saint-Gilles»;
- autorisé la passation du marché suivant la procédure de l'appel d'offres général;
- chargé son Secrétaire d'Etat ayant les travaux publics dans ses attributions de la suite à réserver à ce dossier.

Ce marché a fait l'objet d'un avis rectificatif qui a modifié le texte de l'article 48 § 2 «amendes pour retard» du cahier spécial des charges. Il convenait de lire « ... une amende journalière de 300.000,-frs sera appliquée...» et non « ... une amende journalière de 300.000,-frs peut être appliquée...».

Après ladite séance, il est apparu à l'Administration que le cahier spécial des charges présentait des versions différentes selon la version française et néerlandaise.

A l'article 90 § 2, des clauses administratives (page 10 dans la version française, page 9 dans la version néerlandaise - au littéra e), il est prescrit que le soumissionnaire joint obligatoirement à son offre, s'il échet, une note dans laquelle il déclare avoir tenu compte des éventuels avis rectificatifs. Dans la version française, cette déclaration doit être jointe sous peine de nullité, tandis que la version néerlandaise ne prévoit pas cette sanction.

Cette divergence de textes rend aléatoire l'attribution du marché à quelque candidat que ce soit du fait d'un risque de recours au Conseil d'Etat susceptible d'entraîner la suspension de la procédure et/ou l'annulation du marché.

De plus, après l'approbation du cahier spécial des charges n° K7/97-206, l'Administration de l'Aménagement du Territoire et du Logement a signifié à l'Administration de l'Equipement et des Déplacements que certaines fouilles archéologiques devraient être réalisées dans le site concerné;

L'attention des soumissionnaires devra être attirée sur le fait que le chantier pourrait être arrêté localement pendant une période maximale de 2 mois calendrier.

Il est donc proposé de mettre fin à la première procédure et de la relancer immédiatement par adjudication publique.

Le délai d'exécution des travaux est fixé à 75 jours ouvrables.

Hormis ces 2 modifications (mode de passation du marché et délai d'exécution), le cahier spécial des charges n° K7/97-206 ne fait l'objet d'aucun autre remaniement."

5. Le 13 novembre 1997, le secrétaire du Gouvernement établit la note qui suit :

" Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.
Notification de la réunion du 06 novembre 1997.

Point 69. B1/990 - Réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la commune de Saint-Gilles - CSC n° K7/97-210 - Adjudication publique. (G.R.B.C.- **H** -40.48.0)

Décision :

Accord.

Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale:

- marque son accord de mettre fin à la procédure d'attribution du marché relatif au réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la commune de Saint-Gilles, sur base du CSC n° K7/97-206;
- autorise à relancer la procédure par adjudication publique;
- marque son accord sur le cahier spécial des charges n° K7/97-210 relatif au même objet;
- autorise une réduction de délai de publication du marché au Bulletin des Adjudications, le délai de réception des offres étant ramené à un minimum de 10 jours, pour autant qu'un délai de 7 jours au minimum soit respecté à partir de la date de publication jusqu'à celle fixée pour la réception des offres;
- marque son accord sur l'engagement d'un montant de 98.404.472 BEF (tvac) sur l'article budgétaire n° 12.32.73.01.17 - budget 1997;
- charge le Secrétaire d'Etat Eric André de la suite à réserver à ce dossier."

6. Le 19 novembre 1997, le Secrétaire d'Etat E. ANDRE prend la décision qui suit :

" Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'appel d'offres général relativement au réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la commune de Saint-Gilles;

Vu le cahier spécial des charges n° K7/97-206;

Vu l'avis rectificatif publié par le Bulletin des Adjudications le 8 août 1997;

Vu les offres remises;

Considérant qu'il est apparu après l'ouverture des offres que le cahier spécial des charges présentait des versions différentes selon sa version française et sa version néerlandaise;

Considérant en effet que, à l'article 90, § 2, des clauses administratives du cahier spécial des charges (p. 10 dans la version française, p. 9 dans la version néerlandaise), au littera e), il est prescrit que le soumissionnaire joint obligatoirement à son offre, s'il échet, une note dans laquelle l'entrepreneur déclare avoir tenu compte, lors de l'élaboration de son offre, des éventuels avis rectificatifs avec mention des numéros et désignations; que toutefois, il est prévu dans la version française du cahier spécial des charges que cette déclaration doit être jointe à l'offre à peine de nullité, tandis que la version néerlandaise ne prévoit pas cette sanction;

Considérant que, dès lors qu'il y a eu un avis rectificatif, les soumissionnaires qui se sont fiés à l'une ou l'autre des versions du cahier spécial des charges, chacune faisant foi, pourront légitimement avoir réagi de manière différente, ce qui porte préjudice à la capacité de l'administration de traiter les offres dans le respect de l'égalité des soumissionnaires, comme en témoigne le fait que, pour ce qui concerne les deux premiers classés, l'un qui a remis une offre en néerlandais, n'a pas joint la déclaration prévue par l'article 90, § 2, littera e), tandis que l'autre, qui a remis une offre en français, a joint cette déclaration;

Considérant que la déclaration exigée par l'article 90, § 2, littera e), était, en l'occurrence, d'autant plus importante, que l'avis rectificatif excluait la marge d'appréciation laissée à l'autorité compétente pour attribuer le marché par la version non rectifiée du cahier spécial des charges, quant à l'application des pénalités, et que le délai d'achèvement des travaux est un critère d'attribution;

Considérant qu'il apparaît par conséquent impossible d'attribuer le marché à quelque candidat que ce soit sans commettre une irrégularité;

Considérant qu'il y a dès lors lieu de mettre fin à la présente procédure, et de la recommencer;

Considérant par ailleurs que les travaux de plantation doivent être impérativement terminés pour le 31 mars 1998;

Considérant également que, après l'approbation du cahier spécial des charges n° K7/97-206, l'Administration de l'Aménagement du Territoire et du Logement a signifié à l'Administration de l'Équipement et des Déplacements que certaines fouilles archéologiques devraient être réalisées dans le site concerné; que l'attention des soumissionnaires devra être attirée sur le fait que le chantier pourrait être arrêté localement pendant une période maximale de deux mois de calendrier;

Considérant enfin les prévisions d'arrêts de travaux pour cause de conditions météorologiques défavorables au cours de la période d'hiver;

Considérant par conséquent que le délai ne peut plus être laissé ouvert à des propositions des candidats de sorte que, le prix devenant le critère dominant d'attribution du marché, il y a lieu de recommencer la procédure par la voie d'adjudication publique;

Considérant, compte tenu des retards pris du fait de la nécessité de recommencer la procédure, que le délai de réception des offres doit être réduit à un minimum de dix jours en vertu de l'article 12 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;

A R R E T E :

Article 1^{er} :

Il est mis fin à la procédure d'attribution du marché relatif au réaménagement des abords de la Porte de Hal sur le territoire de la Ville de Bruxelles et de la commune de Saint-Gilles, sur base du cahier spécial des charges n° K7/97-206.

Article 2 :

Il y a lieu de relancer la procédure, par adjudication publique.

Article 3 :

L'avis de marché sera publié au Bulletin des Adjudications, le délai de réception des offres étant réduit à un minimum de dix jours, pour autant qu'un délai de sept jours au minimum soit respecté à partir de la date de publication de l'avis au Bulletin des Adjudications jusqu'à celle fixée pour la réception des offres.

Article 4 :

L'Administration de l'Equipement et des Déplacements est chargée de l'exécution du présent arrêté."

Il s'agit de l'acte attaqué.

7. Le 20 novembre 1997, la S.A. BOUCHER et la S.A. JOLY déposent une offre à l'occasion du marché public K7/97-210 pour un montant de 85.369.647 BEF, soit le même que celui proposé en appel d'offres général.

8. Le 12 décembre 1997, elles demandent aux services de la partie adverse les motifs pour lesquels la Région de Bruxelles-Capitale a décidé de recommencer la procédure relative au réaménagement des abords de la Porte de Hal.

9. Le 15 décembre 1997, le Secrétaire d'Etat chargé des Travaux publics de la Région de Bruxelles-Capitale attribue le marché public à l'association momentanée S.A. NUTONS-S.A. TRADEHY, l'offre des sociétés BOUCHER et JOLY étant classée en quatrième position.

10. Le 7 janvier 1998, les services de la partie adverse envoient à ces dernières une copie de la décision du Secrétaire d'Etat.

11. Le 30 mars 1998, les services de la partie adverse leur indiquent avoir commis une erreur lors de l'envoi du 7 janvier 1998 et leur transmettent une copie de la décision du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 novembre 1997.

Considérant, d'office et quant à la recevabilité des recours, que le dernier mémoire des requérantes a été introduit le 8 décembre 2003 au nom de la S.A. BOUCHER et de la S.A. WEGEBO, cette dernière se disant "aux droits de la S.A. JOLY"; que, lors de l'audience du 3 mars 2004, le conseil des requérantes a indiqué que la S.A. JOLY n'était plus à la cause, mais bien la S.A. WEGEBO qui aurait absorbé la S.A. JOLY;

Considérant toutefois que, parmi les pièces annexées à ce dernier mémoire, la pièce n° 20 censée établir cette absorption, si elle est bien la publication aux annexes du Moniteur belge du 17 juillet 2002 sous le n° 20020717-78 comme indiqué à l'inventaire joint, n'est pas l'extrait analytique d'un acte du 26 juin 2002, mais bien d'un acte du 12 juin 2002 rendant compte de la fusion par absorption de la S.A. ENROMAC-SOBELTER par la S.A. WEGEBO et ne concernant apparemment en rien la S.A. JOLY; que ce point doit être éclairci; qu'en outre, la régularité de la reprise d'instance par la S.A. WEGEBO suppose, d'une part, que la décision de la S.A. JOLY d'introduire le recours l'a été par son organe compétent, régulièrement composé, et que, d'autre part, la reprise d'instance a été décidée par l'organe compétent, régulièrement composé, de la S.A. WEGEBO; que si les pièces actuellement produites montrent que la première décision a été régulièrement prise, cette preuve n'est actuellement pas rapportée en ce qui concerne la seconde;

Considérant, quant à la régularité de la décision d'ester prise par la S.A. BOUCHER, que cette décision a été prise, le 5 décembre 1997, notamment par Philippe STULEMEIJER et Jacques RORIF; qu'il résulte des pièces produites que ceux-ci avaient été désignés en qualité d'administrateur par l'assemblée générale extraordinaire du 23 juin 1988, leurs mandats devant prendre fin "immédiatement après l'assemblée générale ordinaire de 1995"; qu'en outre, l'article 10 des statuts de la société prévoit notamment que "les mandats ne peuvent, sauf réélection, excéder une durée de six ans"; qu'il y a lieu, dès lors, de s'interroger sur la régularité du mandat d'administrateur dont se prévalent, le 5 décembre 1997, Philippe STULEMEIJER et Jacques RORIF;

Considérant encore que, dans l'hypothèse où le présent recours ne devrait être déclaré recevable que dans le chef d'une seule des requérantes, il y aurait lieu de s'interroger sur la question de savoir si l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, n'oblige pas les membres d'une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui, en tant que telle, a participé à une procédure d'attribution d'un marché public et ne s'est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, pour

exercer un recours contre la décision relative audit marché, autrement dit, si ledit article 19, alinéa 1^{er}, n'interdit pas à un membre d'une telle association momentanée d'exercer à titre individuel, soit en sa qualité d'associé, soit en son nom propre, un recours contre ladite décision;

Considérant, enfin, qu'il y a lieu de s'interroger sur la persistance de l'intérêt des requérantes au présent recours dès lors qu'elles n'ont pas jugé opportun, selon ce qu'elles en ont déclaré lors de l'audience du 3 mars 2004, d'attaquer la décision d'attribution du 15 décembre 1997, soit, autrement dit, sur la question de savoir si, dans la perspective d'une opération complexe, les décisions ici attaquées ne doivent pas être considérées comme des actes préparatoires ne faisant pas définitivement grief et, à ce titre, non susceptibles de recours;

Considérant que l'administration d'une bonne justice requiert que les parties aient l'occasion de s'expliquer, tant en fait qu'en droit, sur ces questions précises à propos desquelles elles n'ont pas pu faire valoir leur point de vue dans leur dernier mémoire,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2 .

A partir de la notification qui leur sera faite du présent arrêt, les parties requérantes disposeront d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire, et la partie adverse d'un même délai pour y répondre.

Article 3 .

La cause est fixée à l'audience du 30 juin 2004.

Article 4

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix mars deux mille quatre 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.