

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 130.013 du 31 mars 2004

A.86.174/VI-15.237

En cause : **LA SOCIETE LIMITEE A RESPONSABILITE LIMITEE
"A.B.C. ETUDES ET CONSTRUCTIONS",**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue du Cimetière, 8,
7522 Tournai,

contre :

LA COMMUNE DE CHIEVRES,

ayant élu domicile chez
Me Gérard RIVIERE, avocat,
rue des Fossés, 69/A1,
Résidence Magritte,
7860 Lessines.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 août 1999 par la Société privée à responsabilité limitée "A.B.C. ETUDES ET CONSTRUCTIONS" qui demande l'annulation de :

- " 1. la décision prise à une date indéterminée par la partie adverse (la Ville de CHIEVRES) d'attribuer à la S.A. ENTREPRISES DHERTE ET FILS le marché relatif aux travaux de construction d'une salle polyvalente communautaire, rue de Saint-Ghislain à Chièvres (gros oeuvre, menuiserie intérieure, revêtement d'intérieur, sanitaire, chauffage, électricité); décision annoncée par courrier de la partie adverse du 23 juin 1999;
2. la décision prise à une date indéterminée par la partie adverse de ne pas retenir la soumission de la requérante comme étant la soumission régulière la plus intéressante dans le cadre de l'appel d'offres général du marché de travaux de construction d'une salle polyvalente communautaire rue de Saint-Ghislain à Chièvres (gros oeuvre, menuiserie intérieure, revêtement d'intérieur, sanitaire, chauffage, électricité); décision implicite annoncée par courrier de la partie adverse du 23 juin 1999.";

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 21 novembre 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 1^{er} mars 2004, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 mars 2004;

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

Entendu, en leurs observations, Me Patricia NIBELLE, loco Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Stéphanie SCHLICKER, loco Me Gérard RIVIERE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, 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. Le 15 mai 1997, le Conseil communal de la Ville de Chièvres marque son accord de principe sur la construction d'une salle communautaire polyvalente à Chièvres.

2. Le 3 novembre 1998, il approuve les cahier spécial des charges, plans, devis estimatif et avis de marché en ce compris les critères de sélection, pour un montant total de 19.836.536 frs T.V.A. incluse , et décide que le mode de passation du marché sera l'appel d'offres général.

3. Le 5 février 1999, le Bulletin des adjudications publie l'avis de marché contenant ledit appel d'offres général.

La date d'ouverture des soumissions est fixée au 11 mars 1999.

Parmi les critères de sélection, cet avis énonce notamment ce qui suit :

" Sous peine d'exclusion, il sera joint à la demande de participation rédigée en Français:
(...)
c) la déclaration en chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des 3 derniers exercices. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de demander tout document permettant de justifier l'exactitude de cette déclaration.
(...)".

4. Le 26 février 1999, le Bulletin des adjudications publie un nouvel avis de marché qui annule expressément l'avis publié le 5 février 1999.

La date d'ouverture des soumissions y est fixée au 31 mars 1999.

La "déclaration en chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des 3 derniers exercices" n'y est plus exigée parmi les documents à joindre à l'offre pour "l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique".

5. Le 31 mars 1999, lors de l'ouverture des soumissions, six offres sont recueillies, dont celle de la requérante et celle de la société DHERTE, future attributaire.

6. Le 9 avril 1999, l'architecte DEUQUET écrit à la requérante la lettre qui suit :

" Après analyse des documents joints à votre offre, nous constatons que vous avez omis de nous transmettre le documents suivants :

Critères de sélection

N°4 Justification d'un nombre de salarié le plus élevé par rapport au chiffre d'affaire.
(Voir document en votre possession Avis de Marché)

N° 5 Personnel

N° 6 Liste des sous traitants.

N° 8 Des références du responsable de la conduite du chantier.

N° 9 Attestation de visite

Exclusions

N° C La déclaration en chiffre d'affaire en travaux de l'entreprise au cours des 3 derniers exercices.

Afin de compléter votre dossier, nous vous invitons à nous faire parvenir dans les 5 jours «calendrier» à dater de la présente.

(...)".

7. La requérante répond à cette demande par courrier daté du 13 avril mais posté le 19 avril 1999.

8. Le 23 avril 1999, l'architecte DEUQUET établit un rapport d'analyse des soumissions.

Il y reprend, parmi les critères de sélection financiers et économiques, l'exigence, sous peine d'exclusion, que soit jointe à l'offre "la déclaration en chiffre d'affaire en travaux de l'entreprise au cours des 3 derniers exercices" figurant dans l'avis de marché publié le 5 février 1999, mais ne figurant plus dans celui publié le 26 février 1999.

Au terme de la vérification de la sélection qualitative, il écrit notamment ce qui suit :

" Compte tenu du fait que la plupart des entreprises n'ont pas joint l'ensemble des documents demandés (Excepté les Entreprises Lixon et Devos)
Il a donc été réclamé après le dépôt des offres les différents documents manquants. A la date demandée du 14.04.1999, seul l'entreprise Dherte a complété ces documents dans le délai demandé.
Il est à noter que l'Entreprise ABC n'a pas fourni la déclaration en chiffre d'affaire en travaux au cours des trois derniers exercices dans le délai demandé, l'Entreprise Bonnami (...) et que l'entreprise Loiselet (...).
Bien que ces documents devaient être fournis sous peine d'exclusion, les offres de ces trois entreprises ABC, Bonnami et Loiselet ont été analysées et comparées.
Les Entreprises ABC ont envoyé les compléments suite à mes lettres recommandées le 22.04.1999 hors délai, date de la poste faisant foi, une autre lettre le 19 ou 20, date illisible."

Au terme de son analyse des offres, qui l'a amené notamment à pondérer mathématiquement les neuf critères d'attribution, l'architecte DEUQUET conclut comme suit :

" En conclusion du rapport qui précède, je suggère au Collège de justifier la désignation de Dherte en constatant :
- que 3 offres sont irrégulières, parmi lesquelles celle du moins-disant (la requérante).
- que même en faisant abstraction des irrégularités constatées, l'offre de Dherte apparaît comme la plus intéressante après application des critères d'attribution objectivement pondérées."

9. Le 27 mai 1999, la requérante demande à la partie adverse de lui faire "connaître la suite qui a été donnée à l'adjudication du bâtiment dont question...", soit, outre sa décision, "les critères légaux et détaillés qui ont motivé (son) choix".

10. Le 17 juin 1999, le Collège des bourgmestre et échevins de Chièvres prend la décision qui suit :

" Vu la délibération du Conseil Communal du 18 septembre 1996, approuvant le projet de convention à passer avec un auteur de projet en vue de la construction d'une salle communautaire polyvalente à Chièvres et fixant le mode de passation du marché;

Vu la délibération du Collège du 26 septembre 1996 désignant l'auteur du projet;

Vu la délibération du Conseil Communal du 15 mai 1997 marquant son accord de principe sur la construction de cette salle et approuvant le devis estimatif du coût des travaux;

Vu la délibération du Conseil Communal du 3 novembre 1998 approuvée par la Députation Permanente le 25 février 1999, approuvant le cahier spécial des charges, plans, devis estimatif et avis de marché, en ce y compris les critères de sélection, pour un montant total de 19.836.536 francs T.V.A.C.;

Attendu qu'un crédit de 20 millions est prévu dans le Fonds d'Aide Régionale complémentaire accordé aux communes traversées par le T.G.V., pour le financement de ces travaux;

Vu l'avis de marché paru au bulletin des adjudications le 26 février 1999;

Vu le procès-verbal d'ouverture des soumissions en date du 31 mars 1999;

Vu le rapport de l'auteur de projet;

Vu la Nouvelle Loi Communale,

DECIDE, par 2 voix OUI et 3 ABSTENTIONS :

Art. 1- De désigner l'entreprise DHERTE de Flobecq en qualité d'adjudicataire des travaux de construction d'une salle polyvalente communautaire à Chièvres, au montant de son offre rectifiée, soit 23.250.392 francs T.V.A.I.

Art. 2- De transmettre expédition de la présente, accompagnée des pièces du dossier à l'autorité de tutelle pour approbation."

Cette décision constitue le premier objet du présent recours.

11. Le 23 juin 1999, la partie adverse écrit ce qui suit à la requérante:

" En réponse à votre courrier du 27 mai dernier, dont objet sous rubrique, nous vous informons que l'entreprise Dherte de Flobecq a été désignée adjudicataire desdits travaux, sous réserve d'approbation de cette décision par les autorités de tutelle."

12. Le 11 octobre 1999, la partie adverse écrit ce qui suit à la S.A. DHERTE :

" Par la présente, nous vous informons que vous avez été déclaré adjudicataire pour les travaux précités.
Nous vous transmettons copie de la décision de la Députation Permanente, ainsi que le rapport du Service Technique des Bâtiments."

13. Le 18 avril 2001, le Collège des bourgmestre et échevins "décide d'abandonner le projet de construction d'une salle polyvalente à Chièvres-Centre" et d'en informer les différentes parties concernées.

14. Le même jour, elle écrit à la S.A. DHERTE la lettre qui suit :

" En date du 23 juin 1999, le Collège Echevinal vous a informés que votre société était déclarée adjudicataire pour les travaux précités.
Cependant, le marché ne vous a pas été notifié selon la procédure en vigueur, en raison du recours introduit devant le Conseil d'Etat par la Société ABC, en date du 19 août 1999. (cfr courrier de la ville du 29 mai 2000).
En séance de ce 18 avril 2001, le Collège Echevinal a décidé de ne pas poursuivre le projet de construction d'une salle polyvalente à Chièvres-Centre, en vertu de l'article 18, alinéa 1 de la loi du 24-12-93.
En effet, ce projet est coûteux et superflu.
La situation financière fragile de la ville oblige le Collège Echevinal à gérer avec prudence et modération.
De plus, la ville termine la construction de deux nouvelles grandes salles, l'une à Huissignies, l'autre à Vaudignies, salles qu'il convient maintenant de rentabiliser.
C'est pourquoi, le Collège Echevinal a décidé d'abandonner le projet précité, devenu aujourd'hui inopportun."

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité, la deuxième de son mémoire en réponse, selon laquelle, le 19 août 1999, lors de l'introduction du présent recours, la requérante n'avait aucun intérêt certain et actuel à poursuivre l'annulation de la décision attribuant le marché à la S.A. DHERTE, car elle ne pouvait être convaincue que le marché serait définitivement attribué à cette dernière, dès lors que la notification de l'approbation de l'offre n'était pas intervenue dans le délai de soixante jours prévu à l'article 116 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, et que le soumissionnaire retenu n'avait pas marqué son accord écrit et sans réserve conformément à l'article 119 dudit arrêté royal; qu'elle souligne que, la S.A. DHERTE n'ayant pas marqué son accord écrit et sans réserve de maintenir son offre, le marché ne peut être considéré comme conclu, même à ce jour; qu'elle ajoute que, sans connaître les motifs de la décision attaquée, la requérante ne pouvait juger en connaissance de cause si elle avait intérêt à s'opposer à la décision attribuant le marché à un tiers;

Considérant que la requérante réplique que la partie adverse confond sciemment la décision d'attribuer le marché et la conclusion proprement dite de ce marché; que, selon elle, dès lors que, par courrier du 23 juin 1999, la partie adverse l'informait "que l'entreprise DHERTE de Flobecq avait été désignée comme adjudicataire desdits travaux", elle, soumissionnaire évincé, avait un intérêt personnel, direct, actuel et certain à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution;

Considérant que, dans son dernier mémoire, en réponse à l'invitation que lui faisait l'Auditeur en son rapport de prendre position sur l'incidence que pouvait avoir la décision du Collège échevinal du 18 avril 2001 sur le maintien de l'objet du recours et sur la persistance de son intérêt à obtenir l'annulation des actes attaqués, la requérante

estime que "la décision attaquée du 17.06.1999, notifiée à l'adjudicataire, crée au bénéfice de celui-ci des droits que la décision du 18.04.2001 ne permet pas de faire disparaître"; qu'elle indique, plus spécialement, que, "si, effectivement, la décision du Collège du 18.04.2001 ne permet plus à la requérante, après annulation, d'exécuter concrètement les travaux, l'annulation de la décision du 17.06.1999 (c'est-à-dire la reconnaissance de l'excès de pouvoir de la partie adverse) lui permet d'obtenir une indemnité égale à la perte d'une chance qu'elle aurait eue d'être indemnisée suite à l'abandon de ce projet";

Considérant qu'en vertu de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'accomplissement d'une procédure d'appel d'offres n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché; que le pouvoir adjudicateur peut notamment renoncer à passer le marché, ce qui signifie que cette possibilité subsiste aussi longtemps que le contrat n'est pas conclu avec l'attributaire;

Considérant qu'en l'espèce, la notification à la S.A. DHERTE de l'approbation de son offre est intervenue le 11 octobre 1999, soit au-delà du délai de soixante jours de calendrier suivant l'ouverture des offres, délai prévu par l'article 116 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'en vertu de l'article 119 du même arrêté royal, dans ce cas, le marché ne pouvait se conclure que moyennant l'accord écrit et sans réserve de la S.A. DHERTE; que, selon la partie adverse, un tel accord n'est pas intervenu, ce que n'infirme aucune des pièces versées au dossier; qu'il y a lieu d'en déduire que, le 18 avril 2001, la partie adverse était toujours en droit de renoncer à passer ledit marché conformément à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 précitée;

Considérant que, faute d'avoir été attaquée en temps utile, la décision précitée du 18 avril 2001 de renoncer à passer le marché est devenue définitive à l'égard de la requérante;

Considérant qu'en raison de la décision précitée du 18 avril 2001 devenue définitive, le recours est devenu sans objet;

Considérant que cette circonstance étant imputable à la partie adverse, il y a lieu de mettre les dépens à charge de celle-ci,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Il n'y a plus lieu de statuer.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un mars deux mille quatre par :

M. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
M. HANSE,	Conseiller d'Etat,
M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
Mme MALCORPS,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M-Chr. MALCORPS.

R. ANDERSEN.