CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 155.076 du 15 février 2006

G./A.86.713/VI-15.260

En cause : **la société privée à responsabilité limitée MOULIN & ASSOCIES,**

rue des Forgerons, n° 95,
6001 Marcinelle,

contre :

la ville de Châtelet,

ayant élu domicile chez
Me Hugues FLAMION, avocat,
rue de Loverval, n° 38,
6200 Châtelet.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 13 septembre 1999 par la société privée à responsabilité limitée MOULIN & ASSOCIES qui demande l'annulation de "la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 23 avril 1999 (de la ville de Châtelet) portant désignation du bureau d'études LAURENT et LENELLE comme adjudicataire du projet de restauration de la chapelle Saint-Roch";

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 22 septembre 2005 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 16 janvier 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 8 février 2006;

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

Entendu, en leurs observations, Me Christophe DUBOIS, loco Me Denis PHILIPPE, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Hugues FLAMION, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. Le 16 novembre 1998, le conseil communal de la ville de Châtelet approuve le cahier spécial des charges relatif à un marché public de services, à passer selon la procédure négociée sans publicité, portant sur l'étude de la restauration de la chapelle Saint-Roch, prestation estimée à 1.000.000 BEF.

Les clauses contractuelles générales du cahier spécial des charges indiquent qu'il s'agit d'un "marché à prix global" qui "sera attribué à un auteur de projet spécialisé dans la restauration de monuments classés".

Les clauses contractuelles particulières précisent, à propos de l'objet du marché, ce qui suit :

" Article 1er

Objet : restauration de la Chapelle St Roch à Châtelet.

Il s'agit de prendre un contrat d'honoraires pour désigner un auteur de projet de préférence spécialisé en Monuments et Sites.

La mission de l'auteur de projet serait de faire un projet global de restauration de la Chapelle St. Roch au niveau de l'exécution de l'extérieur (murs, étanchéité, vitraux) et de l'intérieur (boiseries, plafonds, jubbé et banc de communion, chauffage et régulation, éclairage, alarme, peintures ...)

Limites

La Ville de Châtelet demandera à l'Auteur de Projet de réaliser une étude de restauration du bâtiment dans les limites de l'objet précité. L'Auteur de Projet devra se rendre sur place afin de se rendre compte des travaux à réaliser.

Une préférence sera accordée à un auteur de projet spécialisé en Monuments et Sites Classés.

L'Auteur de Projet fera une étude détaillée de l'état général du bâtiment ainsi que des mesures conservatoires et de restauration à prendre pour remettre la Chapelle St Roch en état.
Les travaux doivent impérativement être réalisés par un ou des experts agréés par la commission des bâtiments et sites classés.

Article 2

L'Auteur de Projet s'engage à procéder à l'étude, à établir les plans et à s'assurer le contrôle de l'exécution des travaux qui lui seront confiés dans les conditions déterminées par le présent contrat et conformément à la législation en vigueur relative aux Monuments et Sites.

Les prestations de l'Auteur de Projet comprendront notamment :

- les plans complets de conception originale avec détails d'exécution, les cahiers des charges avec modèle des soumissions, métrés descriptifs et bordereau. Les plans, coupes et élévations seront établis aux échelles appropriées suivant les cas;
- le contrôle des plans d'exécution de l'entrepreneur désigné ainsi que la rédaction des procès-verbaux à lui adresser;(...)".

Ces mêmes clauses prévoient la possibilité pour les soumissionnaires d'indiquer les montants relatifs à la fourniture éventuelle d'exemplaires supplémentaires des documents prévus à l'article 2 (article 6) ainsi que le montant total des honoraires exprimé en "pourcentage du montant total des travaux sur la base du décompte final approuvé par la tutelle" (article 9).

2. Les 13 et 14 janvier 1999, les services de la partie adverse consultent sept bureaux d'études ou architectes en les invitant à leur transmettre "les documents conformes requis par le cahier spécial des charges en matière de sélection qualitative afin d'être proposés au Collège échevinal lors de sa prochaine séance pour participer au présent marché".

Cinq demandes de participation sont adressées à la partie adverse dont celles de la requérante et du bureau LAURENT et LENELLE.

3. Le 5 mars 1999, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse considère que les cinq bureaux répondent aux critères de la sélection qualitative et décide de les consulter en vue de déposer une offre.

4. Quatre offres sont déposées, à savoir :

- celle de l'architecte WARIN, qui fixe ses honoraires à 14,25% du montant des travaux ainsi que des coûts de reproduction de plan supplémentaire à 110 BEF le m² et de feuilles supplémentaires à 10 BEF la feuille;
- celle de l'architecte BUSINE, les montants précités étant respectivement de 15%, 120 BEF/m² et 5 BEF/m²;
- celle du bureau LAURENT et LENELLE, qui cite, comme références, la rénovation des façades et des toitures de l'Hôtel de ville de Charleroi et la réalisation d'un dossier en vue du classement d'un bâtiment "Art Déco" à Charleroi, qui prévoit pour les postes précités des montants respectifs de 9,5%, de 90 BEF/m² et de 4 ou 7 BEF par feuille A4 ou A3, et qui contient un reportage photographique de la chapelle St. Roch, une analyse technique des travaux envisagés, et des informations techniques sur les matériaux et les procédés de restauration envisagés;
- celle de la requérante, qui présente, comme références, des travaux de restauration relatifs à l'église Saint-Georges à Erquelinnes, à l'église Saint-Martin à Merbes-le-Château, à l'église Saint-Médard à Solre-sur-Sambre, à l'Abbaye de Bonne-Espérance, à une habitation du 18e siècle à Enghien, à une habitation du 17e siècle à Thuin, à une habitation du 18e siècle à Gesves, à la restauration des remparts de Binche, à la Tour romane de Pont-de-Loup, au Pont dit Romain de Montignies-Saint-Christophe, à la façade d'une maison du 17e siècle à Binche, aux Caves Bettes à Binche et à la mise en valeur des fouilles à Binche, qui contient un relevé des études à effectuer, un phasage de la réalisation des travaux, certaines précisions et un dossier de présentation des travaux de reconstruction de l'église Saint-Médard à Solre-sur-Sambre, et qui prévoit pour les postes précités des montants respectifs de 15%, de 80 BEF/m² et de 5 BEF par feuille.

5. Le 18 avril 1999, les services de la partie adverse examinent les offres et établissent un rapport qui est intégré à la décision du collège des bourgmestre et échevins et dans lequel ils présentent les soumissions sans porter de conclusion précise quant au choix d'un adjudicataire.

6. Le 23 avril 1999, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse prend la décision suivante, qui constitue l'acte attaqué :

" Le Collège échevinal,

Vu la délibération du Conseil communal du 16.11.1998 (...);

Vu sa délibération du 05.03.1999 (...);

Attendu que ce marché sera attribué par la procédure négociée sans publicité;

Vu les offres déposées par les bureaux d'études Paul WARIN, Philippe BUSINE, LAURENT ET LENELLE et la SPRL MOULIN ET ASSOCIES;

Vu le rapport établi par le Service TEAM concernant les offres reçues à savoir:

Rapport administratif concernant les offres reçues dans le cadre de la restauration de la Chapelle Saint Roch.

Cinq bureaux d'études ont été consultés en vue de remettre une offre de prix (...);

Quatre bureaux ont remis une offre:

A. Atelier d'architecture P. WARIN

L'offre de ce bureau d'études s'élève à 14,25% du montant total des travaux réalisés.
Le coût de reproduction de plans supplémentaires est de 110 Francs HTVA le mètre carré.
Le coût de reproduction de feuilles supplémentaires est de 10 francs HTVA la feuille.
Ce bureau nous cite en référence 4 chantiers relatifs à des bâtiments classés.

* L'Hôtel des postes à Charleroi (reconversion en restaurant pour le Ministère des Finances).
* La maison Charon-Simon à Charleroi pour un propriétaire privé.
*La maison de Jean Lescarts à Mons pour le Fonds du Logement des Familles Nombreuses de Wallonie.
* La porte d'entrée latérale de l'église Notre Dame de la Visitation de Nalinnes pour le Patrimoine Rural Wallon.

B. Ph. BUSINE Architecte

L'offre de ce bureau d'études s'élève à 15% d'honoraires sur le montant des travaux effectués.
Le coût de reproduction de plans supplémentaires est de 120 francs le mètre carré (HTVA).
Le coût de reproduction de feuilles supplémentaires est de 5 francs (HTVA).

C. Bureau d'architecture Laurent et Lenelle.

L' offre de ce bureau d'études s'élève à 9,5% du montant total des travaux qui seront réalisés.
Le coût de reproduction de plans supplémentaires est de 90 francs le mètre carré (TVAC).
Le coût de reproduction de feuilles supplémentaires est de 4 francs pour un A4 et 7 francs pour un A3 (TVAC).

Ce bureau d'études a réalisé un reportage photographique sur la chapelle et a réalisé un plan succinct. Une analyse technique de l'état du bâtiment a été réalisée, ainsi qu'une approche des travaux à effectuer.
Les techniques de travail qui pourraient être utilisées pour la restauration sont jointes à l'offre.

II est fait référence à 2 chantiers :
* La rénovation des façades et toitures de l'Hôtel de Ville de Charleroi (accompagné d'un descriptif des travaux)
* La réalisation d'un dossier en vue du classement du bâtiment situé au boulevard Général Michel 1 à 6000 Charleroi (avec un descriptif de ce qui a été réalisé)

D. Moulin et associés

L'offre de ce bureau d'études s'élève à 15% du montant des travaux suivant le barème dégressif ci-après:
- De 0 à 3.000.000 15%
- De 3 à 10.000.000 13.5%
- De 10 à 25.000.000 12%

Le coût de reproduction de plans supplémentaires est de 80 francs le mètre carré (HTVA).
Le coût de reproduction de feuilles supplémentaires est de 5 francs (HTVA).
Ce bureau a réalisé un reportage photographique et propose une approche technique des travaux à réaliser.
Il a également fourni les plans relatifs à la reconstruction de l'église Saint Médard de Solre sur Sambre afin que notre Administration puisse comparer le travail à réaliser pour ce type de dossier.
Ce bureau nous fournit par ailleurs une liste de références qui est très révélatrice de ses capacités à travailler sur des dossiers de bâtiments classés.
Cette liste est la suivante : (...)
Cette liste est accompagnée d'un bref descriptif des travaux réalisés;

Considérant qu'en conclusion, les bureaux d'études Laurent et Lenelle et Moulin et associés ont fourni un dossier dans lequel il y a eu un investissement personnel important en ce qui concerne la manière d'aborder le projet à réaliser;

Qu'il apparaît que les montants d'honoraires varient très fort (de 9.5% pour le bureau Laurent et Lenelle contre 15% dégressifs pour la SPRL Moulin) mais que, le bureau Moulin présente des références sérieuses quant à la maîtrise de ce type de dossiers;

Que les bureaux Warin et Busine ont, quant à eux, remis prix sur base du cahier spécial des charges qui ne prévoyait pas l'obligation de se rendre sur les lieux du projet;

Attendu que pour rappel, le critère d'attribution en procédure négociée sans publicité ne s'appuie nullement sur le montant des honoraires, mais sur la capacité réelle de l'auteur de projet d'atteindre l'objectif souhaité par le pouvoir adjudicateur, à savoir, les levés et la réalisation de plans et cahier spécial des charges, en conformité avec les services des monuments et sites de la Région Wallonne, en vue de procéder à la restauration de la Chapelle Saint-Roch;

Attendu que sur base de l'article 90 § 3 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, tous les prestataires de services ont fourni le certificat O.N.S.S. attestant qu'ils ont payé leurs cotisations sociales jusqu'au 3ème trimestre 98 inclus;

Attendu qu'un crédit de Frs. 1.000.000 est prévu au budget extraordinaire de l'exercice 1999 sous l'article 790/733-60;

Attendu que cette dépense sera couverte par le Fonds de réserve extraordinaire de l'exercice 1999;

Vu les articles 123 et 236 de la nouvelle loi communale,

ARRETE

Article 1er : Le bureau d'études LAURENT ET LENELLE est désigné en qualité d'auteur de projet pour l'étude de restauration de la Chapelle Saint-Roch à Châtelet, au montant de son offre et, aux clauses et conditions du cahier spécial des charges régissant ce marché.

Article 2 : Ordre de commencer l'étude lui est donné sans délai.

(...)".

7. Interrogée le 8 juillet 1999 par la requérante sur l'issue de ce marché, la partie adverse l'informe, le 15 juillet 1999, que sa candidature n'a pas été retenue et lui transmet une copie de la décision attaquée.

II. QUANT A LA RECEVABILITE

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la requête en ce que le conseil de la requérante n'a pas joint à la requête une pièce justifiant que l'organe compétent de cette dernière avait, dans le délai légal, décidé d'introduire un recours en annulation;

Considérant que la requérante est une société privée à responsabilité limitée; qu'il ressort des pièces jointes à son mémoire en réplique que la nomination de son unique gérant pour une durée illimitée a été publiée aux annexes du Moniteur belge le 20 juillet 1993 et que celui-ci dispose du pouvoir d'agir en justice; que la requête est recevable;

III. QUANT AUX MOYENS

Considérant que la requérante prend un moyen, le second de sa requête, de la violation des articles 80 et 81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle expose que, d'une part, l'article 1er de l'acte attaqué désigne le bureau LAURENT ET LENELLE comme adjudicataire sans préciser les motifs de ce choix et que, d'autre part, l'acte attaqué contient une contradiction en énonçant dans son préambule les mérites de la requérante face aux autres candidats et en désignant dans son dispositif un autre candidat sans en justifier les raisons;

Considérant que, dans son mémoire en réponse et dans son dernier mémoire, la partie adverse répond, tout d'abord, que l'article 81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité n'est pas applicable au cas d'espèce puisqu'il vise l'hypothèse de la décision de renoncer à un marché ou de recommencer la procédure; qu'elle souligne ensuite que l'article 80, § 3, du même arrêté royal a été respecté, la décision attaquée ayant été communiquée dans les huit jours de la demande de la requérante; qu'en ce qui concerne la loi du 29 juillet 1991, elle fait valoir que la référence à la législation sur les marchés publics et la précision de l'attribution du marché selon la procédure négociée sans publicité constituent les motifs de droit de la décision attaquée, que les motifs de fait résident dans la reproduction in extenso dans l'acte attaqué du rapport administratif établi au cours de la procédure d'élaboration de l'acte attaqué, que les conclusions du rapport montrent que le bureau d'architecture LAURENT ET LENELLE ainsi que la requérante se détachaient des autres soumissionnaires, que le collège des bourgmestre et échevins "s'est référé au critère du montant des honoraires pour départager (ces) deux candidats qui apparaissaient qualifiés pour le travail à exécuter", et qu'à la lecture de l'acte attaqué, la requérante connaît la raison du choix opéré; qu'elle expose, à propos de la contradiction entre les motifs et le dispositif, que l'observation relative au critère d'attribution doit être lue en combinaison avec l'article 15 du cahier spécial des charges qui prévoit l'attribution du marché à un auteur de projet spécialisé dans la restauration de monuments classés, que cela signifie seulement qu'il fallait être un spécialiste de cette matière et qu' "il n'était pas obligatoire d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse" mais que "cela ne signifie nullement que, pour départager deux candidats présentant la capacité réelle de réaliser l'étude de restauration, le pouvoir adjudicateur ne pouvait avoir égard au montant de leurs offres respectives et privilégier l'offre la plus basse"; qu'elle relève enfin qu'une éventuelle annulation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1991 précitée ne se justifie pas dès lors que la requérante qui, en son premier moyen, formule une critique de fond à l'encontre de l'acte attaqué, démontre qu'elle connaissait les motifs de l'acte attaqué;

Considérant que, dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, la requérante affirme que, si le rapport administratif incorporé à l'acte attaqué énonce les motifs qui permettaient de départager les deux bureaux concurrents des autres offrants, la décision attaquée est muette sur les raisons qui ont motivé le choix final, qu'elle se contente de constater que les honoraires varient fortement tout en limitant les conséquences de ce constat, que l'acte attaqué, en son article 1er, se borne à indiquer que le bureau LAURENT ET LENELLE est désigné en qualité d'auteur de projet sans indiquer les raisons de ce choix, que l'acte attaqué ne fait pas allusion à une offre plus fouillée de la part du bureau LAURENT ET LENELLE, et qu'un défaut de motivation

ne peut être couvert par l'adjonction ultérieure de motifs; qu'elle ajoute que le rapport intégré à l'acte attaqué ne départage pas les offres mais semble se prononcer pour le choix de l'offre de la requérante en retenant que le prix ne peut être le critère d'attribution mais bien la capacité de l'auteur de projet, qu'une motivation aussi incompréhensible ne saurait être adéquate, que l'acte attaqué contient nécessairement une contradiction qui rend la motivation inadéquate dans la mesure où il énonce que le prix ne peut être un élément déterminant et que la différence de prix se justifie par une différence d'aptitude pour ensuite choisir le moins cher; qu'elle souligne enfin que la connaissance des motifs de l'acte attaqué est inopérante pour empêcher une éventuelle annulation car, d'une part, le prix ne figurait pas comme critère déterminant et, d'autre part, elle est, sur le vu de la motivation de l'acte attaqué, dans l'impossibilité de savoir si c'est réellement le critère du prix seul qui a motivé le choix final;

Considérant que le moyen, en tant qu'il invoque la violation de l'article 81 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, manque en droit; qu'en effet, cette disposition concerne les décisions "de renoncer à passer un marché ou de recommencer la procédure", et non la décision d'attribution d'un marché;

Considérant que l'article 80, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, dans sa rédaction applicable au marché litigieux, disposait comme suit :

" Art. 80. § 3. En procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur communique à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie la décision motivée d'attribution du marché dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite.";

qu'il ressort de l'exposé des faits que l'obligation d'information que cette disposition prévoit a été respectée par la partie adverse; que, sur ce point, le moyen manque en fait;

Considérant que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats; que, toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une procédure négociée ne peut s'exercer arbitrairement; que, notamment, elle est tenue de respecter les exigences de la loi du 29 juillet 1991 précitée; que, par ailleurs, afin d'apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard de la loi du 29 juillet 1991 précitée, il y a lieu de n'avoir égard qu'aux motifs exprimés dans l'acte lui-même; que des développements relatifs à des critères

d’attribution du marché ou à des qualités de telle ou telle offre, contenus dans les écrits de procédure, constituent une motivation a posteriori de l’acte attaqué et ne peuvent être retenus;

Considérant que l’acte attaqué repose sur la motivation suivante :

" Considérant qu'en conclusion, les bureaux d'études Laurent et Lenelle et Moulin et associés ont fourni un dossier dans lequel il y a eu un investissement personnel important en ce qui concerne la manière d'aborder le projet à réaliser;

Qu'il apparaît que les montants d'honoraires varient très fort (de 9.5% pour le bureau Laurent et Lenelle contre 15% dégressifs pour la SPRL Moulin) mais que, le bureau Moulin présente des références sérieuses quant à la maîtrise de ce type de dossiers;

Que les bureaux Warin et Busine ont, quant à eux, remis prix sur base du cahier spécial des charges qui ne prévoyait pas l'obligation de se rendre sur les lieux du projet;

Attendu que pour rappel, le critère d'attribution en procédure négociée sans publicité ne s'appuie nullement sur le montant des honoraires, mais sur la capacité réelle de l'auteur de projet d'atteindre l'objectif souhaité par le pouvoir adjudicateur, à savoir, les levés et la réalisation de plans et cahier spécial des charges, en conformité avec les services des monuments et sites de la Région Wallonne, en vue de procéder à la restauration de la Chapelle Saint-Roch.";

Considérant que le premier motif exprime la raison qui a conduit la partie adverse à ne retenir pour la suite de l’analyse des offres que la requérante et l’attributaire du marché; que celui-ci, contenant la même appréciation à propos de ces deux concurrents, ne les départage pas;

Considérant que le second motif relève des différences entre les deux offres encore en lice sans toutefois attribuer à l’une ou l’autre de ces différences un caractère prépondérant; qu’il se contente en effet de relever un meilleur prix pour l’offre de l’attributaire et des références sérieuses pour la requérante; que ce motif ne permet pas de comprendre le choix opéré par l’acte attaqué; que s’il fallait déduire de la combinaison du dispositif de l’acte attaqué et de ce second motif que le prix a constitué le critère de choix de l’attributaire, une telle justification serait en contradiction avec le quatrième motif de l’acte attaqué, dont la rédaction n’est nullement maladroite comme le prétend la partie adverse, et avec les articles 15 des clauses générales et 1er des clauses particulières du cahier spécial des charges qui insistent sur la spécialisation de l’auteur de projet dans la restauration des monuments classés; que le second moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 23 avril 1999 de la ville de Châtelet portant désignation du bureau d'études LAURENT et LENELLE comme adjudicataire du projet de restauration de la chapelle Saint-Roch.

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 VIe chambre, le quinze février deux mille six par :

Mme	WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM.	LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
Mme	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

V. SCHMITZ. M.-L. WILLOT-THOMAS.