CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 182.272 du 23 avril 2008

G./A.145.404/VI-16.620

En cause : **la société anonyme MAURICE WANTY,**

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue du Gouvernement, n° 50,
7000 Mons,

contre :

la Société Publique d'Aide à la Qualité de l'Environnement, en abrégé SPAQuE,

ayant élu domicile chez
Me Jacques PERILLEUX, avocat,
rue Bréderode, n° 13,
1000 Bruxelles.

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

Vu la requête introduite le 17 décembre 2003 par la société anonyme MAURICE WANTY qui poursuit l'annulation de la décision du 6 novembre 2003 de la partie adverse attribuant à la société anonyme GALERE un marché public de travaux relatif à la réhabilitation du site "Les Houssus n° 6" à La Louvière;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'ordonnance du 7 mars 2008, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 16 avril 2008;

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

Entendu, en leurs observations, Me Eric BALATE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Jacques PERILLEUX et Michaël PILCER, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

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

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 sont les suivants :

1. Le 11 juillet 2003, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de travaux portant sur la réhabilitation du site "Les Houssus n° 6" à La Louvière.

Le cahier spécial des charges régissant ce marché public de travaux définit l'objet du marché comme suit :

" Les travaux concernés par le présent cahier spécial des charges font l'objet d'un marché unique. Ils se rapportent au projet d'assainissement et de mise en sécurité du site, dans la perspective de la création ultérieure d'une zone artisanale sur une partie de celui-ci. Ce projet prévoit principalement le confinement, dans une enceinte étanche et contrôlée à réaliser sur le site, de la zone dans laquelle se trouvent les terres dont le niveau reconnu de pollution nécessite une intervention. Cette enceinte doit également accueillir les terres provenant du spot isolé de pollution identifié au Nord du site. A l'occasion de la réalisation de ce confinement, il est également prévu d'évacuer (pour élimination dans des installations agréées hors site) les éventuelles poches de déchets liquides ou pâteux rencontrées lors des travaux de terrassement à réaliser. Le projet comprend également la réalisation d'un bassin d'orage destiné au recueil des eaux de ruissellement de la zone à confiner, ainsi que la clôture, le nivellement et la mise en végétation du site réhabilité.".

Quant aux variantes, il est prévu ce qui suit :

" Les variantes libres sont interdites

Outre l'offre de base, le soumissionnaire devra remettre une variante obligatoire relative à la réalisation de la partie latérale de l'enceinte de confinement (Partie 2 - point 4.8 ci-après).

Dans l'offre de base, la réalisation du confinement latéral se fait au moyen d'un mur vertical en béton armé (à réaliser par la technique de la fouille blindée). Dans la variante obligatoire, la réalisation du confinement latéral se fait au moyen d'un talus revêtu d'un complexe de drainage-étanchéité analogue à celui retenu pour l'aménagement du fond du confinement.

Il est cependant explicitement précisé :

• que l’obligation de remettre prix pour cette variante obligatoire ne dispense pas de l’obligation première, pour les soumissionnaires, sous peine de nullité de leur offre, de remettre d’abord prix pour la solution de base spécifiée au cahier des charges (technique de la fouille blindée);
• que le fait de remettre offre engage pleinement la responsabilité des soumissionnaires quant à la complète et parfaite réalisation des travaux aux prix et dans les délais proposés, tant pour la solution technique de base (fouille blindée) que pour la variante obligatoire (talus revêtus).".

Les critères d’attribution sont les suivants :

" 11. CRITERES D’ATTRIBUTION

11.1 Définition des critères

L'attribution du marché se fait au soumissionnaire ayant remis l'offre de base ou la variante obligatoire la plus intéressante sur base des critères pondérés suivants :

• coût d'exécution du chantier	50 points;
• valeur technique de l'offre	35 points;
• qualité du planning	10 points;
• délai d'exécution	5 points.

11.2 Modalités d'application des critères

• L'appréciation du coût d'exécution du chantier se fait en tenant compte du montant global de l'offre faite par le soumissionnaire. La cotation est réalisée de la façon suivante : par rapport à la moyenne arithmétique des offres, la plus chère et la moins chère étant exclues pour autant qu'il y en ait plus de quatre, tout écart d'un pour cent est sanctionné, s'il est négatif, par le retrait d'un quart de point sur cinquante et, s'il est positif, d'un point sur cinquante.

• L'appréciation de la valeur technique se fait en tenant compte de la qualité et de la précision des documents annexés à l'offre du soumissionnaire et relatifs aux travaux à réaliser, à savoir les plans, le programme de travail, le plan particulier «sécurité-santé», les notes de calcul, les descriptifs techniques des dispositifs et méthodes d'exécutions proposées. Une attention particulière sera portée à la conception et à la technique de réalisation du mur d'enceinte en béton, ainsi qu'aux moyens proposés pour assurer la bonne étanchéité du confinement. Une cote minimale (0 point) est attribuée lorsque les documents annexés à l'offre apparaissent peu précis, lorsque aucune information n'est donnée ou lorsque aucune suggestion n'est faite par le soumissionnaire. Une cote maximale (35 points) peut être attribuée au dossier le plus soigné, le plus complet et le plus détaillé. Les autres dossiers sont appréciés relativement à ces deux extrêmes.

• L'appréciation de la qualité des plannings proposés (type PERT et type GANT) se fait de la façon suivante : une cote minimale (0 point) est attribuée lorsque le planning annexé à l'offre apparaît peu précis, lorsque aucune information n'est donnée ou lorsque aucune suggestion n'est faite par le soumissionnaire. Une cote maximale (10 points) peut être attribuée au planning le plus soigné, le plus complet et le plus détaillé. Les autres dossiers sont appréciés relativement à ces deux extrêmes.

• L'appréciation du délai d'exécution se fait de la façon suivante :

○ soit d_i le délai d'exécution impératif (exprimé en jours calendrier) prévu au cahier spécial des charges (voir Partie 1 - point 16 ci-après)
○ soit d_p le délai d'exécution engageant (exprimé en jours calendrier) proposé par le Soumissionnaire

Hypothèses	Cotation
si $d_p/d_i = 1$	0
si $0,95 \# d_p/d_i < 1$	1
si $0,90 \# d_p/d_i < 0,95$	2
si $0,85 \# d_p/d_i < 0,90$	3
si $0,80 \# d_p/d_i < 0,85$	4
si $d_p/d_i < 0,80$	5

"

2. Le 18 août 2003, jour de l'ouverture des offres, sept soumissions sont recueillies.

3. En sa séance du 11 septembre 2003, le conseil d'administration de la SPAQuE, après examen des sept offres soumises, décide ce qui suit :

" Point 7. Mission A.1.2.2 - Travaux de génie civil - Attribution du marché de travaux : - S.A.E.D. «Les Houssus n° 6» à La Louvière.

L'Administrateur Directeur explique ce dossier qui relève d'un financement FEDER.
Ce marché contient une offre de base et une variante obligatoire.
Sept offres ont été remises. Après dépouillement, l'offre de l'association momentanée AERTSEN-AERTSEN est irrecevable car il y avait des documents manquants et un de ceux-ci était en néerlandais.
Les six offres restantes sont déclarées recevables, qualifiées, conformes et régulières.
Après application des critères d'attribution utilisés habituellement dans le cadre des appels d'offres à la SPAQuE, l'association momentanée ECOTERRE DREDGING est la mieux classée et devrait se voir attribuer le marché.

Le Conseil d'Administration demande si l'estimation est TVA comprise.

L'Administrateur Directeur répond par l'affirmative.

Le Conseil d'Administration estime que l'offre la mieux classée propose un prix inacceptable par rapport à l'estimation. En conséquence, le Conseil d'Administration, considérant le rapport d'évaluation des offres qui lui a été soumis, décide de renoncer à la procédure d'appel d'offres qui aurait pour conséquence d'attribuer le marché à un soumissionnaire dont le prix est inacceptable eu égard aux montants estimés par les services de la SPAQuE. Que, tenant compte des intérêts financiers en présence et du principe de bonne administration, il est souhaitable qu'une nouvelle procédure soit initiée en vue de conclure rapidement ce marché et de tenir compte des délais rigoureux imposés par le Fonds FEDER.

Considérant le caractère inacceptable des prix proposés par les soumissionnaires, le Conseil d'Administration décide de recourir, comme l'autorise l'article 17 § 2 de la loi sur les marchés publics, à la procédure négociée. Les soumissionnaires ayant remis une offre recevable et qualifiée seront consultés.
Il charge l'Administrateur Directeur de l'exécution de la présente décision.".

4. Le 23 septembre 2003, la partie adverse adresse à la requérante la lettre suivante :

" Après analyse des offres concernant le marche repris sous rubrique, il ressort que le Pouvoir adjudicateur n'a reçu que des prix inacceptables.

En conséquence et en application de l'article 17, § 2, d de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, il a été décidé de recourir à la procédure négociée. Dès lors, je vous prie de bien vouloir me faire parvenir pour le vendredi 26 septembre à 14 heures au plus tard, votre meilleure offre de prix relative au marché de réhabilitation «Les Houssus N° 6», toutes autres choses restant égales et conformes aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes) et à votre offre remise le 18/08/2003.

Vous trouverez-ci-joints, un nouveau formulaire de soumission et un métré des prix.".

5. Le 26 septembre 2003, la requérante donne suite à cette demande en ces termes :

" Pour donner suite à votre demande, nous vous prions de trouver ci-joint notre nouvelle proposition de prix relative à l'offre reprise sous rubrique.

Cette offre est conforme aux documents émanant de la SPAQUE (cahier spécial des charges et annexes) et à notre offre remise le 18/08/03.

Nous tenons, par la présente, à vous informer que, dans le cadre de la procédure négociée à laquelle vous avez décidé de recourir, nous sommes prêts à vous proposer des variantes techniques susceptibles de diminuer le coût de l'ouvrage.".

6. Le 30 septembre 2003, la partie adverse adresse à la requérante le courrier suivant :

" Après analyse des offres reçues à l*issue du premier tour de la procédure négociée engagée en date du 23/09/2003 et dans le cadre d*un deuxième tour, nous vous demandons de bien vouloir réexaminer votre dernière offre reçue ce 26/09/2003 et de nous faire parvenir, pour le lundi 6 octobre prochain à 16 heures au plus tard, votre meilleure offre de prix relative au marché de réhabilitation «Les Houssus N° 6», toutes autres choses restant égales et conformes aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes) et à votre offre remise le 18/08/2003.

Vous trouverez-ci-joints, un nouveau formulaire de soumission et deux métrés de prix. Nous vous invitons à remplir et signer ces nouveaux documents. A défaut, votre offre ne sera pas prise en considération.".

7. Le 3 octobre 2003, la partie adverse précise ce qui suit :

" Vu les nombreuses questions posées dans le cadre de la procédure négociée en cours en vue de l*attribution du marché des travaux «Les Houssus N° 6», je porte à votre connaissance que votre offre de prix sera appréciée eu égard au critère de prix le moins-disant, tenant compte de la qualité technique des services tels que proposés dans votre offre déposée lors de la séance du 18/08/2003.".

8. Le 6 octobre 2003, la requérante présente une nouvelle offre de prix à la partie adverse en ces termes :

" Vous trouverez ici notre meilleure offre de prix relative au marché de réhabilitation «Les Houssus n° 6».

Cette offre est conforme aux documents émanant de la SPAQUE (cahier spécial des charges et annexes) et à notre offre remise le 18/08/03 qui comportait des données techniques complémentaires (point 1.6) destinées à vous assurer l*exécution du marché en garantissant au mieux le respect des clauses techniques exigées, du budget annoncé et du délai minimal proposé.

Compte tenu de votre volonté d*attribuer le marché au moins disant tout en tenant compte de la qualité des services proposés, il nous semble utile de vous détailler ici l*impact financier des propositions techniques mentionnées dans notre offre initiale : les prestations supplémentaires qu*elles comportent sont destinées à améliorer la qualité de l*ouvrage par rapport à celle exigée par le respect à la lettre des clauses du cahier spécial des charges.

1.6.3 : Eléments inclus dans nos prix unitaires :
- Sondages préalables, pour déterminer le niveau du sol contaminé.
- Détermination du profil du fond de coffre.
- Contrôle de portance du fond de coffre.

Somme forfaitaire : 11.000 €

Fiche de procédure P.6.5 : Mise en oeuvre de drains en PEHD et réalisation de la couche drainante.

Afin d*éviter tout risque lié à la présence éventuelle de particules calcaires, nous vous avons proposé un empierrement porphyre type ballast 25/50. Le respect des clauses du cahier des charges nous permet de vous proposer l*emploi de concassés de gré issu des carrières de Quartzite de Neutremont qui nous garantissent l*absence de calcaire dans leur concassé 25/50. (voir fiche technique en annexe).

L*économie réalisée en employant ce matériau est de 6,00 euros par m^3 placé soit 81.360 € pour le poste 11 (6 x 0.40 x 33 900).

Compte tenu de ce qui précède, le montant de notre offre, étudiée dans l*optique de l*attribution au moins disant et du respect strict des clauses du cahier spécial des

charges, peut être diminué de 92.360,00 € ce qui fixe le montant à 5.709.314,50 € pour l*offre de base et 3.651.167,50 € pour la variante.

De plus, étant donné le caractère impératif et crucial que revêt le délai dans l*exécution des travaux prévus, nous avons pris l*engagement de vous proposer un délai d*exécution plus court que celui exigé par le cahier spécial des charges : cela suppose de notre part l*obligation de prendre en charge les frais occasionnés par l*organisation du travail en plusieurs pauses ou en équipes renforcées, ce qui majore aussi le montant de notre offre par rapport à ce qu*il aurait été en respectant simplement le délai prescrit.".

9. En sa séance du 6 novembre 2003, le conseil d'administration de la SPAQuE décide d'attribuer le marché à la société anonyme GALERE.

Cette décision, qui constitue la décision attaquée, est rédigée de la manière suivante:

" Point 6. Mission A.1.2.2 - Travaux de génie civil - Attribution du marché de travaux : -S.A.E.D. «Les Houssus n° 6» à La Louvière : poursuite de la procédure.

L*Administrateur Directeur explique le dossier.
A l*issue de l*appel d*offres, seuls des prix inacceptables ont été remis.
En conséquence, le Conseil d*Administration a décidé, lors d*une précédente séance, de recourir à la procédure négociée et s*ensuit un large débat duquel il ressort :

Attendu que la Spaque a lancé un appel d*offres général en vue de la passation d*un marché de travaux ayant pour objet la réhabilitation du site dit «Les Houssus n° 6» localisé rue de Queniau à La Louvière (Haine Saint-Paul);

Que le montant estimé du marché s*élève à 3.378.496 €;

Que sept offres ont été remises; que l*offre de l*association momentanée Aertsen Terrassements et Aertsen Aannemingsbedrijf s*est trouvée irrecevable puisque l*attestation bancaire d*un des associés était manquante, que l*attestation originale de l*ONSS d*un des associés était en néerlandais et que la fiche d*évaluation «sécurité» était absente de la soumission alors que tous ces documents sont essentiels;

Que suite à l*analyse des offres recevables, il est apparu que, selon les critères d*attribution établis par le cahier des charges, l*offre régulière la plus intéressante en vue de la réalisation des travaux est la variante avec confinement latéral en talus émanant de l*association momentanée Ecoterres-Dredging pour un montant total de 4.462.316,35 € hors TVA (voy. la note au Conseil d*Administration Doc. C.A. 11/09/2003-7);

Que ce prix est inacceptable; qu*en effet, il dépasse de façon notable l*estimation;

Qu*il s*ensuit que seuls des prix inacceptables ont été proposés;

Que le Conseil d*Administration a décidé de renoncer à la procédure d*appel d*offres et d*entamer une procédure négociée sur base de l*article 17, §2, 1° (d) de la loi du 24 décembre 1993;

Que chaque soumissionnaire retenu a été ainsi invité à revoir son offre de prix, toutes autres choses restant égales;

Que suite à cette demande, les six soumissionnaires retenus ont tous remis de nouveaux prix;

Que le classement des prix des offres après négociation se présente comme suit:

Société	Offre de base ou Variante obligatoire	Montant total de la soumission (€ hors TVA)
Galère	Variante obligatoire (talus)	3.713.807,66
Wanty	Variante obligatoire (talus)	3.743.527,50
A.M. Ecoterres-Dredging	Variante obligatoire (talus)	3.853.136,10
Danheux et Maroye	Variante obligatoire (talus)	4.517.190,60
Socogetra	Variante obligatoire (talus)	4.543.296,20
Tramo	Variante obligatoire (talus)	4.678.118,43
Wanty	Offre de base (mur)	5.801.674,50
A.M. Ecoterres-Dredging	Offre de base (mur)	5.876.915,25
Galère	Offre de base (mur)	6.084.047,75
Danheux et Maroye	Offre de base (mur)	6.352.623,71
Socogetra	Offre de base (mur)	6.520.147,50
Tramo	Offre de base (mur)	6.748.644,05

Qu'il suit de l'analyse des offres que l'offre de la société Galère présente une valeur technique, une qualité du planning et un délai d'exécution tout à fait satisfaisants; que le prix de cette société pour la variante est, après négociation, le plus bas et ne peut être considéré comme anormal;

POUR CES MOTIFS,

LE CONSEIL D*ADMINISTRATION DECIDE D*ATTRIBUER LE MARCHE DE TRAVAUX AYANT POUR OBJET LA RÉHABILITATION DU SITE DIT «LES

HOUSSUS N° 6» LOCALISÉ RUE DE QUENIAU À LA LOUVIÈRE (HAINE-SAINT-PAUL A LA SOCIETE GALERE SELON LA VARIANTE OBLIGATOIRE, POUR UN MONTANT (APRES NEGOCIATION) DE 3.713.807,66 € (hors TVA).".

10. Le même jour, la partie adverse notifie la décision d'attribution à la société GALERE en ces termes :

" Après avoir examiné votre offre conformément aux dispositions de la législation sur les marchés publics et après application des critères de sélection tels que définis dans le cahier spécial des charges, nous avons le plaisir de vous faire savoir que le Conseil d'Administration de la SPAQuE a décidé, en sa séance du 6 novembre 2003, de vous attribuer le marché susnommé pour la variante obligatoire avec confinement latéral en talus (...).".

11. Le 7 novembre 2003, la partie adverse informe la requérante que "conformément aux dispositions de la législation sur les marchés publics et en fonction des critères définis dans le cahier spécial des charges", son offre n'a pas été retenue.

12. Le 12 novembre 2003, la requérante demande à la partie adverse de lui transmettre la motivation de son choix.

13. Le 26 novembre 2003, la partie adverse envoie à la requérante un courrier reproduisant l'extrait du procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 6 novembre 2003 contenant la décision attaquée;

Considérant, quant à la recevabilité du recours, que par un courrier du 7 novembre 2007, l'auditeur rapporteur a demandé au conseil de la requérante de lui communiquer (1) les statuts de la requérante, (2) la preuve de la publication des statuts dans le Moniteur belge, (3) les actes de nomination des administrateurs ainsi que (4) la preuve de leur publication dans le Moniteur belge et (5) la preuve du dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce compétent conformément aux articles 2, § 4, et 68 du code des sociétés; que le jour du dépôt du rapport, le 19 décembre 2007, ces pièces n'avaient pas été transmises à l'auditeur rapporteur; qu'elles l'ont été le 20 décembre 2007; qu'il ressort des pièces transmises que la décision d'introduire le présent recours a été prise par l'organe statutairement compétent et régulièrement composé; que le recours est irrecevable;

Considérant que la société requérante prend un moyen unique de "la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi

du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que de la violation du principe de bonne administration et du principe d*égalité entre les candidats au marché consultés dans le cadre de la procédure négociée et de l*absence de comparaison effective des mérites des offres"; qu'elle expose que dans le cadre d*une procédure négociée, l*administration ne dispose pas d*un pouvoir discrétionnaire absolu, particulièrement quand, comme c'est le cas en l'espèce, elle adresse un appel aux candidats et envisage une évaluation sur les plans économique, financier et technique, que dans ce cas, cette autorité limite elle-même son pouvoir largement discrétionnaire, qu'en tout état de cause, le recours à la procédure négociée, dès le moment où plusieurs candidats sont consultés, ne dispense pas le pouvoir adjudicateur du devoir d*observer les règles de "bonne administration", à savoir l*obligation de respecter le principe d*égalité, de procéder à une comparaison effective des offres et d*examiner de manière effective leurs mérites respectifs, en recourant, au besoin, à la collaboration d*experts; qu'elle prend plus particulièrement une première branche; qu'elle y soutient que "alors que, dans la notification de ce qu*elle n*avait pas retenu l*offre de la requérante, la partie adverse indiquait avoir attribué le marché «en fonction des critères définis dans le cahier spécial des charges», elle s*est en réalité limitée à comparer les prix, comme si elle agissait dans le cadre d*une adjudication", que c'est ce que laisse apparaître la motivation de la décision d*attribution du marché, qu'à l'égard des autres critères d*attribution définis par le cahier spécial des charges, à savoir la valeur technique du projet, la qualité du planning et le délai d*exécution, la partie adverse se borne à indiquer, dans la motivation de la décision attaquée, "que l*offre de la société GALERE présente une valeur technique, une qualité du planning et un délai d*exécution tout à fait satisfaisants", que la motivation de la partie adverse s'apparente, sur ce point, à une clause de style; que la requérante précise encore que, dès lors que le cahier des charges définit quatre critères d*attribution et que celui du coût du marché ne représente que 50 % des points, l*évaluation des autres critères était particulièrement indiquée puisqu*en privilégiant la valeur technique de l*offre, la qualité du planning et le délai d*exécution qui représentaient, ces trois critères réunis, également 50 % des points, la requérante a pu présenter, certes, une offre de prix supérieure à celle qu*elle pouvait présenter en réduisant l*importance portée à ces critères, mais une offre d*une qualité technique supérieure à celle du candidat retenu;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse objecte, quant à la première branche, que celle-ci n'est pas recevable, qu'"à l*examen de son recours en annulation (...), il apparaît clairement que ce qu*entend contester la requérante ce n*est pas la décision de la SPAQuE du 6 novembre 2003 d*attribuer le marché litigieux mais sa décision du 11 septembre 2003 de renoncer à la procédure

d*appel d*offres et d*engager une procédure négociée sans publicité", que "la requérante blâme la SPAQuE de n*avoir pas continué à appliquer, nonobstant le changement de procédure, les règles et contraintes de l*appel d*offres auquel elle venait pourtant de renoncer", qu' "elle cherche donc en réalité à remettre en cause (...) le principe même du recours au gré à gré arrêté dans la décision du Conseil d*administration de la SPAQuE du 11 septembre 2003 et précisé dans ses courriers des 23 septembre et 3 octobre 2003", que cette décision n*a pas été attaquée dans le délai légal et est, dès lors, devenue définitive, et qu' "en toute hypothèse, ayant été sélectionnée pour participer à la nouvelle procédure négociée et ayant accepté sans réserve d*y concourir aux conditions fixées, la requérante est sans intérêt à invoquer, à l*appui de son recours contre la décision finale d*attribution, un moyen qui découle directement de la légalité de la décision opérant le changement de procédure"; qu'elle fait valoir, quant au fond, que sa décision du 11 septembre 2003 "clôturait définitivement l*appel d*offres et [la] libérait de toutes les contraintes liées à cette procédure (not. les critères d'attribution du CSC et le système de pondération y afférents", que "l*attitude adoptée par l*entité adjudicatrice au cours de la nouvelle procédure d*attribution du marché et sa conformité aux principes de bonne administration et d*égalité des soumissionnaires ne peut donc être évaluée que par rapport aux principes qui régissaient cette nouvelle procédure", que "ceux-ci étaient au nombre de deux : objet des négociations limité exclusivement au prix des offres telles qu*elles avaient été déposées dans le cadre de la première procédure d*attribution (...); attribution du marché en fonction du critère du prix le moins disant (...) et de la qualité technique des services proposés" et qu'en application de ces principes, elle "disposait donc d*une liberté considérable notamment en ce qui concerne la détermination de l*objet des négociations [et] la fixation des critères en fonction desquels elle entendait désormais examiner les offres et attribuer le marché"; qu'elle ajoute que l*article 17, § 2, 1°, littera d, de la loi du 24 décembre 1993 prévoit que tous les soumissionnaires ayant satisfait aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique et ayant déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure soient consultés, ce qui a été le cas en l*espèce, les négociations sur le prix s*étant déroulées avec tous les participants initialement sélectionnés, que "la liberté considérable dont disposait la SPAQuE dans le cadre de la nouvelle procédure d*attribution du marché n*a par ailleurs pas été utilisée de manière arbitraire", que "les négociations engagées dans le cadre de la nouvelle procédure d*attribution avaient pour seul objet d*obtenir une réduction du prix des offres déposées lors de l*appel d*offres", que "le marché devait être attribué sur la base du prix le moins disant obtenu après le déroulement des négociations précitées et sur la base de la valeur technique des services tels que présentés dans les offres soumises à l'occasion de la procédure d'attribution initiale", que "sur le plan du prix,

l’acte attaqué et le rapport d’analyse des offres reprennent les meilleures propositions de prix formulées par les différents soumissionnaires et constatent que la société GALERE a remis le meilleur prix pour la variante obligatoire", que "sur le plan de la qualité technique des services, l’acte attaqué précise que «l’offre de la société Galère présente une valeur technique (...) tout à fait satisfaisante»", ce qui est confirmé par le rapport d’analyse des offres, de sorte que contrairement à ce que soutient la requérante, "les offres ont bien été examinées, confrontées les unes aux autres et jugées sur leurs mérites", que, "même en prenant les résultats de la cotation «qualité technique» opérée dans l*appel d*offres, (ce que la SPAQuE n*avait pas l*obligation de faire), [elle] aurait pu valablement considérer que l*offre de GALERE était celle qui rencontrait le mieux ses exigences", que la proposition de WANTY avait en effet reçu, sur le plan de la qualité technique, 2,60 points de plus que la proposition de GALERE, soit une différence de cotation insignifiante alors que sur le plan du prix, l*offre de GALERE, déposée dans le cadre du gré à gré, était plus basse que celle de WANTY; qu’elle fait enfin valoir que "la motivation formelle de l*acte attaqué répond en tous points aux exigences posées par le Conseil d*Etat" et que "les raisons du choix opéré par la SPAQuE sont bien mentionnées et sont expressément confirmées par le dossier administratif";

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute que l’obligation de motivation formelle a un caractère particulier et est atténuée en matière de procédure négociée du fait que la décision résulte d’une comparaison des offres mais aussi de discussions ultérieures avec une des entreprises consultées, qu’il y a également lieu de se référer au rapport d’analyse des offres, qu’il en ressort que les autres critères ont également été pris en considération et que l’acte attaqué se réfère explicitement à ce rapport;

Considérant, en ce qui concerne la recevabilité de la première branche, que contrairement à ce que soutient la partie adverse, la requérante ne conteste pas la décision prise le 11 septembre 2003 de renoncer à la procédure d’appel d’offres général et de recourir à une procédure négociée pour l’attribution du marché public litigieux, mais critique le fait que la partie adverse n’aurait pas respecté toutes les conditions d’attribution du marché qu’elle se serait imposées dans le cadre de la procédure négociée en n’ayant eu égard qu’à une seule d’entre elles, à savoir le prix; qu’il s’ensuit que la première branche est recevable;

Considérant, quant au fond de la branche, que le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation

à appliquer à un marché; qu'il n'en va pas de même de la procédure négociée sans publicité à laquelle il ne peut être recouru que dans les cas limitativement énumérés à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993; qu'en raison du fait que cette procédure déroge aux principes de concurrence et de publicité, les hypothèses autorisant à y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, celles-ci ne pouvant être étendues, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement;

Considérant que l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 précitée était, au moment de l'adoption de la décision du 6 novembre 2003, rédigé comme suit :

" Art. 17. § 2. Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:
(...)
d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:
- les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que;
- le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;";

Considérant que cette disposition subordonne le recours à la procédure négociée sans publicité dans les hypothèses qu'elle vise, à savoir des offres irrégulières ou des prix inacceptables, à deux conditions dont l'une a trait aux conditions du marché; qu'alors que la procédure négociée permet en principe au pouvoir adjudicateur d'arrêter librement les documents du marché, l'article 17, § 2, 1°, d), précité déroge à ce principe en imposant de ne pas modifier "substantiellement" les conditions initiales du marché; que cette disposition doit être interprétée au regard des objectifs qu'elle poursuit, à savoir maintenir un certain degré de concurrence tout en préservant les intérêts des soumissionnaires qui ont participé à la première procédure de marché; qu'il s'ensuit qu'en l'espèce, la partie adverse devait maintenir, dans le cadre de la procédure négociée, la substance des conditions du marché qu'elle avait prescrites initialement pour l'appel d'offres, dont font partie les critères d'attribution, et qu'il lui appartenait, après les avoir maintenues, de les respecter lors de l'attribution du marché;

Considérant que le 23 septembre 2003, lorsque la partie adverse informe la requérante de la décision qu'elle a prise le 11 septembre 2003 de recourir à la procédure négociée, elle sollicite de sa part une "meilleure offre de prix", indiquant par là qu'elle entend négocier les prix qui avaient été présentés par les soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, mais précise de suite que cette demande se fait "toutes autres choses restant égales et conformes aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes) et à votre offre remise le 18/08/2003"; que le 30 septembre 2003, lors du second tour de négociation quant au prix, la partie adverse a confirmé dans les mêmes termes le maintien, dans le cadre de la procédure négociée, des conditions initiales du marché, dont les critères d'attribution;

Considérant qu'il découle du prescrit de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 et des deux invitations à négocier de la partie adverse que cette dernière a maintenu et devait maintenir les critères d'attribution qu'elle avait initialement fixés dans le cahier spécial des charges relatif à la procédure d'appel d'offres; que pour rappel, ces critères d'attribution étaient au nombre de quatre et avaient trait au coût d'exécution du chantier (50 points), à la valeur technique de l'offre (35 points), à la qualité du planning (10 points) et au délai d'exécution (5 points);

Considérant, d'une part, que le 3 octobre 2003, la partie adverse a indiqué, juste avant le dépôt d'une nouvelle offre de prix dans le cadre du second tour de négociation, que celle-ci "sera appréciée eu égard au critère de prix le moins-disant, tenant compte de la qualité technique des services tels que proposés dans votre offre déposée lors de la séance du 18/08/2003"; que ce faisant, la partie adverse a décidé de ne plus tenir compte des 3ème et 4ème critères d'attribution et a donc méconnu tant le prescrit de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 que les règles qu'elle s'était fixées lors du lancement de la procédure négociée;

Considérant, d'autre part, que la partie adverse n'a communiqué le 26 novembre 2003 à la société requérante que l'extrait du procès-verbal de la séance du 6 novembre 2003 de son conseil d'administration relatant la décision attaquée sans produire le rapport d'analyse des offres; qu'en ce qui concerne la motivation formelle de la décision attaquée, il y a dès lors lieu de s'en tenir à ce seul document; qu'il ne ressort pas de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse a attribué le marché en comparant les offres au regard de l'ensemble des critères d'attribution; qu'en effet, après avoir exposé et comparé les prix proposés par les soumissionnaires à l'issue de la négociation, la partie adverse s'est contentée d'indiquer :

" Qu'il suit de l'analyse des offres que l'offre de la société Galère présente une valeur technique, une qualité du planning et un délai d'exécution tout à fait satisfaisants; que le prix de cette société pour la variante est, après négociation, le plus bas et ne peut être considéré comme anormal;";

qu'une telle motivation ne suffit pas à comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la société GALERE a été jugée "satisfaisante" au regard de trois des quatre critères d'attribution ni en quoi elle se situe pour ces trois critères par rapport aux autres offres; qu'elle s'apparente à une clause de style; qu'en outre, elle ne fait pas apparaître que l'ensemble des offres ont été évaluées et comparées au regard de ces trois critères;

Considérant que la première branche est fondée,

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision du 6 novembre 2003 du conseil d'administration de la SPAQuE attribuant à la société anonyme GALERE le marché public de travaux relatif à la réhabilitation du site "Les Houssus nº 6" à La Louvière.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-trois avril deux mille huit par :

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

Le Greffier, Le Président,

K. LAUVAU. M.-L. WILLOT-THOMAS.