

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 200.246 du 29 janvier 2010

G./A.187.200/VI-17.705

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
GHYSSELS ET VERBEKEN,**

ayant élu domicile chez
Me Marc NIHOUL, avocat,
rue du Mail, n°s 13-15,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale Bruxelloise de Distribution
d'Eau, en abrégé I.B.D.E.,**

ayant élu domicile chez
Mes Dominique LAGASSE
Emmanuel VAN NUFFEL, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 février 2008 par la société privée à responsabilité limitée GHYSSELS ET VERBEKEN qui demande l'annulation de :

- " - la décision, de date et d'auteur inconnus, notifiée à la requérante par courrier du 21 décembre 2007, par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas lui attribuer le marché relatif à la conclusion d'un accord-cadre de services pour diverses prestations juridiques visées dans l'invitation à remettre offre du 27 novembre 2007;
- la décision, de date et d'auteur inconnus, par laquelle la partie adverse a décidé d'attribuer ce marché «aux 3 cabinets ayant proposé les offres conformes les moins-disantes»";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'ordonnance du 15 décembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 janvier 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Renaud VAN MELSEN, loco Me Marc NIHOUL, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DELVAX, 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 de la requête sont les suivants :

1. Le 27 novembre 2007, le chef du service dirigeant de la partie adverse a adressé à plusieurs avocats, dont Maître Luc VERBEKEN, avocat associé de la requérante, un courrier l'invitant, dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, à remettre une offre relative à un accord-cadre de services portant sur leur intervention dans des procédures 1. d'interruption de la fourniture d'eau, 2. de recouvrement et 3. autres.

Ce courrier contenait notamment le passage suivant :

" **Clauses administratives**

1. Durée de l'accord-cadre

L'accord-cadre sera conclu pour une durée d'un an prenant cours le 01/01/2008, renouvelable par tacite reconduction pour une nouvelle période d'un an sauf préavis adressé par recommandé 3 mois au plus tard avant l'échéance annuelle.

2. Sélection qualitative

Le soumissionnaire joindra à son offre une déclaration sur l'honneur mentionnant qu'il ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion prévues par la réglementation des marchés publics.

3. Honoraires

Les honoraires seront facturés suivant les articles 3 et 4 des conventions (Dossiers Fermetures et Recouvrements) ci-annexées, pour les prestations décrites aux points 1 et 2; les honoraires relatifs aux prestations au point 3 seront facturés par prestation

4. Autres conditions administratives

Le Cahier Général des charges sera applicable à l'ensemble des prestations accomplies sur base de l'accord-cadre, sauf dérogations à proposer par le soumissionnaire et à accepter par l'IBDE.

Teneur de l'offre

Les prestations relatives aux procédures 1 et 2 sont rémunérées suivant les conventions d'abonnement (dossier fermetures et recouvrement) dont copie ci-annexée.

Il est demandé de marquer son accord sur les honoraires tels qu'ils sont définis dans les conventions en question.

En ce qui concerne «les autres procédures 3» le soumissionnaire fournira obligatoirement ses conditions financières en vu du présent accord-cadre. A cet effet il lui est demandé de nous retourner le formulaire de soumission annexé à la présente demande d'offres.

Il joindra également à son offre :

- une liste de références permettant d'apprécier sa capacité à exécuter le type de contentieux repris dans l'accord-cadre;
- Le curriculum vitae des membres de son cabinet susceptibles d'être proposés en vue de l'exécution du présent accord-cadre; ceux-ci devront impérativement être bilingues (FR-NL).

Remise des offres

Les offres doivent être adressées sous pli scellé et au plus tard le 11 décembre 2007 à 12h00, à l'adresse suivante [...].

2. Le 11 décembre 2007, cinq offres ont été remises : celle de la requérante, celle de la société VANDEN EYNDE LEGAL, celle de Maître Geneviève BELVA, celle de Maître Paul FORIERS et celle de Maître Alain BOYAERT.

3. Le 12 décembre 2007, les services généraux, département achats et fournitures, de la partie adverse ont établi un tableau récapitulatif des offres suivant :

Prix unitaire Eenhedsprijs	A. Boyaert	P. Foriers	G. Belva	L. Verbeken	J.VD Eynde
Adhésion conventions	OK	OK	OK	OK	OK
ouverture de dossier	€ 40,00	€ 35,00	€ 25,00	€ 50,00	forfait
correspondances	€ 9,00/page	€ 3,00/page	€ 8,00/page	€ 9,00/page	de
conventions/citations...	€ 9,00/page	€ 4/page	€10,00/page	€ 9,00/page	€ 0,10
frais divers	€ 0,25/page	€0,5/page	inclus	€ 9,00/page	pour tous les

frais de déplacement	€ 0,45/km	€ 0,5 /km	€ 0,4/km - ext Bxl	€ 0,30/km	frais
taux horaire	€ 95/h	€ 90/h	€ 90/h -indi- catif	€ 125/h	€ 185/h
références	pas réf. clients	réf. gén.éra- les	pas réf. clients	réf. gén.é- rales	OK
C-V membres cabinet	néant	OK/ 2c-v	OK - 1 c-v	3 noms sans c-v	OK/ 8c-v
Total Totaal					
Délai Termijn					
Conditions de livraison Leveringsvoorwaarden					

Soumission proposée - Voorgestelde inschrijving

A. Boyaert, P. Foriers et G. Belva

Justification du choix du fournisseur - Rechtvaardiging van de keuze van de leverancier

offres moins-disantes conformes

4. Le 13 décembre 2007, le Bureau du conseil d'administration de la partie adverse a adopté la décision suivante :

" 2. Recouvrement des factures - choix des avocats.

Monsieur Marcel LEEMANS explique aux Membres que sur les 6 avocats consultés dans le cadre d'une demande d'offre en vue de la conclusion d'un accord-cadre de services pour les procédures d'interruption de la fourniture d'eau et de recouvrement, 5 avocats ont répondu.

Sur base du rapport établi par le Service Achats et Fournitures, les Membres marquent leur accord sur la désignation des avocats suivants :

Me Geneviève BELVA, Avenue A. Marschal Coningham 1 à 1000 Bruxelles
Me Alain BOYAERT, Rue Simonis 148 à 1050 Bruxelles
Me Paul FORIERS, Chaussée de La Hulpe 150, 1170 Bruxelles".

Il s'agit de l'acte attaqué.

5. Le 21 décembre 2007, le chef du service dirigeant de la partie adverse a informé Maître Luc VERBEKEN qu'il n'avait pas été réservé de suite à son offre, qu'il pouvait demander la communication des motifs de la décision de la partie adverse et qu'un recours pouvait être introduit au Conseil d'Etat.

6. Le 27 décembre 2007, Maître Luc VERBEKEN, agissant au nom de la requérante, a demandé la communication des motifs de la décision de la partie adverse.

7. Le 7 janvier 2008, le chef du service dirigeant de la partie adverse a informé Maître Luc VERBEKEN "que le marché susmentionné a été attribué aux 3 cabinets ayant proposé les offres conformes les moins-disantes";

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le recours est irrecevable en son premier objet, aucun candidat ou soumissionnaire ne disposant du droit à être désigné en qualité d'adjudicataire d'un marché public;

Considérant que la requérante réplique qu'il s'imposait, afin d'éviter que son recours soit déclaré irrecevable, qu'elle attaquât, outre la décision attribuant le marché, la décision rejetant son offre et que la partie adverse ne contestât pas, pour le reste, la recevabilité de son recours;

Considérant que si la requérante a intérêt à obtenir l'annulation de la décision attribuant le marché à trois autres soumissionnaires, il n'en est pas de même de l'annulation de la décision refusant de lui attribuer le marché; qu'en procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 1^{er}, ou de l'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il revient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre de son choix, et le Conseil d'Etat ne peut, à peine de substituer son appréciation à celle de la partie adverse et de lui imposer son propre choix de l'offre, annuler la décision implicite refusant d'attribuer le marché au soumissionnaire requérant; que la requête n'est pas recevable en son premier objet;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante prend un troisième moyen, nouveau, de la violation des articles 6 et 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, précitée; qu'elle affirme que le dossier administratif ne comporte aucune décision de recourir à la procédure négociée sans publicité pour l'attribution du marché en cause, que, même dans le secteur de l'eau, une telle décision était requise en raison du caractère dérogatoire de la procédure négociée sans publicité, que ce moyen touche à l'ordre public, qu'il peut dès lors être soulevé à tous les stades de la procédure, qu'il n'a pu être décelé qu'à l'examen du dossier administratif et qu'il peut donc valablement être invoqué dans le mémoire en réplique;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir que, dans les secteurs spéciaux, s'agissant des marchés à passer dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, la procédure négociée avec publicité est de droit commun, comme le sont l'adjudication et l'appel d'offres, que "le recours à cette procédure n'est encadré par aucune des conditions prescrites pour les marchés publics «classiques» par l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 (voir article 39, § 1^{er})", qu'il en est ainsi parce que dans ces secteurs spéciaux, les pouvoirs adjudicateurs sont des entreprises à vocation économique, qui doivent pouvoir traiter de manière suivie avec leurs fournisseurs, que la question du choix de la procédure a été discutée au sein de l'Intercommunale bruxelloise de distribution d'eau (I.B.D.E), et que, dans la mesure où le marché était d'un montant estimé inférieur à 135.000 euros, il a pu être attribué sans publicité, comme le prévoit l'article 39, § 2, 1^o, a), de la loi du 24 décembre 1993; qu'elle joint la copie des échanges de courriers électroniques évoquant cette question, qu'elle affirme que "l'absence de décision formelle par laquelle le pouvoir adjudicateur dit «je décide» est indifférente en l'espèce" pour que le contrôle de la légalité de la décision de recourir à la procédure négociée sans publicité soit possible, qu'elle a constaté que le marché n'atteignait pas le seuil de déclenchement de la publicité de la mise en concurrence et a donc invité plusieurs cabinets d'avocats à lui remettre offre; qu'elle affirme encore que la souplesse de fonctionnement des pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs spéciaux a été voulue par les législateurs européen et belge, qu'elle serait contrariée par l'exigence d'une décision formelle et expresse de commander ou de lancer une procédure d'attribution d'un marché public que ne requiert ni la loi du 24 décembre 1993 ni ses arrêtés d'exécution;

Considérant que, s'agissant d'une procédure devant mener à la passation d'un marché public, fût-ce dans l'un des secteurs spéciaux tel que celui de l'eau, le recours à la procédure négociée sans publicité demeure exceptionnel, en ce qu'il n'est autorisé que dans des cas limitativement énumérés à l'article 39, § 2, de la loi du 24

décembre 1993, précitée; que cette procédure déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi, lequel est d'ordre public; qu'il s'ensuit que le moyen, bien que soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique, est recevable;

Considérant qu'interrogés par l'auditeur-rapporteur sur l'existence d'une décision de recourir à la procédure négociée dans la présente espèce, les conseils de la partie adverse ont répondu "qu'il n'y a pas d'acte écrit par lequel [cette dernière] aurait expressément décidé de passer le marché par procédure négociée sans publicité, une telle décision ressortant implicitement de l'invitation à déposer une offre qui a été adressée à plusieurs entreprises";

Considérant que de la copie d'un courrier électronique joint par la partie adverse à son dernier mémoire, il ressort que, le 22 novembre 2007, son directeur général, répondant à une question du sous-directeur adjoint au secrétaire général, qui l'interrogeait sur le point de savoir si un avis de marché ne devait pas être publié "en théorie obligatoire si le montant annuel d'honoraires est estimé supérieur à 135.000 euros", a affirmé que "le montant d'honoraires ne dépasse pas le montant de 135.000 euros";

Considérant que, selon l'article 108, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, en application, de l'article 39, § 2, 1^{er}, a, de la loi, il peut être traité par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, 135.000 euros; que l'affirmation du directeur général n'est pas motivée; que les contrats d'abonnement, distincts pour les dossiers fermetures et les dossiers recouvrements, sont conclus pour un an (article 1^{er}), que les parties conviennent de fixer les honoraires du conseil à une somme forfaitaire minimale de 5.387,01 euros par an (article 3, a. du contrat-dossiers fermetures), étant précisé qu'à partir du 52^{ème} dossier fermeture et jusqu'au 80^{ème}, les honoraires sont fixés à la somme forfaitaire de 104,70 euros par dossier, que, dans la mesure où le nombre de dossiers excéderait le chiffre de 80 par an, les honoraires seraient fixés à la somme de 89,78 euros par dossier, que, en ce qui concerne les dossiers de recouvrements, les parties conviennent (article 3, a. du contrat-dossiers recouvrements) de fixer les honoraires du conseil à une somme forfaitaire minimale de 5.327,85 euros par an et, dans la mesure où le nombre de dossiers de recouvrements excéderait le chiffre de 36 par an, les honoraires seraient fixés à 132,54 euros par dossier porté devant le juge de paix et à

190,84 euros par dossier porté devant le tribunal de première instance ou le tribunal de commerce et qu'en cas de récupération par le conseil, les honoraires seraient calculés par tranches sur l'intégralité des montants recouvrés conformément à l'échelle suivante : de 0 à 7.500 euros : 12 %; de 7.501 à 60.000 euros : 9 %; de 60.001 à 140.000 : 6 %; et au delà de 140.000 euros : 4%; que ces seuls éléments ne permettent pas de vérifier que le montant estimé du marché était inférieur à 135.000 euros; que, dans ces conditions, le moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 13 décembre 2007 par l'Intercommunale bruxelloise de distribution d'eau (I.B.D.E.) décidant de conclure un accord cadre de services pour les procédures d'interruption de la fourniture d'eau et de recouvrement en désignant Maître Geneviève BELVA, Maître Alain BOYAERT et Maître Paul FORIERS.

Article 2.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 3.

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 VI^e chambre, le vingt-neuf janvier deux mille dix par :

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
DETROUX,
M^{me} LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

O. DAURMONT.