

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 202.018 du 17 mars 2010

G./A.160.014/VI-16.852

En cause : **1. la société anonyme BETONAC,**
 2. la société anonyme C.F.E. (BAGECI),
 3. la société anonyme SOCIETE DE TRAVAUX
 GALERE,
 4. la société anonyme SOCOGETRA,
 ayant formé une société momentanée
 SOCIETE AUTOROUTIERE DES ARDENNES BELGES,

ayant élu domicile chez
Me André DELVAUX, avocat,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 15 février 2005 par la société anonyme BETONAC, la société anonyme C.F.E. (BAGECI), la société anonyme SOCIETE DE TRAVAUX GALERE et la société anonyme SOCOGETRA, ayant formé une société momentanée SOCIETE AUTOROUTIERE DES ARDENNES BELGES, qui demandent l'annulation de :

- la décision prise par la partie adverse, le 20 février 2001, "de ne pas donner suite à l'appel d'offres du 18 novembre 1999 et de passer le marché par procédure négociée";
- la décision prise par la partie adverse, le 13 mars 2003, "de ne pas donner suite au marché de promotion des travaux de réhabilitation et de maintenance des autoroutes E411-E25 (province de Luxembourg) régi par le cahier spécial des charges n° 132-99-A39 ayant fait l'objet d'une procédure négociée";

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 5 février 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 10 mars 2010;

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

Entendu, en leurs observations, Me Véronique BERTRAND, loco Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Olivier DI GIACOMO, loco Mes France MAUSSON et Patrick GOFFAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier 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 cause sont les suivants :

1. Le 9 juillet 1999, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de promotion de travaux de réhabilitation des autoroutes E411 et E25.

2. L'ouverture des offres a lieu le 18 novembre 1999. Quatre soumissions sont déposées dont l'une par la société autoroutière des Ardennes belges, société anonyme en cours de formation par les parties requérantes.

3. Le rapport d'analyse des offres conclut à l'irrégularité des quatre soumissions.

4. Le 20 février 2001, la partie adverse décide de ne pas donner suite à la procédure de passation par appel d'offres général "par application de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996", toutes les offres déposées étant jugées irrégulières, et de passer le même marché public "par procédure négociée après consultation des quatre soumissionnaires dans le respect des conditions initiales du marché".

Il s'agit du premier acte attaqué, lequel est notifié aux parties requérantes par lettre recommandée du 21 février 2001 avec les mentions des voies de recours au Conseil d'Etat.

5. Le 5 avril 2001, la partie adverse invite les quatre soumissionnaires à remettre une offre pour le 6 juin 2001.

Ceux-ci présentent de nouvelles offres et entament des négociations avec le pouvoir adjudicateur.

6. Le 7 février 2002, la partie adverse demande aux quatre soumissionnaires de présenter une nouvelle offre pour le 20 février 2002.

7. Le 20 mars 2002, la partie adverse sollicite une dernière et meilleure offre de la part de la société constituée par les parties requérantes.

8. Le 5 juin 2002, la partie adverse établit un rapport d'analyse des offres qui comporte les conclusions suivantes :

" CHAPITRE 5 - Conclusions

Que l'on base la cotation du critère 1 sur le rapport technique remis par SCETAU-ROUTE ou par le CRR, on constate, à la lecture des tableaux comparatifs repris en annexes 2 et 3, que les offres remises par SCREG pour, respectivement les lots 1 et 2, sont les mieux classées.

Il faut souligner qu'elles présentent en outre le coût global le plus faible en raison d'un choix de solutions adaptées aux différents états de dégradation de la chaussée, mais aussi de taux relativement faibles de financement : elles correspondent bien à l'esprit du marché de promotion.

Enfin, ces solutions comportent la pose généralisée d'un revêtement bitumineux, à l'instar de ce qui est pratiqué depuis quelques années dans les provinces et pays limitrophes, ce qui présage d'une réduction de pollution acoustique pour les riverains ainsi que de conditions de circulation plus confortables pour les usagers.

Je propose donc de retenir les offres remises par l'association momentanée SCREG Belgium - WEGEBO - JMV pour les lots 1 et 2."

9. Le 13 mars 2003, le gouvernement wallon adopte la seconde décision attaquée, laquelle est rédigée comme suit :

" POINT B16 : Travaux de réhabilitation et maintenance des autoroutes E411 et E25. (GW VII/2003/13.03/Doc. 5074/M.D.)

DECISION :

1. Le Gouvernement décide de ne pas donner suite à l'appel d'offres prolongé d'une procédure négociée, initié par le Gouvernement précédent en mars 1999, en raison de l'écart important (+ 175 %) entre les montants des offres obtenues et ceux estimés lors de la décision d'initier le présent marché voici plus de trois ans.

2. Il approuve le projet de convention de commissionnement entre la Région et la SOFICO, relative à l'exécution des travaux de réhabilitation des autoroutes E411 et E25 dans la province de Luxembourg.

3. Le Gouvernement approuve le calendrier de réalisation des travaux présenté dans la note déposée par le Ministre des Travaux publics.

4. Il approuve le fait que chaque phase des travaux soit réalisée en plusieurs lots, attribués par adjudications publiques.

5. Le Gouvernement adoptera, lors du feuillet 2003, une disposition décrétable autorisant le financement via le commissionnement tel qu'envisagé.

6. Il charge le Ministre des Travaux publics de l'exécution de la présente décision."

10. Le 11 avril 2003, la partie adverse adresse le courrier suivant à la société constituée par les parties requérantes :

" J'ai l'honneur de vous faire savoir que le Gouvernement Wallon a décidé de ne pas donner suite à la procédure négociée relative à l'objet sous rubrique, procédure initiée par la décision vous communiquée le 21/02/01 de ne pas donner suite à l'appel d'offres général du 18/11/1999, et de réaliser les travaux de réhabilitation et maintenance des autoroutes E411 et E25 en plusieurs lots attribués par adjudication publique.

Le lancement de la nouvelle procédure aura lieu, en principe, au début mai 2003 et la première adjudication au tout début juillet."

11. Le 20 mai 2003, le pouvoir adjudicateur communique la lettre qui suit à la société constituée par les parties requérantes :

" Votre courrier du 06 mai dernier m'est bien parvenu et a retenu ma meilleure attention.

Je souhaite vous informer que le Gouvernement wallon a décidé, en date du 13 mars 2003, de ne pas donner suite à l'appel d'offres prolongé par une procédure négociée, initié par le Gouvernement wallon en 1999, en raison de l'écart important (+ 175 %) entre les montants des offres obtenues et ceux estimés lors de la décision de lancer le présent marché voici plus de trois ans."

12. A la suite du contrat de commissionnement conclu entre la partie adverse et la SOFICO, cette dernière a procédé à l'attribution des lots relatifs aux travaux de réhabilitation des autoroutes E411 et E25.

Plusieurs de ces lots ont été attribués à certaines des parties requérantes :

- le 28 août 2003, quatre lots relatifs à la pose d'un SMA sur l'E25 ont été accordés à la S.M. SA SOCOGETRA-LES ENROBES DU GERNY;
- à la même date, la SOFICO a attribué à la S.A. SOCOGETRA un marché relatif au colmatage de l'enrobé drainant de deux lots sur l'E411;
- le 30 janvier 2004, la SOFICO a accordé deux autres lots à la S.M. SOCOGETRA-GALERE;
- le 7 janvier 2005, la SOFICO a attribué trois lots à la S.A. BETONAC;
- le 13 janvier 2006, la SOFICO a attribué deux lots à la S.A. BETONAC.

Les autres lots ont été accordés à d'autres sociétés que les parties requérantes :

- le 28 août 2003, la S.A. JMV a obtenu un marché relatif à la pose d'un SMA pour trois lots relatifs à l'E411;
- le 30 janvier 2004, la SOFICO a attribué deux lots à la S.A. ASWEBO;
- le 7 janvier 2005, un lot a été conféré à la S.M. JMV-WEGEBO;
- le 13 janvier 2006, la SOFICO a attribué deux lots à la S.A. ASWEBO;

Considérant, quant à l'objet du recours, que les parties requérantes indiquent, dans le mémoire en réplique, que "suite au dépôt du dossier administratif, la SAAB abandonne son premier moyen de sorte que le recours en annulation n'est à présent seulement dirigé que contre la seconde décision"; que rien ne s'oppose au désistement des parties requérantes à leur recours en ce qui concerne son premier objet;

Considérant, quant à l'intérêt des sociétés requérantes, que celles-ci soutiennent, dans leur requête, qu'elles justifient de l'intérêt au recours en annulation dès lors qu'elles sont les sociétés qui se sont présentées comme fondateur de la société anonyme en formation "Société autoroutière des Ardennes belges", société anonyme qui aurait été constituée si le marché avait été attribué, ce qui n'a pu être le cas;

Considérant que, dans le mémoire en réponse, la partie adverse soutient que les parties requérantes n'ont aucun intérêt au recours, que les travaux de réhabilitation des autoroutes E411 et E25, auxquels se rapportent les deux actes attaqués, ont finalement fait l'objet d'autres procédures de passation de marchés publics lancées par la SOFICO, que les parties requérantes n'ont introduit aucun recours contre ces décisions d'attribution, que dès lors, quand bien même elles obtiendraient l'annulation des deux décisions d'abandon de procédure de passation ici attaquées, encore n'en tireraient-elles aucun avantage, qu'elles ne pourraient de toute façon plus se voir

attribuer des travaux qui, par hypothèse, ne peuvent plus faire l'objet d'une nouvelle procédure d'adjudication, que, plus fondamentalement, certains de ces marchés ont été attribués aux entreprises BETONAC, SOCOGETRA et SOCIETE DE TRAVAUX GALERE qui figurent pourtant ici parmi les parties requérantes, de telle sorte qu'on peut même sérieusement douter de la légitimité de leur intérêt à soutenir le présent recours; que la partie adverse ajoute qu'après analyse des offres, ses services administratifs n'avaient pas proposé de retenir l'offre des parties requérantes mais celle remise par la société momentanée SCREG Belgium-WEGEBO-JMV, de telle sorte qu'à supposer même que la procédure négociée eût abouti, il n'est nullement établi que les parties requérantes auraient obtenu le marché, leur recours étant irrecevable à défaut d'intérêt suffisamment certain;

Considérant que dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes font valoir que tout d'abord, il n'a jamais été exigé, en matière de marchés publics, que les requérants soient encore en mesure d'obtenir le marché concerné pour que leur recours en annulation soit recevable, qu'il n'a jamais non plus été exigé qu'ils démontrent qu'ils pourront obtenir une réparation par équivalent devant les juridictions civiles, que s'il est vrai que les sociétés BETONAC, SOCOGETRA et SOCIETE DE TRAVAUX GALERE ont obtenu, seules ou en société momentanée, plusieurs lots, ces lots ne représentent qu'une partie du marché en cause et doivent être exécutés dans des conditions différentes par rapport à ce marché, qu'il aurait été plus avantageux pour les parties requérantes, et en particulier pour la société C.F.E. qui n'a obtenu aucun lot, que la procédure négociée aboutisse, que c'est par une inexacte appréciation des offres par rapport aux critères d'attribution que le rapport d'analyse des offres proposait de retenir l'offre de SCREG et ne reconnaissait pas à l'offre des parties requérantes le caractère d'offre régulière la plus intéressante de sorte que la contestation de l'intérêt au recours sur la base d'une appréciation inexacte du mérite respectif des offres doit être rejetée;

Considérant qu'interrogé le 26 mai 2009 par l'auditeur-rapporteur, le conseil des parties requérantes a répondu, le 7 juillet 2009, que celles-ci conservaient un intérêt au recours en annulation, lequel est justifié (1) par le fait qu'un arrêt du Conseil d'Etat annulant les décisions attaquées faciliterait l'action en indemnisation du préjudice causé par ces actes que les parties requérantes ont engagée auprès du tribunal de première instance de Namur et (2) par le caractère plus avantageux de l'obtention de tout le marché litigieux plutôt que de certains lots attribués postérieurement par la SOFICO;

Considérant que dans leur dernier mémoire, les parties requérantes soutiennent ce qui suit :

" 2. [...] A supposer que pareil recours ait été introduit, la situation au moment du dépôt du rapport de l'Auditorat reçu au greffe le 7 décembre 2009 aurait été identique à celle qui est :

- non seulement la SOFICO a attribué tous les lots des phases 1 et 2 des travaux de réhabilitation des autoroutes E411 - E25 mais les travaux ont été entièrement exécutés;
- de sorte qu'en toute hypothèse, les requérantes n'auraient plus disposé d'une quelconque chance d'obtenir le marché public en cause.

3. Sauf à considérer que l'intérêt au recours dépendrait de la diligence que peut mettre l'Auditorat à traiter le dossier, les requérantes persistent à faire valoir leur intérêt à l'annulation de la décision prise par la REGION WALLONNE le 13 mars 2003 de ne pas donner suite à la procédure négociée, et ce, en vertu précisément du caractère objectif du contentieux de la légalité.

C'est devant la juridiction compétente qu'elles feront valoir les conséquences préjudiciables de l'acte attaqué dont l'illégalité aura été constatée par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ayant autorité de chose jugée.

4. Le Conseil d'Etat a considéré que toute demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution est sans intérêt dès lors qu'un contrat a été conclu sur base de l'acte attaqué puisque l'arrêt en suspension ne saurait remettre juridiquement en cause une existence et une exécution de ce contrat. (voir notamment arrêts A6 n° 87.983 du 15 juin 2000, Feyfer et SA Formanova/Commune de Keerbergen; n° 91.374 du 6 décembre 2000, Rossignon/Ville de Charleroi; n° 162.409 du 11 septembre 2006 Mouzon/Commune d'Attert; n° 89.724 du 19 septembre 2000 Plancq et Lejeune/Région Wallonne; ...)

Cette solution intervient dans le cadre de l'objet précis du recours en suspension.

5. Dans le cadre de recours en annulation, l'intérêt au recours persiste, sous peine de devoir considérer que pareil recours serait en fait dépourvu d'intérêt dès que le marché a été exécuté - ce qui revient

- a. à remettre en cause la théorie de l'acte détachable et l'autonomie de l'acte administratif par rapport au contrat
- b. à réduire à rien l'objet même du contentieux objectif de légalité
- c. à méconnaître le droit au recours tel qu'énoncé par les directives, recours régissant les marchés publics
 - 89/665 du 21 décembre 1989
 - 2007/66/CE du 11 décembre 2007
- d. à décharger le Conseil d'Etat de tout ce contentieux au moment où le législateur, par la loi du 23 décembre 2009, consacre la compétence de sa section du contentieux administratif lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14 § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (article 65/24 inséré dans la loi du 24 décembre 1993).

6. Les requérantes sollicitent dès lors que soit constatée la persistance de leur intérêt au recours.";

Considérant que la question qui se pose en l'occurrence est de savoir si l'intérêt que les parties requérantes avaient à leur présent recours au moment où elles l'introduisirent, persiste à ce jour;

Considérant, à cet égard, que l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même;

Considérant que, dans cette optique, l'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstient de contester une décision qui attribue le marché à un concurrent;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse a mené différentes procédures de passation de marché en vue de réaliser les travaux de réhabilitation des autoroutes E411 et E25, à savoir, dans un premier temps, une procédure d'appel d'offres général, dans un deuxième temps, après avoir jugé toutes les offres irrégulières et renoncé à cette première procédure, une procédure négociée avec publicité et, dans un troisième temps, après avoir renoncé également à la procédure négociée en raison de l'écart important (175 %) entre les montants des offres soumises et les estimations initiales, la conclusion d'un contrat de commissionnement avec la SOFICO, laquelle a attribué les travaux en cause par lots selon la procédure d'adjudication entre août 2003 et janvier 2006; qu'il s'ensuit qu'il existe un lien entre les différentes procédures engagées par la partie adverse d'abord, par la SOFICO ensuite; qu'en effet, les travaux qui font l'objet de ces procédures sont les mêmes; qu'en outre, c'est à chaque fois par une seule et même décision que la partie adverse a renoncé à une procédure et engagé la suivante; que les parties requérantes ont d'ailleurs qualifié, dans leurs écrits de procédure, ces différentes décisions comme "relev(ant) d'une procédure complexe ayant un seul objet : l'attribution du marché ayant pour objet l'exécution et le financement des travaux de réhabilitation et de maintenance des autoroutes E411 et E25" sans pour autant que cette qualification soit retenue;

Considérant que les parties requérantes se sont désistées du présent recours en tant qu'il est dirigé contre la décision du 20 février 2001 de ne pas donner suite à la procédure d'appel d'offres général et de lancer la procédure négociée avec publicité; que par le présent recours, elles ont entrepris la décision du 13 mars 2003 de renoncer à la procédure négociée avec publicité et de conclure un contrat de commissionnement avec la SOFICO; que trois des parties requérantes, à savoir la société anonyme

SOCOGETRA, la société anonyme SOCIETE DE TRAVAUX GALERE et la société anonyme BETONAC, ont participé aux procédures d'attribution des lots menées par la SOFICO et en ont obtenu certains; que les parties requérantes n'ont pas formé de recours devant le Conseil d'Etat ni devant les juridictions judiciaires contre les décisions par lesquelles la SOFICO a attribué des lots à d'autres sociétés; qu'elles ont ainsi perdu toute chance d'obtenir le marché en ce qui concerne les lots attribués à des soumissionnaires concurrents et, partant, leur intérêt au présent recours,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Le désistement est décrété en tant que le recours a pour objet la décision prise par la Région wallonne, le 20 février 2001, de ne pas donner suite à l'appel d'offres et de passer le marché par procédure négociée avec publicité.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept mars deux mille dix par :

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} HUGÉ,

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

Le Greffier,

Le Président,

C. HUGÉ.

O. DAURMONT.