

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 202.019 du 17 mars 2010

G./A.181.293/VI-17.380

En cause : **1. la société anonyme CONDUITES
ET ENTREPRISES,**
 2. la société anonyme DENYS,
 ayant formé une société momentanée
 DENYS-CONDUITES ET ENTREPRISES,

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
INTERCOMMUNALE POUR LA GESTION
ET LA REALISATION D'ETUDES TECHNIQUES
ET ECONOMIQUES, en abrégé IGRETEC,**

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 22 février 2007 par la société anonyme CONDUITES ET ENTREPRISES et la société anonyme DENYS, ayant formé une société momentanée DENYS-CONDUITES ET ENTREPRISES, qui demandent l'annulation de la décision du 15 décembre 2006 de la S.C.R.L. INTERCOMMUNALE POUR LA GESTION ET LA REALISATION D'ETUDES TECHNIQUES ET ECONOMIQUES, en abrégé IGRETEC :

- " - de retirer la décision prise par l'administrateur général de l'IGRETEC le 1^{er} février 2002 attribuant aux requérantes, pour un montant de 3.938.982,29 € HTVA, le marché dénommé «BASSIN DU PIETON - RUISSEAU DE LA RAMPE - Station d'épuration de Viesville-Canal : Collecteur du Ruisseau de la Rampe (partie amont-Commune des Bons Villers (Frasnes-lez-Gosselies et Rêves)», mis en adjudication publique le 20 décembre 2001, selon Cahier spécial des Charges portant la référence n/ 06.27490,
- d'attribuer le même marché, remis en adjudication publique le 4 juin 2002, selon Cahier spécial des charges portant la même référence n/ 06.27490 à la S.A. GALERE, au montant de 3.688.950,64 € HTVA";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

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 Myriam LAHBIB, loco Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

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

1. Le 29 juin 2000, la société publique de gestion de l'eau, en abrégé S.P.G.E. et l'IGRETEC concluent un contrat de service d'épuration et de collecte conformément à l'article 20 du décret du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution, tel que remplacé par l'article 22 du décret du 15 avril 1999 devenu depuis l'article D.345 du Code wallon de l'Eau.

2. Les 8 et 9 novembre 2001, les services d'IGRETEC transmettent au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des adjudications les avis de marché relatifs à un marché de travaux à passer selon le mode de l'adjudication publique et portant sur la "pose de collecteur d'eaux usées du ruisseau de la Rampe (partie amont)". Ce marché public est régi par le cahier spécial des charges 06. 27490.

3. Le 20 décembre 2001, lors de l'ouverture des offres, quatorze offres sont recueillies dont celle des parties requérantes pour un montant proclamé de 3.938.783 euros, soit l'offre la moins chère.

4. Le 1^{er} février 2002, les services d'IGRETEC établissent un rapport d'auteur de projet concluant à ce que, les parties requérantes ayant déposé l'offre régulière la plus basse, rien ne s'oppose à leur désignation comme adjudicataire des travaux.

5. Le même jour, le directeur général d'IGRETEC prend la décision suivante :

" Je soussigné G. VANIEKAUT, Administrateur, Directeur Général, en vertu des pouvoirs qui m'ont été conférés par la séance du Conseil d'Administration en date du 26 juin 1998, approuve les termes du rapport d'auteur de projet proposant l'association momentanée DENYS-CONDUITES & ENTREPRISES comme adjudicataire des travaux de pose du collecteur de la Rampe (partie amont) au montant de 3.938.982,29 EUR HTVA, conformément à son offre déposée en séance publique à I.G.R.E.T.E.C. le 20 décembre 2001.".

6. Le 7 février 2002, les services de la S.P.G.E. demandent aux services d'IGRETEC leurs conclusions à propos du caractère éventuellement anormal des prix unitaires ainsi qu'un tableau comparatif des prix remis.

7. Les 8 et 25 février 2002, les services d'IGRETEC transmettent les renseignements demandés et confirment à ceux de la S.P.G.E. qu'ils n'ont pas relevé de prix apparemment anormalement bas dans la soumission des parties requérantes.

8. Le 26 février 2002, "le conseil d'administration de la S.P.G.E. approuve la décision d'IGRETEC de retenir l'offre de l'association momentanée formée par les deux requérantes" (mémoire en réponse déposé par la S.P.G.E. dans l'affaire enrôlée sous le n° 123.327/VI-16.285).

9. Le 27 février 2002, l'IGRETEC adresse à la S.P.G.E. le tableau comparatif des prix unitaires. Selon la S.P.G.E., "ce tableau met en évidence des écarts extrêmement importants en ce qui concerne le prix unitaire pour le poste «stabilisation des collecteurs» : le prix unitaire varie entre 2,06 euros et 115,06 euros par m et pour une quantité présumée de 3.500 mètres. Dès lors, il en résulte une variation des prix allant de 7.210 euros à 402.710 euros. Cette variation représente une différence de 7 à

10 % de la valeur du marché entre le soumissionnaire classé le plus haut par rapport au soumissionnaire classé le plus bas".

10. Le 8 mars 2002, les services d'IGRETEC indiquent à la S.P.G.E. qu'ils ont, dans le cahier spécial des charges, "constaté une rédaction incorrecte de l'article I.84 «Stabilité des collecteurs»" et que "cet article a été ajouté après votre approbation dès que nous avons pu prendre connaissance des résultats de la campagne d'essais géotechniques"; ils proposent, d'une part, "de ne pas donner suite à ce dossier" et, d'autre part, une nouvelle rédaction pour l'article litigieux en vue d'entamer, après accord, une nouvelle procédure d'adjudication.

Cet acte a été entrepris par les parties requérantes devant le Conseil d'Etat qui l'a annulé par l'arrêt n/ 165.006 du 22 novembre 2006.

11. Le 14 mars 2002, le président du comité de direction de la S.P.G.E. et le responsable du service technique marquent, "pour le Comité de Direction", leur accord sur la proposition d'IGRETEC de ne pas donner suite au dossier et d'entamer une nouvelle procédure d'adjudication ainsi que sur la nouvelle rédaction de l'article I.84 du cahier spécial des charges.

12. Le 16 avril 2002, les services d'IGRETEC soumettent au service technique de la S.P.G.E., pour les mêmes travaux, un cahier spécial des charges corrigé en indiquant que des modifications ont été apportées aux articles relatifs aux études de stabilité, plans de coffrage et d'armatures des ouvrages en béton armé, à la prise en charge des assurances et à la stabilisation des collecteurs pour sol de mauvaise portance.

13. Dans le Bulletin des adjudications du 3 mai 2002 et dans le Journal officiel des Communautés européennes du 2 mai 2002 sont publiés les avis de marché relatifs à la nouvelle procédure d'adjudication publique portant sur les travaux litigieux.

14. Lors de l'ouverture des offres, le 6 juin 2002, onze offres sont recueillies dont celle de la société anonyme GALERE d'un montant de 3.691.389,99 euros, soit la moins élevée, et celle des parties requérantes d'un montant de 4.079.989 euros, soit la 5^{ème} offre en prix.

15. Le 12 juin 2002, les parties requérantes demandent à l'IGRETEC de leur "communiquer dans un délai de quinze jours une copie de la décision comprenant les motifs pour lesquels vous avez décidé de recommencer la procédure".

16. Le 17 juin 2002, les services d'IGRETEC leur répondent ce qui suit :

" Nous accusons réception de votre lettre dont les références sont reprises ci-dessus. Après examen du cahier des charges, nous avons constaté une rédaction incorrecte de l'article I.84. «Stabilité des collecteurs» (page 52T). Afin d'éviter toute contestation sur l'objectif technique de cet article, nous avons demandé à la S.P.G.E. de ne pas donner suite au dossier et avons proposé pour cet article une rédaction différente de celle prévue à l'origine. La S.P.G.E. a accusé réception de notre courrier du 8 mars 2002 et a marqué son accord sur notre proposition de ne pas donner suite au dossier et d'entamer, dans les plus brefs délais, une nouvelle procédure d'adjudication."

17. Interrogée le 19 juin 2002 par les parties requérantes sur les "raisons précises" pour lesquelles l'article I.84 a été "incorrectement rédigé", l'IGRETEC leur transmet le 26 juin 2002 le document suivant :

" DECISION MOTIVEE DE REFUS DE DONNER SUITE A L'ADJUDICATION DU 20 DECEMBRE 2001

Lors de l'ouverture des offres, nous avons constaté une disparité importante entre les prix unitaires remis pour le poste «Stabilisation des collecteurs» du Chapitre «Aménagements divers» (2,06 € à 115,06 €/m).

Ce poste, dont la quantité est de 3.500 m a un impact important sur le coût global des travaux.

Nous avons, dès lors, examiné le cahier spécial des charges pour déterminer l'origine de ces disparités.

Après examen, nous avons conclu qu'elles proviennent d'une rédaction imprécise de l'article du cahier spécial des charges, laissant trop de liberté d'interprétation dans la description du travail à réaliser par le soumissionnaire.

Pour des principes d'égalité entre soumissionnaires et pour éviter des revendications éventuelles de la part des soumissionnaires évincés ou de l'adjudicataire lors de la réalisation des travaux, nous décidons de ne pas donner suite à l'adjudication, de corriger le cahier spécial des charges et de réadjudiquer le marché."

18. Le 10 juillet 2002, les services d'IGRETEC établissent un rapport d'auteur de projet qui contient la conclusion suivante:

" La S.A. GALERE de Chaudfontaine ayant remis l'offre régulière la plus basse, rien ne s'oppose, en ce qui nous concerne, à ce que cette firme soit désignée adjudicataire des travaux repris en objet pour la somme de 3.688.950,64€ HTVA soit 4.463.630,27€ TVAC".

19. Le même jour, le directeur général d'IGRETEC prend la décision suivante :

" Je soussigné G. VANIEKAUT, Administrateur, Directeur Général, en vertu des pouvoirs qui m'ont été conférés par la séance du Conseil d'Administration en date du 26 juin 1998, approuve les termes du rapport d'auteur de projet proposant la S.A. GALERE comme adjudicataire des travaux de pose du collecteur de la Rampe (partie amont) au montant de 3.688.950,64€ HTVA, conformément à son offre déposée en séance publique à I.G.R.E.T.E.C. le 06 juin 2002."

Cet acte a été entrepris par les parties requérantes devant le Conseil d'Etat qui l'a annulé par l'arrêt n/165.006 du 22 novembre 2006.

20. Le 1^{er} août 2002, le président et un membre du comité de direction de la S.P.G.E. informent le directeur général d'IGRETEC que "le Comité de Direction de la S.P.G.E. a, en sa séance du 30/07/02, marqué son accord sur le principe ainsi que sur les modalités d'attribution du marché relatif au collecteur du ruisseau de la Rampe - partie amont" et le prie, "conformément à l'article 9 du Contrat de service d'épuration et de collecte [...], de prendre toutes les dispositions nécessaires afin d'assurer la bonne fin de ce dossier".

21. Le 5 août 2002, les services d'IGRETEC informent la société anonyme GALERE de l'approbation de son offre par la S.P.G.E. et lui notifient la commande du marché.

22. Le 21 novembre 2002, l'IGRETEC transmet aux parties requérantes une "copie de la décision motivée de l'adjudication du marché" litigieux, à savoir le rapport précité du 10 juillet 2002 établi par les services d'IGRETEC et la lettre précitée du 1^{er} août 2002 de la S.P.G.E..

23. Le 22 novembre 2006, le Conseil d'Etat annule par l'arrêt n/ 165.006 :

- " - la décision de ne pas attribuer le marché dénommé "BASSIN DU PIETON - RUISSEAU DE LA RAMPE - Station d'épuration de Viesville-Canal : Collecteur du Ruisseau de la Rampe (partie amont) - Communes des Bons Villers (Frasnes-lez-Gosselies et Rêves)", mis en adjudication le 20 décembre 2001;
- la décision prise le 10 juillet 2002 par le directeur général de la sclr IGRETEC d'attribuer le même marché, remis en adjudication publique le 4 juin 2002, à la S.A. GALERE."

Cet arrêt est notifié le 5 décembre 2006 au domicile élu de la partie adverse.

24. Le 15 décembre 2006, le conseil d'administration de la partie adverse prend la décision suivante, qui constitue l'acte attaqué :

" 1. Recours de la SA CONDUITES & ENTREPRISES- SA DENYS contre IGRETEC:

[...]

Il convient de procéder, dans les délais, à la réfection des actes annulés en soumettant le dossier au Conseil d'Administration qui prend la délibération suivante:

«Vu l'arrêt n/ 165.006 du 22 novembre 2006, reçu par l'intercommunale, en son domicile élu, le 5 décembre 2006;

[...]

Attendu que tenant compte de l'arrêt prononcé, la question des suites à donner à l'arrêt d'annulation doit être examinée d'urgence par le conseil d'administration;

Attendu, en effet, que la décision de ne pas attribuer le marché, annulée par le Conseil d'Etat doit, selon l'enseignement de cet arrêt être considérée également comme une décision de retrait de la décision qui avait été prise, le 1^{er} février 2002, conformément aux délégations alors applicables, par le directeur général d'approuver «les termes du rapport d'auteur de projet proposant l'association momentanée DENYS-CONDUITES & ENTREPRISES comme adjudicataire des travaux ...»;

Attendu qu'à la lumière de l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat, la décision, annulée, de ne pas attribuer le marché doit être considérée comme un retrait de la décision du 1^{er} février 2002;

Attendu que la décision d'attribuer un marché est un acte administratif individuel créateur de droits; qu'en règle, un tel acte ne peut être retiré par son auteur que s'il est irrégulier, le retrait devant intervenir soit dans les 60 jours, soit encore si un recours au Conseil d'Etat est introduit contre l'acte créateur de droits, jusqu'au jour du prononcé d'un arrêt par le Conseil d'Etat;

Qu'il s'en déduit que la décision du 1^{er} février 2002 ne pouvait être retirée que dans les 60 jours suivant cette date;

Que l'on peut considérer que lorsque l'autorité dispose d'un délai de rigueur pour statuer et que sa décision est annulée par le Conseil d'Etat, l'autorité dont la décision est annulée dispose, après la notification de l'arrêt du Conseil d'Etat, et dans le respect de l'autorité de chose jugée, du solde du délai qui restait à courir au moment où elle a pris sa première décision, depuis annulée par le Conseil d'Etat;

Attendu qu'en l'espèce, l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat ayant été porté à la connaissance de l'intercommunale le 5 décembre 2006, une éventuelle décision de ne pas attribuer le marché mis en adjudication le 20 décembre 2001 ne pourrait être prise, le cas échéant, que jusqu'au 23 ou 29 décembre 2006, selon qu'on considère que la décision de retrait aurait été prise le 8 ou le 14 mars 2002;

Que quoi qu'il en soit, il apparaît manifestement que le conseil d'administration doit être mis en mesure de statuer d'urgence aux fins, le cas échéant, de se prononcer à nouveau;

Attendu que les clauses techniques complémentaires au cahier des charges-type n/RW99 contenues dans le cahier spécial des charges ayant conduit à la décision du 1^{er} février 2002 comprenaient un article 1.84 «Stabilité des collecteurs» rédigé comme suit :

«Ce poste à quantités présumées est utilisé aux endroits où le remplacement pour sol impropre à constituer le fonds de fouille (poste E.5.2.) est jugé insuffisant de commun accord avec le délégué du pouvoir adjudicateur. Il consiste soit :

- à couler une semelle de répartition en béton armé;
- à la mise en place d'un système de pieux avec cerclage des tuyaux (résistance à l'arrachement);
- à toutes autres suggestions émises par l'entrepreneur;
- à toutes prestations et fournitures nécessaires à la bonne exécution de ce poste.

La quantité à porter en compte est la longueur exacte réalisée.

Le paiement s'effectue au MCT.»

Attendu que le tableau de comparaison des offres de prix pour le poste I.84 révèle qu'ont été offerts des prix unitaire au mètre variant entre 2,06 € et 115,06 €; que pour ce poste, l'association momentanée CONDUITES & ENTREPRISES laquelle avait remis une offre régulière la plus basse au prix de 3.938.982,29 €, avait offert 48.615 €; que la seconde entreprise classée, la S.A. DANHEUX & MAROYE (offre de 4.099.050,18 €) avait offert 286.300 €; que la société DECOCK, troisième classée, pour une offre globale de 4.109.137,95 € avait prévu pour le poste I.84, 402.710 €; qu'en s'en tenant aux trois premiers classés, on constate que la différence entre le montant de l'offre, respectivement des deuxième et troisième classés, par rapport à l'offre de la première entreprise classée est inférieur à la différence entre le prix du poste I.84 offert par le deuxième et le troisième classés et le premier classé;

Considérant que la rédaction du cahier des charges, s'agissant de la stabilité des collecteurs, permettait soit, au choix de l'entrepreneur, de couler une semelle de répartition en béton armé, de mettre en place un système de pieux avec cerclage des tuyaux, soit encore de faire toute autre suggestion;

Attendu que manifestement la rédaction du cahier des charges s'agissant de la «stabilité des collecteurs» est à ce point déficiente qu'elle compromet la comparaison objective des offres; qu'aucune suggestion n'ayant été faite, la mise en place d'une semelle de répartition en béton armé coulé sur place, d'une part, et la mise en place d'un système de pieux avec cerclage des tuyaux, d'autre part, ne constituent en rien deux techniques équivalent, dans tous les cas, pour une stabilisation aux endroits où le remplacement pour sol impropre à constituer le fonds de fouille est jugé insuffisant; que, partant, la rédaction du cahier des charges laissait le choix aux entrepreneurs entre deux techniques, dont la mise en oeuvre entraîne des coûts différents, les deux techniques pouvant cependant indifféremment être offertes par les entrepreneurs;

Attendu que les documents du marché, tels qu'ils étaient rédigés, contenaient bien des incohérences ou imprécisions susceptibles de compromettre la comparaison objective des offres et de provoquer des recours en justice, en cas d'attribution (C.E., 9 décembre 1981, n/ 21.650; 26 avril 1985, n/ 25.275; 10 avril 1987, n/ 27.817; 27 avril 1993, n/ 42.705, réf, citées par M.-A. FLAMME, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome I A, p. 356);

Que cette mise en cause de la possibilité de comparer objectivement des offres et de traiter, dès lors, de manière égale chacun des soumissionnaires, dans le cadre de l'adjudication justifie, à la fois, le retrait de la délibération du 1^{er} février 2002 et la décision de ne pas attribuer le marché dénommé « Bassin du Piéton - Ruisseau de la Rampe - Station d'épuration de Viesville - Canal: collecteur du Ruisseau de la Rampe (partie amont) - Commune Les Bons Villers (Frasnes-lez-Gosselies et Rêves) », mis en adjudication le 20 décembre 2001;

Attendu que cette décision doit sortir ses effets au 8 mars 2002, la rétroactivité ne portant par ailleurs atteinte à aucun droit d'un entrepreneur;

Attendu que le nouveau cahier des charges établi, en collaboration avec SECO, assureur contrôle, a modifié, à juste titre, notamment, l'article «Stabilisation du collecteur», en prévoyant, d'une part (I.91) la mise en place d'une semelle de répartition en béton armé coulé sur place ou toutes suggestions, d'autre part, la stabilisation par pieux ou toutes autres suggestions (I.92);

Attendu que cette rédaction permet la comparaison objective des offres; que sur les 11 offres recueillies, la somme des postes I.91 et I.92, renseignent une moyenne de 232.296 € pour un prix du poste variant de 116.115 € à 330.360 €;

Attendu que les termes du rapport d'auteur de projet du 10 juillet 2002 méritent d'être approuvés de sorte que la S.A. GALERE doit être déclarée adjudicataire des travaux de pose du collecteur de la Rampe (partie amont) au montant de 3.688.950,64 € HTVA, conformément à son offre déposée en séance publique le 6 juin 2002;

A l'unanimité le Conseil d'Administration,

DECIDE :

1. Un point complémentaire est ajouté à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration de l'intercommunale de ce jour: «Arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre 2006 - Décisions à prendre».
2. La décision de l'administrateur directeur général de l'intercommunale du 1^{er} février 2002, d'approuver les termes du rapport d'auteur de projet proposant l'association momentanée DENYS-CONDUITES & ENTREPRISES comme adjudicataire des travaux de pose du collecteur de la Rampe (partie amont) au montant de 3.938.982,29 € HTVA, conformément à l'offre déposée le 20 décembre 2001 est retirée.
3. Il est décidé, à la date du 8 mars 2002, de ne pas attribuer le marché dénommé «Bassin du Piéton - Ruisseau de la Rampe - Station d'épuration de Viesville - Canal: collecteur du Ruisseau de la Rampe (partie amont) - Commune Les Bons Villers (Frasnes-lez-Gosselies et Rêves) », mis en adjudication le 20 décembre 2001;
4. Sur base du cahier spécial des charges, dossier n/ 06.27490, réf. 5/04/6210/C02/L01-SVI-8/04/2002, des avis de marché relatifs à la nouvelle procédure d'adjudication publique, des offres recueillies le 6 juin 2002, du rapport d'auteur de projet du 10 juillet 2002, il est décidé, au 10 juillet 2002, d'approuver les termes du rapport d'auteur de projet proposant la S.A. GALERE comme adjudicataire des travaux de pose du collecteur de la Rampe (partie amont) au montant de 3.688.950,64 € HTVA, conformément à son offre déposée en séance publique à IGRETEC le 6 juin 2002.»

Par ailleurs, le Conseil d'Etat considère IGRETEC comme le maître d'oeuvre et met la SPGE hors cause car elle n'intervient que comme pouvoir subsidiant et comme organisme de contrôle des décisions. Ceci devrait entraîner un recadrage des procédures entre la SPGE et les Organismes d'épuration."

25. Saisi par les parties requérantes d'une demande de condamnation de la partie adverse à leur payer la somme de 393.878,30 euros, le tribunal de première instance de Charleroi a, par un jugement du 15 juin 2009, déclaré la demande non fondée. Les requérantes ont interjeté appel de ce jugement, appel toujours pendant;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse estime que les parties requérantes n'ont plus d'intérêt au recours en raison du jugement du 15 juin 2009 du tribunal de première instance de Charleroi; qu'elle fait valoir que les parties requérantes ont refusé de tenir l'action judiciaire en suspens dans l'attente de l'arrêt du Conseil d'Etat et ont entendu de la sorte faire expressément trancher le litige par le tribunal civil, qu'elles ont toutefois échoué devant celui-ci, qu'on se demande dès lors l'intérêt qu'elles ont encore à poursuivre leur action devant le Conseil d'Etat;

Considérant que la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, les parties requérantes ne peuvent plus espérer se voir attribuer le marché en cause et être chargées de son exécution ni obtenir des dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire ne saurait avoir pour effet de priver les parties requérantes de leur intérêt au recours en annulation; qu'elles ont, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée; que l'exception d'irrecevabilité est non fondée;

Considérant que les parties requérantes prennent un moyen, le premier de la requête, de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de l'excès de pouvoir; que dans une première branche, les parties requérantes mettent en cause la tardiveté du retrait; qu'elles soutiennent que, en retirant la décision du 1^{er} février 2002 par l'acte attaqué du 15 décembre 2006, la partie adverse a agi en dehors du délai octroyé pour accomplir un tel acte de retrait, qu'un acte administratif créateur de droits et irrégulier ne peut être retiré que pendant le délai d'introduction d'un recours au Conseil d'Etat ou, en cas d'introduction d'un tel recours, jusqu'à la clôture des débats devant le Conseil d'Etat, que le conseil d'administration de la partie adverse a mal interprété les termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de retrait;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, quant à la première branche, que la théorie du retrait résulte d'une construction jurisprudentielle du Conseil d'Etat privilégiant le principe général du droit de la sécurité juridique sur celui de la légalité, que le retrait d'un acte administratif irrégulier créateur de droits "n'est possible que durant le délai de recours en annulation devant le Conseil d'Etat ou, lorsqu'un tel recours est introduit, jusqu'au moment de la clôture des débats", qu'en l'espèce, l'attribution du marché décidée le 1^{er} février 2002 ne pouvait dès lors être retirée que jusqu'au 2 avril 2002; qu'elle relève que la question qui se pose est celle de l'incidence du recours au Conseil d'Etat sur le calcul du délai de retrait, que, dès l'instant qui suit la notification de l'arrêt d'annulation, il convient de raisonner non seulement comme si l'acte annulé n'avait pas été accompli mais encore comme si le temps avait suspendu son vol en manière telle que les choses se retrouveraient en l'état qui existait avant l'acte annulé de sorte que "l'autorité qui devait accomplir un acte annulé dans un délai déterminé dispose, pour se prononcer à nouveau moyennant le respect de l'enseignement de l'arrêt d'annulation, de la partie du délai qui restait à courir lorsque l'acte annulé a été pris", que le Conseil d'Etat a rappelé dans de nombreux arrêts le principe selon lequel "l'annulation ramène l'ordre des anciens jours", qu'il en va ainsi lorsque l'autorité de tutelle est saisie d'un recours ou lorsque l'autorité administrative exerce une compétence propre, tel un collège saisi d'une demande de permis, qu'en matière disciplinaire, le Conseil d'Etat exclut la prise en compte, pour l'appréciation de la durée d'une procédure suite à une annulation, de la durée de la procédure d'annulation elle-même, que cette solution s'explique par le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, "le Conseil d'Etat ne pouvant et ne voulant pas, en rendant la réfection impossible, se substituer à l'autorité dont il annule les actes et de la sorte se conférer un pouvoir de réformation, plutôt que d'annulation"; qu'elle en conclut qu'en l'espèce, le délai imparti pour retirer, le cas échéant, la décision d'attribution du 1^{er} février 2002 expirait le 2 avril 2002, que le 8 mars 2002, il a été décidé de ne pas donner suite à la première procédure d'attribution, que le Conseil d'Etat a annulé cette décision pour un motif touchant à l'incompétence de l'auteur de l'acte, qu'à la notification de l'arrêt d'annulation, la partie adverse a recouvré la partie du délai de deux mois qui restait à courir le 8 mars 2002, qu'il lui restait donc 25 jours pour décider, le cas échéant, d'un retrait et que l'acte attaqué a bien été pris dans ce délai;

Considérant, quant à la première branche, que dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes soutiennent que les délais imposés pour le retrait ont pour seul but de simplifier le contentieux en autorisant l'autorité dont un acte est susceptible d'être annulé, car probablement irrégulier, à le retirer et à faire ainsi l'économie d'un recours au Conseil d'Etat, que la partie adverse se fonde à tort sur

différents arrêts du Conseil d'Etat pour affirmer qu'en l'espèce, l'arrêt d'annulation a eu pour effet de prolonger le délai dans lequel elle pouvait retirer la décision d'attribution du 1^{er} février 2002, que ces arrêts ne font référence qu'à des délais de rigueur alors que le délai de retrait n'est qu'un délai d'ordre d'origine jurisprudentielle, qu'il s'agit en outre de délais pendant lesquels l'autorité était tenue de statuer, que "ce n'est uniquement que face aux grandes complications rencontrées dans des situations où des délais de rigueur étaient présents que la jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué de la manière développée par la partie adverse en son mémoire", qu'en l'espèce, la partie adverse n'avait pas l'obligation de retirer l'acte qu'elle estimait irrégulier mais avait une simple faculté, que, passé le délai de soixante jours, donc après le 2 avril 2002, elle ne pouvait plus procéder au retrait de la décision du 1^{er} février 2002, que le seul acte qu'elle pouvait retirer jusqu'à la clôture des débats était la décision illégale de retrait, que, si, au-delà du délai de soixante jours, aucun recours n'a été introduit contre elle, une décision illégale persiste et produit ses effets, qu'on ne comprend pas pourquoi le recours en annulation contre la décision de retrait de mars 2002 aurait suspendu le délai de retrait et accordé un solde de délai à la partie adverse pour pouvoir à nouveau retirer sa décision, qu'à suivre la position de la partie adverse, la décision du 1^{er} février 2002, en plus de pouvoir être retirée dans le délai restant, pouvait encore faire l'objet de recours devant le Conseil d'Etat, ce qui perturberait grandement la sécurité juridique;

Considérant que dans le dernier mémoire, la partie adverse fait valoir que lorsque, comme en l'espèce, il existe une décision d'attribution d'un marché et qu'ensuite, pour le même marché, il est décidé de ne pas donner suite à la procédure d'adjudication et d'en recommencer une nouvelle, il est certain que cette dernière décision doit être considérée comme un retrait de la première, qu'il serait en effet totalement impossible de recommencer une procédure si la décision d'attribution dans la première procédure n'était pas retirée en même temps; qu'elle ajoute que le fait de retrouver la partie non utilisée du délai de retrait existe aussi lors de l'exercice d'une compétence facultative, que tel est le cas en matière de sanction disciplinaire ou de tutelle générale d'annulation;

Considérant qu'à la différence de l'abrogation, qui n'a d'effet que pour l'avenir, la décision de retrait a, comme un arrêt d'annulation, pour effet d'anéantir ab initio l'acte administratif qui en est l'objet de sorte que celui-ci est censé n'avoir jamais existé; que, d'une part, en raison de sa portée rétroactive, le retrait d'un acte administratif heurte le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs; qu'il n'appartient qu'au législateur de déroger à ce principe général et de donner, le cas échéant, un fondement à la décision de retrait; que l'article 160 de la Constitution et les

lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, plus particulièrement les articles 14 et 30 de celles-ci, combinés avec l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif, offrent un tel fondement; que les pouvoirs publics qui procèdent à la rétractation d'office d'un acte qui est entaché d'une illégalité n'agissent pas en violation de leur mission constitutionnelle et légale même si cet acte pourrait avoir pour effet d'accorder certains droits; que, d'autre part, le retrait n'est admissible que s'il anticipe une annulation éventuelle prononcée par le Conseil d'Etat; qu' "un acte de retrait est donc un acte qui, quoique fait par l'administration, comporte ce trait caractéristique - la rétroactivité - qui l'apparente à un acte juridictionnel. Par un acte de retrait, l'administration se substitue à l'autorité juridictionnelle, elle anticipe le résultat de l'action du juge, elle joue le rôle normalement attribué à ce dernier. C'est d'ailleurs pourquoi la jurisprudence du Conseil d'Etat a fixé la règle selon laquelle l'acte de retrait doit, en principe, être maintenu dans les mêmes limites que l'acte juridictionnel dont il est le succédané. [...] En droit administratif belge, les règles gouvernant l'acte de retrait, par l'autorité publique elle-même, de ses actes irréguliers, sont donc intimement liées à l'organisation du contentieux." (Avis L. 22.205 du 28 juin 1993 sur une proposition de loi "relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier", Doc. parl. Chambre, 1992-1993, n/ 900/2); qu'il s'ensuit que si le Conseil d'Etat ne peut plus annuler un acte administratif entaché d'excès de pouvoir lorsque cet acte est déféré à sa censure après l'expiration du délai fixé en vertu de la Constitution et de la loi, il n'appartient pas, à plus forte raison, à l'autorité administrative de retirer, même pour cause d'excès de pouvoir, un acte administratif lorsqu'est venu à expiration le délai fixé pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat, délai qui commence à courir, à l'égard de l'auteur de l'acte, dès son adoption et qui expire, lorsqu'un tel recours a été introduit, à la clôture des débats; qu'il ne peut être fait exception à cette règle de délai que si une disposition législative autorise le retrait ou si l'acte retiré est qualifiable d'inexistant ou encore s'il a été obtenu par fraude ou s'il est nécessaire pour assurer l'exécution d'une annulation contentieuse;

Considérant qu'en l'espèce, la première décision d'attribution du marché litigieux a été prise le 1^{er} février 2002 par la partie adverse; qu'à défaut d'avoir fait l'objet d'un recours en annulation, cette décision ne pouvait être retirée par la partie adverse qu'au plus tard le 2 avril 2002; qu'elle l'a été le 8 mars 2002; qu'en effet, la décision du 8 mars 2002 peut également être considérée comme une décision de retrait, et non pas seulement comme une décision de mettre fin au marché, en raison des motifs qui la soutiennent, à savoir l'irrégularité éventuelle d'une prescription du cahier spécial

des charges; que cette décision de retrait a été annulée par l'arrêt n/165.006 du 22 novembre 2006 en raison de l'incompétence de son auteur;

Considérant qu'afin de répondre à la question de savoir si la réfection de la décision de retrait annulée est encore possible à la suite de l'arrêt d'annulation n/165.006 du 22 novembre 2006, il y a lieu d'examiner, eu égard au lien existant et rappelé ci-dessus entre le recours contentieux et le retrait contentieux, si la décision d'attribution du 1^{er} février 2002, objet du nouvel acte de retrait attaqué pris le 15 décembre 2006, était encore susceptible de recours; qu'il n'en est rien; que le délai pour entreprendre devant le Conseil d'Etat la décision d'attribution du 1^{er} février 2002 est depuis lors expiré; qu'il s'ensuit que la partie adverse n'avait plus, le 15 décembre 2006, la faculté de retirer cette décision; qu'il n'est pas soutenu de part adverse, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, qu'en l'espèce, une disposition législative autoriserait le retrait ou que l'acte retiré puisse être qualifié d'inexistant, qu'il a été obtenu par fraude ou encore qu'il est nécessaire pour assurer l'exécution d'une annulation contentieuse; que l'illégalité du retrait attaqué entraîne l'illégalité des deux autres décisions attaquées qui en sont subséquentes; que le moyen est fondé en sa première branche,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 15 décembre 2006 de la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Etudes Techniques et Economiques, en abrégé IGRETEC :

- de retirer la décision prise par l'administrateur général de l'IGRETEC le 1^{er} février 2002 attribuant aux parties requérantes, pour un montant de 3.938.982,29 euros HTVA, le marché dénommé bassin du piéton - ruisseau de la rampe - Station d'épuration de Viesville - Canal : Collecteur du Ruisseau de la Rampe (partie amont) - Commune les Bons Villers (Frasnes-lez-Gosselies et Rêves), mis en adjudication publique le 20 décembre 2001, selon Cahier spécial des Charges portant la référence n/06.27490,
- d'attribuer le même marché, remis en adjudication publique le 4 juin 2002, selon Cahier spécial des charges portant la même référence n/06.27490 à la société anonyme GALERE, au montant de 3.688.950,64 euros HTVA.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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.