

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 214.385 du 1^{er} juillet 2011

G./A.191.771/VI-18.150

En cause : **la commune de Schaerbeek,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Anne FALYS, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Patrick THIEL, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 12 mars 2009 par la commune de Schaerbeek
qui demande l'annulation de :

- l'arrêté du Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 9 janvier 2009 annulant la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la requérante, du 2 décembre 2008, n'attribuant pas le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France et décidant de relancer le marché suivant un autre mode de passation aux conditions initiales du marché fixées dans le cahier spécial des charges CQ PE 1.B., et de
- l'arrêté du Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 janvier 2009 annulant la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la requérante, du 16 décembre 2008, attribuant le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France au montant de 2.358.437 euros;

Vu le dossier administratif;

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 les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 23 mai 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 juin 2011;

Entendu, en son rapport, M. David DE ROY, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Me Patrick THIEL, 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 requête sont les suivants :

1. Le 23 avril 2008, le conseil communal de la commune de Schaerbeek choisit le mode de passation et fixe les conditions de passation d'un marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un immeuble de logement correspondant à l'opération 1.B. du programme du contrat de quartier "Princesse Elisabeth".

2. Le 9 juin 2008, le Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale refuse d'approuver la délibération du 23 avril 2008.

3. Le 25 juin 2008, le conseil communal de la commune de Schaerbeek choisit, pour la deuxième fois, le mode de passation et fixe les conditions de passation d'un marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un immeuble de logement correspondant à l'opération 1.B. du programme du contrat de quartier "Princesse Elisabeth".

4. Le 7 août 2008, le Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale refuse d'approuver la délibération du 25 juin 2008.

5. Le 17 septembre 2008, le conseil communal de la partie requérante décide de passer le marché de travaux ayant pour objet la construction d'un immeuble de logement constituant l'opération 1.B. du programme précité par adjudication publique, de publier un avis de marché et d'inscrire un complément de 700.000 euros à l'article budgétaire prévu initialement, divers éléments administratifs étant également arrêtés mais sans pertinence pour l'examen de la présente affaire.

6. Le 26 septembre 2008, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché de travaux émanant de la partie requérante. Un avis rectificatif est également publié le 14 octobre 2008. Concomitamment, le cahier spécial des charges est établi.

7. Le 28 octobre 2010, le directeur général de l'administration des Pouvoirs locaux des services de la partie adverse indique au collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante que la délibération du 17 septembre 2008 est devenue exécutoire par expiration du délai mais qu'il existe notamment de nombreuses différences entre les versions française et néerlandaise de certains des documents du marché, ces différences étant de nature à rendre impossible le respect du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires francophones et soumissionnaires néerlandophones.

8. Le 5 novembre 2008, deux offres, émanant des sociétés anonymes SOCATRA et IN ADVANCE, sont déposées.

9. Le 20 novembre 2008, après analyse des offres, le bureau d'études 3A expose au collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante que les deux offres doivent être écartées en raison du non-dépôt, dans chacune de celles-ci, du document exigé par l'article 31.10.28 du cahier spécial des charges et, pour ce qui concerne la seule entreprise IN ADVANCE, de l'absence de prix pour la variante obligatoire.

10. Le 2 décembre 2008, le collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante constate qu'aucune de ces offres ne contient le dessin figurant une coupe de principe d'un profilé ouvrant et qu'en outre la société IN ADVANCE n'a pas remis de prix pour la variante obligatoire, décide de considérer les offres comme irrégulières et, invoquant l'urgence en raison de la nécessité de délivrer le bon de commande avant le 23 décembre, décide de passer le marché par procédure négociée sans publicité en invoquant l'article 234, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale.

Cette décision est libellée comme suit :

" Vu l'article 236 de la nouvelle loi communale;
Vu l'article 17 § 2 al 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ;
Vu la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux;
Vu l'arrêté du 21 décembre 2004 par lequel le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale approuve le programme du Contrat de Quartier «Princesse Elisabeth» et détermine le montant des subsides;
Considérant que la construction de Logements à l'angle Avenue G. Rodenbach et rue A. France constituent l'opération I.B de ce programme;
Vu la délibération du Conseil communal du 17 septembre 2008 par laquelle il approuve les conditions du marché concernant les travaux susmentionnés, décide de passer le marché par adjudication publique et de publier l'avis de marché;
Vu l'avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 26 septembre 2008;
Vu le procès-verbal de la Commission des Adjudications du 5 novembre 2008 constatant le dépôt de deux offres soit :
- In Advance pour la somme de 2.393.026,87 € TVAC.
- Socatra pour la somme de 2.628.394,14 € TVAC.
Vu le rapport d'analyse des offres établi par le bureau d'étude 3A;
Considérant que les deux firmes ont fourni les attestations demandées prouvant leur capacité technique et financière;
Considérant que les deux firmes peuvent, dès lors, être sélectionnées;
Vu qu'aucune des deux offres ne contient le «dessin figurant une coupe de principe établi dans un profilé ouvrant là où il est solidaire de la pièce d'appui et du seuil, à échelle 1/1» tel qu'exigé par le point 31.10.26 du cahier des charges;
Vu qu'en outre la société In Advance n'a pas remis de prix pour la variante obligatoire;
Considérant que les offres des firmes In Advance et Socatra sont donc irrégulières et doivent être écartées;
Vu l'article 234 al 1^{er} de la loi communale;
Considérant qu'il y a urgence, le bon de commande devant être délivré avant le 23 décembre;
Considérant qu'il convient de passer le marché par procédure négociée sans publicité aux conditions du cahier des charges CQ PE I.B;
DECIDE :
1° de sélectionner les firmes In Advance et Socatra;
2° de déclarer irrégulières les offres des sociétés In Advance et Socatra et de les écarter;
3° de passer le marché concernant les travaux de construction à l'angle Avenue G. Rodenbach et Rue A. France par procédure négociée sans publicité aux conditions du cahier des charges CQ PE I. B précédemment approuvé."

11. Le 10 décembre 2008, deux nouvelles offres émanant des sociétés SOCATRA et IN ADVANCE sont déposées.

12. Le 16 décembre 2008, le collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante, visant notamment la décision du 2 décembre 2008 ainsi que le rapport d'un bureau d'études, attribue le marché public à la société IN ADVANCE à la somme de 2.105.747,32 euros. Cette décision est libellée comme suit :

" Vu l'article 236 de la nouvelle loi communale;

Vu l'article 17 §2 al 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
 Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
 Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;
 Vu la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux;
 Vu l'arrêté du 21 décembre 2004 par lequel le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale approuve le programme du Contrat de Quartier «princesse Elisabeth» et détermine le montant des subsides;
 Considérant que la construction de logements à l'angle Avenue G. Rodenbach et rue A. France constituent l'opération I.B de ce programme;
 Vu la délibération du Conseil communal du 17 septembre 2008 par laquelle il approuve les conditions du marché concernant les travaux susmentionnés, décide de passer le marché par adjudication publique et de publier l'avis de marché;
 Vu l'avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 26 septembre 2008;
 Vu le procès-verbal de la Commission des Adjudications du 5 novembre 2008 constatant le dépôt de deux offres;
 Considérant qu'aux termes du rapport d'analyse des offres établi par le bureau d'étude, les deux offres doivent être écartées dans la mesure où elles ne contiennent ni l'une ni l'autre le «dessin figurant une coupe de principe établi dans un profilé ouvrant là où il est solidaire de la pièce d'appui et du seuil, à échelle 1/1» tel qu'exigé par le point 31.10.26 du cahier des charges. Qu'en outre, un des soumissionnaires n'a pas remis de prix pour la variante des gardes corps en caillebotis métalliques;
 Vu la décision du collège des Bourgmestre et Echevins du 2 décembre 2008 décidant d'écarter les deux offres;
 Vu la décision du collège des Bourgmestre et Echevins du 2 décembre 2008 décidant de passer le marché de travaux par procédure négociée aux conditions du cahier des charges CQ PE I.B;
 Vu la demande effectuée auprès des sociétés de remettre de nouvelles offres aux conditions du cahier des charges CQ/PE/I.B;
 Vu le dépôt, en date du 10 décembre 2008, de deux offres, soit :
 - In Advance pour la somme de 2.358.437,03 € TVAC.
 - Socatra pour la somme de 2.628.394,14 € TVAC.
 Vu le rapport d'analyse des offres du 14 décembre 2008 établi par le bureau d'étude;
 Considérant que les offres des sociétés In Advance et Socatra sont considérées comme régulières et peuvent être retenues;
 Considérant qu'après correction des erreurs arithmétiques et des omissions, les offres se classent comme suit (montants hors TVA)
 - In Advance pour la somme de 2.105.747,32 €;
 - Socatra pour la somme de 2.346.781,18 €;
 DECIDE :
 1° de sélectionner les firmes In Advance et Socatra;
 2° de retenir les soumissions introduites par les sociétés In Advance et Socatra;
 3° de désigner la société In Advance, Rue de la Grenouillette, 2E à 1130 Haren, comme adjudicataire des travaux de la construction de logements à l'angle Avenue G. Rodenbach et rue A. France aux conditions du cahier spécial des charges n° CQ/PE/I.B et de sa soumission pour un prix de 2.358.437,00 € TVAC;
 4° d'imputer la dépense à article 922/723-CQ-60/04 du budget extraordinaire 2008;
 5° d'engager un supplément équivalent à 10 % de la dépense au même article après l'avoir inscrit au budget 2009;
 6° de prendre acte de la subside des travaux par la région à concurrence de 1.406.968,00 € TVAC;
 7° de prendre acte du montant des primes énergies 2008 estimé à 156.627,02 €;

8° de prendre acte du prix reçu dans le cadre du concours des bâtiments remarquables de 145.746,00 €;
9° de financer la part communale, soit le solde, par emprunt."

13. Le 9 janvier 2009, le Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale annule la décision du collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante prise le 2 décembre 2008. Dans sa version française, cette décision est libellée comme suit :

" Vu la délibération du 2 décembre 2008, entrée au Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale le 10 décembre 2008, par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHAERBEEK n'attribue pas le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France et décide de relancer le marché suivant un autre mode de passation aux conditions initiales du marché fixées dans le cahier spécial des charges CQ PE 1.B;

Vu la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, notamment l'article 6, § 1^{er}, VIII, modifié par les lois spéciales des 13 juillet 2001, 25 avril 2004 et 13 septembre 2004;

Vu la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, notamment l'article 4, modifié par les lois spéciales des 5 mai 1993, 16 juillet 1993 et 27 mars 2006;

Vu l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, notamment l'article 10, modifié par les ordonnances des 18 avril 2002 et 17 février 2005;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et de concessions de travaux publics;

Considérant qu'il existe une contradiction entre les versions française et néerlandaise de l'avis de marché paru au Bulletin des Adjudications le 26 septembre 2008 en ce qui concerne les exigences en matière de capacité économique et financière et également technique des soumissionnaires; qu'en français, les travaux similaires sont explicités comme étant des travaux de constructions neuves de logement et en néerlandais, il est question de rénovation de logement;

Considérant qu'un soumissionnaire ne peut être sélectionné que si tous les documents exigés par l'avis de marché et le cahier spécial des charges ont été fournis en application des articles 17 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 susmentionné; que, contrairement à ce qui est écrit dans le rapport d'analyse des offres, aucun des deux soumissionnaires (SA SOCATRA et SA In Advance) n'a présenté tous les documents exigés dans le cadre de la sélection qualitative ; que, dès lors, soit les deux soumissionnaires auraient dû être invités à compléter leur dossier à ce sujet en application de l'article 20, § 3 de l'arrêté royal [du] 8 janvier 1996 susmentionné, soit aucun soumissionnaire n'aurait dû être sélectionné;

Considérant que le pouvoir adjudicateur considère les deux offres des soumissionnaires sélectionnés comme irrégulières notamment en raison de l'absence d'un dessin technique demandé à l'article 31.10.26 des clauses techniques du cahier spécial des charges ; que cette disposition n'impose pas la remise du document sous peine de nullité de l'offre; que dès lors, en application des dispositions de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, il appartient au pouvoir adjudicateur d'expliquer, dans le rapport d'analyse des offres ou dans la délibération susmentionnée, le caractère fondamental de cette prescription du cahier spécial des charges, autrement dit de motiver formellement en quoi l'absence de ce document constitue une irrégularité substantielle justifiant l'écartement des deux offres, et par voie de conséquence la non-attribution du marché; que tel n'est pas le cas;

Considérant que la commune de SCHAERBEEK choisit de relancer le marché par procédure négociée sans publicité aux conditions initiales du marché fixées dans le cahier spécial des charges CQ PE 1.B; qu'il s'agit d'une procédure d'exception dont le recours doit être motivé en fait et en droit; que, d'une part, la délibération précitée ne mentionne pas la référence légale fondant le choix de ce mode de passation (absence de motivation en droit); que, d'autre part, la commune ne motive pas non plus en fait le choix de cette procédure; qu'en effet, elle mentionne qu'il y a urgence dans la mesure où le bon de commande doit être délivré avant le 23 décembre mais aussi que seules des offres irrégulières ont été déposées; que si la volonté du pouvoir adjudicateur est d'invoquer l'urgence impérieuse en application de l'article 17, § 2, 1^o, c) de la loi du 24 décembre 1993 susmentionnée, il aurait dû démontrer l'existence d'événements imprévisibles et l'impossibilité de respecter les délais exigés dans les autres procédures; que si, par contre, il souhaite invoquer l'application de l'article 17, § 2, 1^o, d) de la même loi, il convient au préalable que les soumissionnaires satisfassent entièrement aux exigences de la sélection qualitative formulées dans l'avis de marché; que tel n'est pas le cas;

Considérant que la décision de changer le mode de passation du marché a été adoptée par le collège des bourgmestre et échevins de SCHAERBEEK, sur base de l'article 234, alinéa 1^{er}, de la Nouvelle Loi communale; que pour exercer d'initiative les pouvoirs du conseil communal, le collège des bourgmestre et échevins doit démontrer l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles; que la délibération précitée se limite à préciser que le bon de commande doit être délivré avant le 23 décembre ; qu'une telle motivation en fait est insuffisante;

Considérant que la copie du formulaire d'offre de la SA SOCATRA, transmise à l'autorité de tutelle, est incomplète et n'est ni datée, ni signée par le soumissionnaire; que cette irrégularité n'a pas fait l'objet d'une remarque de la part du pouvoir adjudicateur;

Considérant dès lors que la délibération susmentionnée viole la loi;

ARRETE :

Article unique.- La délibération du 2 décembre 2008, par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHAERBEEK n'attribue pas le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France et décide de relancer le marché suivant un autre mode de passation aux conditions initiales du marché fixées dans le cahier spécial des charges CQ PE 1.B, est annulée."

Il s'agit du premier acte attaqué.

14. Le 19 janvier 2009, le Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale annule la décision du collège des bourgmestre et échevins de la partie requérante prise le 16 décembre 2008. Dans sa version française, cette décision est libellée comme suit :

" Vu la délibération du 16 décembre 2008, entrée au Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale le 18 décembre 2008, par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHAERBEEK attribue le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France, au montant de 2.358.437 EUR (TVA comprise);

Vu la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, notamment l'article 6, § 1^{er}, VIII, modifié par les lois spéciales des 13 juillet 2001, 25 avril 2004 et 13 septembre 2004;

Vu la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, notamment l'article 4, modifié par les lois spéciales des 5 mai 1993, 16 juillet 1993 et 27 mars 2006;

Vu l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, notamment l'article 10, modifié par les ordonnances des 18 avril 2002 et 17 février 2005;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et de concessions de travaux publics;

Considérant que [la] délibération du 2 décembre 2008, par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHAERBEEK n'attribue pas le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France et décide de relancer le marché suivant un autre mode de passation aux conditions initiales du marché fixées dans le cahier spécial des charges CQ PE 1.B a été annulée par arrêté ministériel du 9 janvier 2009; qu'il est donc impossible de donner suite à cette procédure;

Considérant dès lors que la délibération susvisée viole la loi;

ARRETE :

Article unique - La délibération du 16 décembre 2008, par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune de SCHAERBEEK attribue le marché relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la rue A. France, au montant de 2.358.437 EUR (TVA comprise), est annulée.

Mention de cette décision sera faite au registre des délibérations dudit collège en marge de l'acte annulé."

Il s'agit du deuxième acte attaqué;

Considérant que la requérante prend un premier moyen du défaut de motivation, de l'inexactitude en fait et en droit, de la contradiction et du caractère non pertinent des motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir; que ce moyen est dirigé contre les deux actes attaqués; que, s'agissant du premier d'entre eux, la requérante en critique les motifs; qu'elle soutient, dans une première branche, que, si une contradiction existait entre les versions linguistiques de l'avis de marché du 26 septembre 2008 pour ce qui concerne les exigences de capacité économique, financière et technique, un avis rectificatif a été publié, et que cette contradiction, à la supposer établie, ne saurait justifier l'annulation par l'autorité de tutelle de la décision qui écarte les offres remises sur le fondement de l'avis de marché publié; que, selon la requérante, cette annulation ne saurait davantage être justifiée par la considération qu'à défaut d'avoir invité les deux soumissionnaires à compléter leur dossier s'agissant des documents exigés dans le cadre de la sélection qualitative, aucun soumissionnaire n'aurait dû être sélectionné; que, dans une deuxième branche, elle fait valoir que les exigences de la motivation formelle n'imposent pas d'énoncer les motifs des motifs en exposant pourquoi l'absence de dessin constituait une irrégularité substantielle, et que l'appréciation de la partie adverse est manifestement déraisonnable puisqu'elle-même considérait, par ailleurs, qu'au moins deux autres motifs excluaient qu'aucun des soumissionnaires puisse être sélectionné; que, dans une troisième branche, elle expose que la référence à l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 précitée et la circonstance que les deux offres sont irrégulières, constituent une motivation formelle suffisante, tant en fait qu'en droit, pour relancer le marché selon la procédure négociée, et que l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, d), de la loi du 24 décembre 1993 n'exige pas que les soumissionnaires satisfassent aux exigences de la sélection qualitative préalablement à la procédure négociée, mais bien que soient consultés tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique; que, dans une quatrième branche, elle soutient que le fait que le bon de commande dût être délivré avant le 23 décembre 2008, couplé au constat d'irrégularités substantielles des offres, démontrait à suffisance l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles à ne pas attribuer le marché et à le relancer suivant un autre mode de passation, et qu'elle n'était pas tenue, au titre de l'exigence de motivation formelle d'indiquer les motifs des motifs de sa décision, à savoir les circonstances, bien connues de la partie adverse, au regard desquelles il était impératif de délivrer le bon de commande avant le 23 décembre 2008; qu'en une cinquième branche, elle considère que la prétendue irrégularité de l'offre de la société SOCATRA déduite de ce que la copie de cette offre transmise à la partie adverse était incomplète, ne constitue pas un motif pertinent d'annulation alors que l'autorité de tutelle eût dû se rendre compte qu'il s'agissait d'un problème de photocopie ne reproduisant l'offre qu'une page sur deux; qu'en une

sixième branche, elle fait valoir que l'illégalité de l'arrêté du 9 janvier 2009 rejaillit sur l'arrêté du 19 janvier 2009, second acte attaqué, qui l'invoque à titre de motif déterminant;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, à titre liminaire, que le premier acte attaqué comporte plusieurs motifs, et que, sur la base de la théorie de la pluralité des motifs, le juge n'annule pas une décision fondée sur deux ou plusieurs motifs dont l'un ou certains seulement sont illégaux lorsqu'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle n'avait retenu que le ou les motifs légaux ; qu'il en résulte que le requérant n'a intérêt au recours que pour autant que toutes les branches du premier moyen soient déclarées fondées;

Considérant qu'au sujet de la première branche, elle souligne que, le 14 octobre 2008, soit après la fin du délai de tutelle, la partie requérante a publié un avis rectificatif au Bulletin des adjudications, mais que cet avis n'a pas été visé dans la délibération d'attribution du marché adoptée par le collège le 2 décembre 2008, ni transmis à l'autorité de tutelle avec les documents d'attribution de marché, et que, l'autorité de tutelle n'en ayant pas eu connaissance au moment de l'analyse du dossier d'attribution, elle n'a pas pu en tenir compte et statuer sur son contenu lors de l'adoption du premier acte attaqué; que, pour publier un avis rectificatif à l'avis de marché adopté lors de la séance du 17 septembre 2008, le conseil communal de la requérante devait adopter une nouvelle délibération en néerlandais et en français, mais qu'il ne ressort nullement du dossier de la requérante transmis à la tutelle qu'elle aurait adopté une telle délibération; que, dans ces conditions, l'avis rectificatif du 14 octobre 2008 est illégal et ne doit pas être pris en considération; qu'enfin, si la première branche du premier moyen devait aussi être interprétée comme se référant à la sélection qualitative des soumissionnaires et, suite à l'écartement de leurs offres, à la motivation du recours à la procédure négociée sans publicité, la partie adverse renvoie aux développements ayant trait aux troisième et quatrième branches du premier moyen;

Considérant qu'en réponse à la deuxième branche, elle expose que l'article 31.10.26 du cahier spécial des charges dispose que le soumissionnaire remet avec son offre un dessin figurant une coupe de principe établie dans un profilé ouvrant là où il est solidaire de la pièce d'appui et du seuil, à échelle 1/1, que, sur cette coupe, apparaîtront tous les éléments constitutifs du châssis permettant de juger de la construction proposée, que, après confirmation de la commande et trente jours au moins avant que le constructeur ne commence l'exécution des châssis, l'entrepreneur soumettra les plans d'exécution de chacun des châssis de la commande, ainsi que les

notes de calcul justifiant de la conformité aux présentes prescriptions, que ce n'est qu'après qu'il soit en possession des plans éventuellement corrigés ou signés pour accord par l'auteur de projet que le constructeur peut entamer l'exécution; que le formulaire d'offre ne reprend pas l'exigence de la production de ce dessin, que le point "F. Documents annexés à mon offre" est libellé comme suit :

- " Les documents dont la production est exigée par le cahier spécial des charges régissant la présente entreprise, datés et signés, sont :
- * Un certificat de visite dûment signé
 - * Formulaire d'offre «Coordination de sécurité» dûment complétée et signée
 - * La charte de prévention dûment complétée et signée
 - * Le PSS dûment complété et signé
 - * Le métré récapitulatif dûment complété et signé
 - * Une attestation de l'agrération de l'entrepreneur
 - * Les documents demandés aux articles 4.13 et 4.14 du CSC
 - * Le cas échéant, la justification des erreurs ou omissions éventuelles relevées dans les documents d'adjudication";

que, par conséquent, ni le cahier spécial des charges ni le formulaire d'offre n'imposent la remise du document sous peine de nullité de l'offre, que, si une offre n'est pas conforme aux exigences du cahier spécial des charges, elle sera considérée comme irrégulière, pour autant que la non-conformité porte sur une exigence essentielle du marché; que, à défaut d'avoir exprimé une clause expresse de nullité dans le cahier spécial des charges et compte tenu du fait que toute irrégularité ne constitue pas ipso facto une irrégularité substantielle, il appartient au pouvoir adjudicateur d'expliquer, et donc de motiver, en quoi une irrégularité peut revêtir ce caractère; que l'exigence de motivation formelle d'un acte administratif est proportionnelle au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte, que plus ce pouvoir est large, plus la motivation se doit d'être précise, et doit refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité; qu'en l'espèce, le pouvoir d'appréciation de la partie requérante est large, qu'elle était dès lors tenue de motiver formellement sa décision en faisant ressortir la raison pour laquelle l'absence de ce dessin constitue une irrégularité substantielle, justifiant l'écartement des deux offres et, partant, la non-attribution du marché, qu'il ne s'agit pas, comme le prétend la requérante, d'indiquer les motifs des motifs, mais uniquement les motifs ; que tel n'a pas été le cas en l'espèce, la décision d'ériger la non-communication du dessin en irrégularité substantielle n'ayant pas été motivée; que, par ailleurs, la partie requérante ne saurait valablement justifier que le dessin sur lequel doivent figurer les éléments du châssis constitue un élément substantiel du marché, dont l'absence entraînerait l'irrégularité de l'offre, car le poste 31.10.26 pour lequel le dessin était requis représente à peine un pour cent de la valeur totale de l'offre et treize pour cent du montant total afférent aux menuiseries extérieures, soit un pourcentage négligeable par rapport au montant des travaux à réaliser; que, pour le surplus, la requérante soutient qu'en tout état de cause, "au moins deux autres motifs excluaient qu'aucun

des deux soumissionnaires ayant remis une offre puisse être sélectionné et, partant, leur offre retenue"; qu'à l'estime de la partie adverse, ce raisonnement ne saurait être suivi; qu'en effet, dès lors que, dans le cadre d'un marché public, la phase de sélection doit être distinguée de la phase de l'attribution, et, partant, du contrôle de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur ne peut examiner les offres que des seuls soumissionnaires sélectionnés; qu'elle ajoute que cette considération a un impact important sur le déroulement de la procédure, d'autant plus lorsque le pouvoir adjudicateur a recours à l'article 17, § 2, 1^o, d) de la loi du 24 décembre 1993, ce qui est le cas en l'espèce; qu'elle rappelle que, dans l'hypothèse du recours à l'article 17 précité, seuls les soumissionnaires sélectionnés dans le cadre de la procédure initiale peuvent être consultés, ce qui signifie, en d'autres termes, que si les soumissionnaires sont évincés au stade de la sélection, ces derniers ne peuvent plus être consultés dans le cadre de la procédure négociée sans publicité; qu'il s'ensuit, pour la partie adverse, que le fait qu'in fine, "les offres n'ont quand même pas été retenues pour des motifs d'irrégularité" ne saurait mettre un terme au grief invoqué par la partie adverse;

Considérant qu'en ce qui concerne la troisième branche, la partie adverse soutient qu'en raison du fait que la procédure négociée sans publicité déroge aux principes de concurrence et de publicité, les hypothèses autorisant à y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, et qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement, et ce, en motivant formellement sa décision de recourir à la procédure négociée sans publicité; qu'afin d'apprécier la légalité de l'acte, il y a lieu de n'avoir égard qu'aux seuls motifs exprimés dans l'acte ; que, pour ce qui concerne "les motifs de droit", force est de constater que la délibération du 2 décembre 2008 n'indique aucune hypothèse de justification du recours à la procédure négociée sans publicité, se contentant de mentionner "l'article 17, § 2, al. 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993"; que la délibération qui ne mentionne pas la base légale du recours à la procédure négociée sans publicité viole la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; que la partie requérante ne motive pas non plus "en fait" le choix de la procédure négociée sans publicité, qu'à la lecture de ladite délibération, deux hypothèses sont cependant envisageables, puisque la délibération mentionne non seulement qu'il y a urgence dans la mesure où le bon de commande doit être délivré avant le 23 décembre, mais aussi que seules des offres irrégulières ont été déposées; que soit la requérante visait l'article 17, § 2, 1^o, c), de la loi du 24 décembre 1993 (cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles), soit elle visait l'article 17, § 2, 1^o, d), de la même loi (offres irrégulières); que la délibération du 2 décembre 2008 vise l'article 234, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale qui permet au collège des bourgmestre et échevins d'exercer d'initiative les pouvoirs dévolus au conseil "en cas d'urgence impérieuse

résultant d'événements imprévisibles"; que, si la volonté de la requérante était d'invoquer l'urgence impérieuse en application de l'article 17, § 2, 1°, c), de la loi du 24 décembre 1993, elle devait formellement motiver l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, que la requérante se contente d'indiquer que "le bon de commande [doit] être délivré avant le 23 décembre"; qu'une telle motivation en fait est insuffisante, la doctrine et la jurisprudence s'accordant pour dire que l'urgence impérieuse en question ne peut être le fait du pouvoir adjudicateur et doit conduire à ce qu'il est impossible pour le pouvoir adjudicateur de respecter les délais pour les procédures "classiques", mêmes raccourcis; qu'en l'espèce, la requérante a dû recommencer par trois fois la délibération afférente à la fixation des conditions du marché; que, malgré les nombreuses remarques formulées par la tutelle dès le premier arrêté ministériel du 9 juin 2008, les documents transmis par la requérante étaient toujours entachés de nombreuses irrégularités; que la requérante a publié l'avis de marché avant la fin du délai de tutelle d'approbation et contre l'avis du service de tutelle, et que, après vérification de la troisième version officielle du cahier spécial des charges, de nombreuses remarques devaient encore être formulées; que, par conséquent, en recommençant par trois fois la procédure et en décidant de publier l'avis de marché et de communiquer des documents de marché entachés d'irrégularités - pourtant dénoncées à maintes reprises par l'autorité de tutelle -, l'urgence invoquée par la requérante à l'appui du recours à la procédure négociée sans publicité est illégale, en ce qu'elle est le fait de la requérante elle-même; que, si la volonté de la requérante était, par contre, d'invoquer l'application de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993, le recours audit article impose au pouvoir adjudicateur de ne consulter que les soumissionnaires qui satisfaisaient aux critères de sélection qualitative formulés dans l'avis de marché relatif à la procédure initiale, que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'article 17, § 2, 1°, d), subordonne le recours à la procédure négociée sans publicité dans les hypothèses qu'elle vise, à savoir des offres irrégulières ou proposant des prix inacceptables, à deux conditions dont l'une a trait aux soumissionnaires à consulter; que, dans l'hypothèse du recours à l'article 17, § 2, 1°, d), le pouvoir adjudicateur ne peut consulter que les soumissionnaires qui ont été sélectionnés dans le cadre de la procédure initiale, qu'en l'espèce, dans le cadre de la procédure négociée sans publicité en vertu de l'article 17, § 2, 1°, d), la requérante ne pouvait pas sélectionner les sociétés SOCATRA et IN ADVANCE, puisque ces dernières ne répondaient pas aux critères de sélection de la procédure initiale, qu'en effet, la société SOCATRA n'a pas satisfait à l'ensemble des exigences de la sélection qualitative dans la mesure où elle n'a pas remis de chiffre d'affaires spécifique aux travaux similaires (constructions neuves de logement) pour les trois dernières années, se limitant à préciser que plus de trente pour cent en moyenne des chiffres d'affaires des trois dernières années ont été réalisés en rénovations/transformations, alors que cette information n'est pas pertinente quant au

chiffre d'affaires spécifique aux travaux de constructions neuves de logement; qu'il en est de même pour la société IN ADVANCE, qui n'a pas remis de chiffre d'affaires réalisé en travaux similaires pour les trois dernières années, et qui n'a pas joint à son offre les certificats de bonne exécution pour des travaux similaires tels que définis dans le cahier spécial des charges et a communiqué des documents relatifs au paiement des impôts et de la T.V.A. établis à une date antérieure à celle requise dans l'avis de marché; que, dans sa délibération du 2 décembre 2008, le collège des bourgmestre et échevins de la requérante indique, à tort, que "les deux firmes ont fourni les attestations demandées prouvant leur capacité technique et financière"; que, dans ces conditions, la requérante aurait dû soit inviter les soumissionnaires à compléter leur dossier conformément à l'article 20, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, soit ne pas les sélectionner; que, étant donné que la requérante n'a pas jugé utile de les inviter à compléter leur dossier, c'est à tort qu'elle les a sélectionnés dans le cadre de la première procédure et, partant qu'elle les a consultés dans le cadre de la procédure négociée sans publicité; que, si la requérante souhaitait consulter les sociétés SOCATRA et IN ADVANCE, il lui était loisible de recourir à la procédure négociée avec publicité au sens de l'article 17, § 3, 1°, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, qu'en tout état de cause, que le recours à la procédure négociée sans publicité soit basé sur l'urgence ou sur l'irrégularité des offres, la requérante n'a pas procédé à l'examen des circonstances concrètes du dossier; que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur ne motive pas le choix de l'hypothèse du recours à la procédure négociée sans publicité, il ne justifie donc pas que les circonstances exceptionnelles autorisant le recours à cette dérogation existent effectivement;

Considérant qu'en réponse à la quatrième branche, la partie adverse rappelle que la nouvelle loi communale prévoit une attribution de compétences au profit du collège en cas d'"urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles"; que l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles doit être spécialement motivée, ne peut être le fait du pouvoir adjudicateur et doit conduire à ce qu'il est impossible pour le pouvoir adjudicateur de respecter les délais pour les procédures "classiques", mêmes raccourcis, que la requérante n'a pas motivé le recours à l'article 234, alinéa 1^{er}, d'une part, et c'est elle qui a créé l'urgence, d'autre part; que le marché litigieux n'étant pas pressé par une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles au sens de l'article 234, alinéa 1^{er}, il n'appartenait pas au collège de s'emparer d'initiative de la compétence du conseil communal de choisir le mode de passation;

Considérant qu'à propos de la cinquième branche, la partie adverse soutient que lors d'un contrôle tutélaire, la requérante doit transmettre à l'autorité de tutelle tous les documents nécessaires audit contrôle; que la copie du formulaire de

l'offre de la société SOCATRA transmise à l'autorité de tutelle était incomplète, n'étant ni datée, ni signée par le soumissionnaire; qu'il est possible qu'il s'agisse là d'une simple erreur matérielle de la requérante, mais il lui incombe d'en rapporter la preuve ; que la requérante n'a aucun intérêt à un moyen qui est dirigé contre un motif surabondant du premier acte attaqué, c'est-à-dire un motif non déterminant de celui-ci, le premier acte attaqué reposant sur un ou plusieurs motifs déterminants; qu'il est incontestable que l'auteur de la partie adverse aurait pris la même décision, puisque la mention de la copie incomplète du formulaire de l'offre n'est que surabondante par rapport aux autres motifs d'annulation;

Considérant, quant à la sixième branche, que la partie adverse expose que la décision d'attribuer le marché constitue l'aboutissement d'une opération complexe dont les décisions successives de recourir à un marché, de choisir la procédure négociée sans publicité, d'arrêter le cahier des charges, de sélectionner et de comparer les offres en présence marquent les différentes étapes préalables; que, si une de ces étapes est entachée d'une illégalité, cette illégalité rejaillit sur toute la procédure, et partant, sur l'attribution du marché à un soumissionnaire; que la délibération du 2 décembre 2008 d'arrêter la procédure et de la recommencer selon une procédure négociée sans publicité est entachée de nombreuses irrégularités, qui vicie toute la procédure; que, lorsqu'une autorité de tutelle annule l'acte, celui-ci est censé ne jamais avoir existé et disparaît de l'ordonnancement juridique et qu'en annulant la délibération du 2 décembre 2008, la délibération du 16 décembre 2008 a donc perdu tout fondement juridique;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient, à titre liminaire, que le moyen pris de l'erreur dans les motifs est fondé lorsqu'un motif déterminant est vicié et qu'il ne peut être établi que les autres motifs à eux seuls auraient été retenus pour adopter une décision identique tandis que le Conseil d'Etat ne saurait substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative quant au caractère déterminant ou non de tel ou tel motif retenu; qu'au sujet de la première branche, elle réplique qu'il est inexact de prétendre que la publication de l'avis rectificatif devait être précédé d'une nouvelle délibération du conseil communal; que l'objet du marché portait sur la construction de nouveaux logements, de sorte que la mention du texte néerlandais apparaissait comme une erreur matérielle par rapport au texte de la version française; que ce n'est pas cette prétendue illégalité qui a fondé la décision d'annulation de la délibération du 2 décembre 2008, et qu'à supposer la contradiction avérée, elle ne pourrait justifier l'annulation de la délibération qui décide d'écarter les deux offres remises et de recourir à la procédure négociée; que, pour ce qui concerne la deuxième branche, elle déclare notamment avoir fait preuve d'une sévérité identique envers les deux soumissionnaires puisque chacune des deux offres

a été déclarée irrégulière et écartée pour ce motif; qu'elle estime que son appréciation ne revêt aucun caractère manifestement déraisonnable car les portes et les châssis représentent une importance primordiale dans la construction d'un bâtiment "passif"; qu'il est manifestement déraisonnable, dans le chef de la partie adverse, de se prévaloir d'un défaut de motivation formelle s'agissant de la décision de déclarer des offres irrégulières, lorsqu'elle considère, par ailleurs, que les auteurs de ces offres ne pouvaient être sélectionnés; qu'elle persiste à soutenir, à propos de la troisième branche, que la référence à l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 précitée est suffisante, et que le doute n'est pas permis quant au fait que c'est l'hypothèse du 1^o, d), qui est visée, car seules des offres irrégulières ont été remises, que la référence à l'urgence n'intervient qu'après avoir visé l'article 234 de la nouvelle loi communale, ce dont - à son estime - la partie adverse a conscience; que, dans l'hypothèse de la mise en œuvre de l'article 17, § 2, 1^o, d), la réponse aux conditions de la sélection qualitative ne paraît pas pouvoir être présentée comme une exigence préalable à la décision de recourir à la procédure négociée sans publicité; qu'enfin, il lui paraît déraisonnable de prendre prétexte de ce que les candidats ne satisfaisaient pas entièrement aux exigences de la sélection qualitative pour contester le recours à l'article 17, § 2, 1^o, d); qu'elle estime, pour ce qui concerne la quatrième branche, que la partie adverse tente vainement d'accréditer la thèse de la "création" de l'urgence, et que, confrontée à deux offres irrégulières qui constituent un événement imprévisible, elle ne pouvait suivre la procédure classique dans des conditions lui permettant de délivrer le bon de commande avant le 23 décembre 2008, ce qui impliquait la perte d'un subside régional; que, pour ce qui concerne la cinquième branche, elle fait valoir que rien dans le libellé du motif ne permet d'en déduire un caractère surabondant; qu'enfin, à propos de la sixième branche, elle soutient qu'il y aura nécessairement lieu de conclure à son bien fondé, si une des branches précédentes est déclarée fondée;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante souligne notamment, à propos de la troisième branche, l'indépendance entre les dispositions de l'article 234, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale et de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, c), de la loi du 24 décembre 1993, rappelant qu'en l'espèce, elle n'avait invoqué l'urgence que par référence à la première de ces dispositions; que, s'agissant de la quatrième branche, pour établir qu'il ne peut raisonnablement être soutenu que la référence à la nécessité de délivrer un bon de commande avant le 23 décembre 2008 était insuffisante en fait, elle expose les considérations qui l'autorisent à démontrer que la partie adverse connaissait bien les circonstances liées à cette échéance;

Considérant, quant aux première et cinquième branches, que, s'ils étaient établis, les manquements reprochés à la requérante pourraient, le cas échéant,

conduire à l'annulation d'une décision d'attribution du marché; qu'ils ne peuvent toutefois justifier l'annulation, par l'autorité de tutelle, de la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur renonce précisément à l'attribution du marché litigieux; qu'en ces deux branches, le moyen est fondé;

Considérant, quant à la deuxième branche, que la requérante avait écarté les offres des deux soumissionnaires au motif, notamment, qu'aucune d'entre elles ne contenait le "dessin figurant une coupe de principe établi dans un profilé ouvrant là où il est solidaire de la pièce d'appui et du seuil, à l'échelle 1/1" tel qu'exigé par le point 31.10.26 du cahier des charges; qu'il se déduit de cette constatation et des conséquences qu'en a tirées la requérante, que celle-ci tenait l'irrégularité pour être à ce point grave qu'elle pût vicier les offres; que par cette constatation, elle a régulièrement motivé sa décision, sans être tenue, pour le surplus, d'en donner les motifs des motifs; qu'il s'ensuit que le premier acte attaqué, qui annule la délibération du 2 décembre 2008, en faisant grief à la requérante de n'avoir pas respecté les obligations que lui impose la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, n'est pas adéquatement motivé; qu'en cette branche, le moyen est fondé;

Considérant dès lors que le moyen a été jugé fondé ci-dessus en ses première, deuxième et cinquième branches, qu'il est vain d'invoquer la théorie de la pluralité des motifs;

Considérant, quant à la troisième branche, qu'il s'imposait à la requérante de viser précisément celle des hypothèses définies à l'article 17, § 2, 1°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, sur laquelle elle fondait sa décision de recourir à la procédure négociée sans publicité préalable; que la partie adverse retient l'absence de motivation en droit après avoir relevé que la délibération du 2 décembre 2008 ne mentionnait pas la référence légale fondant le choix du mode de passation; que ce constat et la conséquence qu'en a tirée la partie adverse quant à l'absence de motivation en droit suffisent à justifier le premier acte attaqué, en tant qu'il décide que le choix du recours à la procédure négociée ne répond pas à l'exigence de motivation formelle; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, quant à la quatrième branche, que, si la requérante n'était pas tenue de donner les motifs des motifs de sa décision, il lui incombait de faire suffisamment apparaître que les circonstances invoquées pour justifier l'urgence attestaient que celle-ci résultait bien d'événements imprévisibles; qu'en l'espèce, la seule circonstance invoquée, au titre de motivation de l'urgence, dans la délibération

du 2 décembre 2008, est l'échéance du 23 décembre 2008 avant laquelle le bon de commande devait être délivré; qu'il apparaît des écrits de procédure de la requérante, que tant elle-même que la partie adverse connaissaient l'importance de cette échéance depuis près de quatre ans; que, dans ces circonstances, il ne peut être fait grief à la partie adverse ni de s'être abstenue d'interpeller la requérante pour obtenir d'autres informations, ni d'avoir considéré que l'échéance du 23 décembre 2008 ne pouvait être considérée comme un événement imprévisible; que, sans porter l'appréciation manifestement déraisonnable que lui reproche la requérante, la partie adverse a pu considérer que l'urgence impérieuse invoquée n'était pas suffisamment établie; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, quant à la sixième branche, que, par le premier acte attaqué, la partie adverse annule la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la requérante, du 2 décembre 2008, aux termes de laquelle il était décidé, d'une part, de renoncer à l'attribution du marché passé par adjudication publique, et, d'autre part, de relancer le même marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable; que la délibération annulée contenait ainsi deux décisions distinctes; qu'il s'ensuit que le premier acte attaqué contient également deux chefs de décision distincts, relatifs à chacun des objets de la délibération annulée;

Considérant qu'il apparaît de l'examen des cinq premières branches du moyen que les illégalités décelées ne vicient le premier acte attaqué qu'en tant qu'il annule la renonciation à l'attribution du marché par adjudication publique, et ne peuvent être considérées comme affectant cet acte en tant qu'il annule la décision de relancer le marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable; que, par ce chef de décision vainement critiqué, la partie adverse justifie adéquatement le deuxième acte attaqué; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un second moyen de la violation de l'article 13, 12°, de l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale et de l'excès de pouvoir, dans lequel elle expose en substance que les deux actes attaqués annulent des délibérations de son collège des bourgmestre et échevins alors que les actes des autorités communales ayant pour objet le choix du mode de passation des marchés publics sont soumis à une tutelle d'approbation; qu'elle soutient que l'illégalité de l'arrêté du 9 janvier 2009 annulant la délibération du 2 décembre 2008 relançant le marché suivant un autre mode de passation rejaillit sur le second acte attaqué et que l'arrêté du 9 janvier 2009 ne constitue pas un motif adéquat pour justifier le second acte attaqué;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, en synthèse, que l'article 10 de l'ordonnance du 14 mai 1998 précitée organise une tutelle générale pour les actes par lesquels l'autorité communale viole la loi ou blesse l'intérêt général; que l'article 10, alinéa 3, fixe à trente jours le délai d'exercice de la tutelle pour ce qui concerne le choix du mode de passation, la fixation des conditions et l'attribution des marchés publics subsidiés dans le cadre de l'ordonnance du 7 octobre 1993 organique des quartiers, ordonnance applicable à l'espèce; que l'article 13, 12°, de l'ordonnance du 14 mai 1998 organise une tutelle d'approbation sur le choix du mode de passation et la fixation des conditions de certains marchés; que, pour un même acte, deux tutelles peuvent s'exercer; que la délibération du 2 décembre 2008 du collège des bourgmestre et échevins a un double objet, étant la non-attribution du marché et le recommencement de la procédure selon la procédure négociée sans publicité; que la décision de non-attribution ne peut faire l'objet que d'une tutelle d'annulation; que, comme les deux décisions du 2 décembre 2008 sont prises dans un même acte et qu'elles sont indissociables, l'autorité de tutelle a pris un arrêté d'annulation, tutelle possible pour les deux objets de la délibération; que, à titre subsidiaire, s'il fallait considérer que les mécanismes de tutelle instaurés par les articles 10 et 13 de l'ordonnance du 14 mai 1998 ne peuvent être exercés de manière concurrente, la délibération du 16 décembre 2008 est illégale car fondée sur celle du 2 décembre 2008; que la tutelle d'approbation qui aurait dû être exercée selon la partie requérante, constitue une condition suspensive dont dépend l'exécution de l'acte contrôlé; que, si la délibération du 2 décembre 2008 était soumise à cette tutelle, elle n'aurait pu sortir d'effet avant les trente jours de la réception de l'acte par l'autorité de tutelle, soit avant le 9 janvier 2009; que la partie requérante a fait produire des effets de droit à sa délibération le jour même de son édicition; que l'attribution ne pouvait avoir lieu le 16 décembre 2008; que la délibération du 16 décembre 2008 était également soumise à tutelle générale, et ne pouvait être exécutée avant le 19 janvier suivant; que la requérante admet avoir envoyé le bon de commande le 19 décembre 2008; que la délibération du 16 décembre 2008 est illégale pour se fonder sur la délibération du 2 décembre 2008; que, même en admettant que la délibération du 2 décembre 2008 n'ait pu faire l'objet d'une tutelle générale d'annulation, cette délibération ne pouvait sortir ses effets avant le 9 janvier 2009, en telle sorte qu'elle ne pouvait servir de fondement à la délibération du 16 décembre 2008 et que, même si le Conseil d'Etat considère qu'il y a concours de tutelle, la délibération du 2 décembre 2008 ne peut fonder une décision d'attribution, puisqu'elle aura disparu de l'ordonnancement juridique;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante objecte que l'article 10 de l'ordonnance du 14 mai 1998 ne peut s'appliquer qu'aux marchés d'une valeur égale ou inférieure à 500.000 euros; que, citant un auteur de doctrine, l'on

admet que la tutelle générale ne peut être exercée à l'égard d'un acte soumis à la tutelle spéciale; que la thèse développée par la partie adverse invitant le Conseil d'Etat à se livrer à une substitution de motifs ne peut être suivie et qu'il est inexact d'affirmer qu'une décision ne pourrait être prise sur le fondement d'un acte administratif soumis à tutelle d'approbation mais non encore approuvé;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante laisse entendre que, sur la base d'un raisonnement similaire à celui qu'elle avait développé à propos de la troisième branche du premier moyen, une situation d'urgence ne pourrait être invoquée pour justifier que, par application de l'article 13, 12°, b) de l'ordonnance du 14 mai 1998, il soit fait exception à la tutelle d'approbation, au profit d'une tutelle d'annulation;

Considérant que, dans leur version applicable en l'espèce, les articles 10 et 13 de l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale sont rédigés en ces termes :

" [...] Art. 10. Le Gouvernement peut annuler par arrêté l'acte par lequel une autorité communale viole la loi ou blesse l'intérêt général.

Le délai d'annulation est de quarante jours à partir de la réception de l'acte ou, le cas échéant, de la réception de l'acte par lequel l'autorité communale justifie un acte suspendu.

En ce qui concerne le choix du mode de passation, la fixation des conditions et l'attribution des marchés publics de travaux, de fourniture et de services subsidiés dans le cadre de l'ordonnance du 7 octobre 1993 organique de la revitalisation des quartiers, ce délai est ramené à trente jours.

[...]

Art. 13. Sont soumis à l'approbation du Gouvernement, les actes des autorités communales portant sur les objets suivants :

[...]

12° le choix du mode de passation et la fixation des conditions des marchés de travaux, de fournitures et de services. L'approbation n'est pas requise :

a) lorsque la valeur globale du marché est égale ou inférieure à 249.600 EUR, la taxe sur la valeur ajoutée non comprise, pour les marchés de fournitures et de services et à 500.000 EUR, la taxe sur la valeur ajoutée non comprise, pour les marchés de travaux. [...]

b) pour les marchés visés à l'article 17, § 2, 1°, C, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.";

qu'il se déduit de ces dispositions que lorsque, en vertu de l'article 13, 12°, de cette ordonnance, l'approbation n'est pas requise, le choix du mode de passation du marché est soumis à la tutelle générale d'annulation; qu'au titre de celle-ci, la partie adverse

peut censurer le choix de recourir à la procédure négociée sans publicité préalable, lorsqu'il n'est pas adéquatement motivé; qu'il ressort des motifs vainement critiqués du premier acte attaqué que, à défaut de référence précise à la disposition légale autorisant le recours à la procédure négociée sans publicité préalable, la partie adverse a pu considérer que la requérante se revendiquait de l'urgence visée à l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, c) de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et exercer légalement les pouvoirs qui lui sont attribués au titre de la tutelle générale d'annulation, par l'article 10 de l'ordonnance du 14 mai 1998 précitée; qu'en décidant, pour le surplus, que, par l'effet de l'annulation de la délibération du 2 décembre 2008, il était impossible de donner suite à la procédure d'attribution du marché litigieux, la partie adverse motive adéquatement le second acte attaqué; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulé l'arrêté du Ministre-Président du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 9 janvier 2009, en ce qu'il annule la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Schaerbeek du 2 décembre 2008, en tant qu'il décide de ne pas attribuer le marché public de travaux relatif à la construction d'un immeuble à l'angle de l'avenue G. Rodenbach et de la Rue A. France.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge des parties requérante et adverse, à concurrence de 87,50 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
premier juillet deux mille onze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.