

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA XII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 220.742 du 25 septembre 2012

A.206.143/XII-7047

En cause : la S.A. DREDGING INTERNATIONAL,
assistée et représentée par
Me Annelies Verlinden, avocat,
ayant son cabinet à 1050 BRUXELLES,
avenue Louise 106
où il est fait élection de domicile

contre :

la S.A. **VOIES NAVIGABLES ET CANAL MARITIME**,
assistée et représentée par
Mes Christophe Lenders et Joris Wouters, avocats,
ayant leur cabinet à 2018 Anvers,
Mechelsesteenweg 27
où il est fait élection de domicile.

I. Objet de la demande

1. La demande, introduite le 28 août 2012, a pour objet la suspension d'extrême urgence de l'exécution de « la décision des Voies navigables et du Canal maritime du 18 juillet 2012 de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution du contrat partiel 2 concernant le marché public 'Fort Filip à Noordkasteel – Rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma' ».

II. Déroulement de la procédure

2. La partie défenderesse a déposé une note.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui a eu lieu le 20 septembre 2012, à 10.00 heures.

M. Dierk Verbiest, président de chambre, a fait rapport.

Me Annelies Verlinden et Me Jackie Joossen, avocats, qui comparaissent pour la partie requérante, et Me Joris Wouters, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse, ont été entendus.

M. Luc Vermeire, premier auditeur, a donné un avis conforme au présent arrêt.

Il a été fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Les faits

3.1. En 2009, la partie défenderesse met en adjudication publique le marché de travaux, intitulé dans l'avis « Escaut maritime, rive droite, travaux d'endiguement à Anvers. Fort Filip à Noordkasteel. Rehaussement d'une digue à la hauteur sigma ».

L'avis est publié le 4 mars 2009 dans le Journal Officiel de l'Union européenne et le 6 mars 2009 dans le Bulletin des adjudications. Un avis d'informations complémentaires, avis d'informations sur une procédure incomplète ou avis rectificatif, est publié le 18 mars 2009 dans le Journal Officiel de l'Union européenne et le 20 mars 2009 dans le Bulletin des adjudications.

3.2. Le cahier spécial des charges 16EI/09/06 s'applique au marché. L'article 1.2 « Objet du marché » stipule que :

« L'objet du marché consiste à rehausser une digue existante à la hauteur sigma (11,00 m (DNG)) sur la rive droite de l'Escaut sur le territoire de la ville d'Anvers entre le Fort Filip et Noordkasteel. Afin d'obtenir une plage optimale de vasières et de lais, c'est un profil de digue réduit qui a été retenu.

Contrats partiels

Le présent marché est scindé en 4 contrats partiels. Chaque contrat partiel comporte une partie du marché intégral.

Les contrats partiels sont les suivants :

Contrat partiel 1 : travaux d'endiguement Fort Filip à Noordkasteel A

Contrat partiel 2 : travaux d'endiguement Fort Filip à Noordkasteel B

Contrat partiel 3 : Aménagement d'un bassin à Noordkasteel

Contrat partiel 4 : Aménagement d'un revêtement de la voirie de service

Dans son offre, le soumissionnaire remet un prix par contrat partiel.

Le soumissionnaire est néanmoins lié par le montant total de l'offre pour l'exécution du marché dans son intégralité. La comparaison et l'évaluation des offres s'effectuent, elles aussi, en fonction du montant total de l'offre.

La notification ne portera que sur un ou plusieurs contrats partiels.

Le pouvoir adjudicateur se réserve toutefois la faculté de notifier ultérieurement un des autres contrats partiels ou plusieurs d'entre eux.

Le pouvoir adjudicateur a en outre le droit de renoncer à la notification d'un des autres contrats partiels ou de plusieurs d'entre eux ou encore de mettre fin au marché après l'exécution d'un ou de plusieurs contrats partiels, sans être tenu à une quelconque indemnisation.

Pour l'application des dispositions de l'article 5, 6, 7, 15, 16, 17, 20, 28, 43 et 48 du cahier général des charges, chaque contrat partiel est considéré comme un marché distinct. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de faire se chevaucher dans le temps des contrats partiels. »

3.3. Dans une décision d'attribution du marché du 3 août 2009, « le marché de travaux 'Escaut maritime rive droite. Travaux d'endiguement à Anvers. Fort Filip à Noordkasteel. Rehaussement d'une digue à la hauteur sigma', est attribué selon le cahier des charges n° 16EI/09/06 [...] à la S.A. Dredging International pour un montant de 6.364.279,60 euros, (TVA non comprise) ».

3.4. Par lettre recommandée à la poste du 19 octobre 2009, qui reproduit dans les références la description du marché et le numéro du cahier des charges et qui porte la mention « Notification du contrat partiel 1 », la partie défenderesse informe la partie requérante « que, s'agissant du marché de travaux susvisé, votre contrat partiel 1 a été approuvé pour un montant de 2.735.619,10 euros ».

3.5. Selon la note, les travaux pour le contrat partiel 1 ont débuté le 14 décembre 2009.

3.6. Des conflits opposant les parties surgissent apparemment dans le cadre de l'exécution de ces travaux.

3.7. Dès lors que la concertation ne débouche sur aucun accord et en vue de parvenir à une solution, la partie défenderesse soumet le dossier à la Commission des Litiges des Marchés publics en matière de Mobilité (ci-après : Gecover) comme les parties en étaient apparemment convenues par lettre du 3 février 2012.

3.8. Le secrétaire de la Gecover communique par lettre du 19 juin 2012 le procès-verbal de la séance du 12 juin 2012 à la partie défenderesse en lui demandant de le soumettre au conseil d'administration et, en cas d'accord, de le faire signer, de porter cette décision à la connaissance de la partie adverse, d'en informer le secrétariat et de lui faire connaître la réaction de la partie adverse.

Ce procès-verbal énonce notamment ce qui suit :

« La Commission prend connaissance des constatations du groupe de travail constitué durant la séance précédente concernant le montant ultime que l'administration peut accepter comme base pour un règlement transactionnel avec l'entrepreneur.

Le président constate que le montant que le groupe de travail estime acceptable comme proposition de transaction (maximum 2.454.646,76 euros; 2.235.989,66 euros après une vérification ultime de la section Support technique général), est inférieur au montant proposé par la S.A. Voies navigables et Canal maritime dans la proposition transactionnelle de novembre 2011 s'élevant à 2.633.537,66 euros. Le président est d'avis que ce dernier montant doit être maintenu comme ultime proposition.

La Commission estime que la conclusion du contrat partiel 2 ne peut pas faire partie de la proposition, compte tenu :

- du caractère inacceptable de la proposition formulée par la S.A. Dredging International en exécution du contrat partiel 2 sur la base d'une indemnité forfaitaire (notamment avec refus de toute responsabilité pour les dommages résultant pour elle du projet).
- du fait que les dispositions du cahier des charges prévoient l'application du cas de figure des « marchés de contrats partiels » où le pouvoir adjudicateur a le droit de renoncer à la notification d'un ou de plusieurs contrats partiels;
- des modifications considérables qui doivent être apportées au contrat partiel 2, ayant probablement incité la S.A. Voies navigables et Canal maritime à remettre ce dernier en concurrence sous une forme modifiée ».

3.9. Le 18 juillet 2012, le conseil d'administration de la partie défenderesse approuve le procès-verbal précité ainsi que:

- « 2) la décision de ne pas passer le contrat partiel 2 du cahier des charges 16EI/09/06 concernant le marché d'entreprise « Escaut maritime à Anvers. Travaux d'endiguement entre Noordkasteel et Fort Filip jusqu'à Noordkasteel » et de recommencer la procédure d'attribution du CP 2 par la voie d'une adjudication suivant le cahier des charges 16EI/12/39;
- 3) le cahier des charges 16EI/12/39 « Escaut maritime rive droite entre Anvers Fort Filip et le pylône de haute tension ESSO – rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma ».

Une « décision motivée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution du contrat partiel 2 » a été signée le jour même par le président du conseil d'administration et l'administrateur délégué. Cette décision est la suivante :

« S.A. VOIES NAVIGABLES ET CANAL MARTITIME

Marché public d'entreprise de travaux

Escaut maritime RD – Travaux d'endiguement à Anvers – Fort Filip à Noordkasteel – rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma

Cahier des charges n° 16E1/09/06

Adjudication publique

Décision motivée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution pour le contrat partiel 2

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment les articles 18, 65/4, 65/5 et 65/9;

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 la décision du conseil d'administration de la S.A. Voies navigables et Canal maritime du 13 septembre 2006 concernant la délégation de pouvoirs;

Vu la publication du marché le 6 mars 2009 dans le Journal officiel de l'Union européenne et dans le Bulletin des adjudications;

Vu le cahier des charges n° 16 E1/09/06;

Vu le procès-verbal de l'ouverture des offres du 12 mai 2009;

Vu la décision d'attribution motivée du 3 août 2009;

Vu la conclusion du contrat partiel 1 le 19 octobre 2009;

Considérant qu'il est apparu au cours de l'exécution du contrat partiel 1 du cahier des charges 16E1/09/06 que le bilan réel des terres, à savoir, les quantités et la qualité des terres présentes, s'écarte fortement des résultats de l'étude du sol et donc des dispositions du cahier des charges;

Considérant que cet écart par rapport au cahier des charges entraîne non seulement d'importantes modifications aux quantités supposées du contrat partiel 1, impliquant des demandes de révision de prix mais aussi des modifications techniques du marché, à savoir :

- la non-exécution du transport par les voies navigables d'une grande quantité de terres; la non-réutilisation de la majeure partie des terres arables comme remblai pour la digue devant être construite;
- le transport de grandes quantités de terres grasses, y compris le stockage sur le chantier
- le traitement à la chaux des terres présentes dans le cadre des exigences de densification, posées dans le cahier des charges
- l'évacuation d'importantes quantités excédentaires de gravats, non prévus, localisés dans la digue, de même que le tamisage de ce matériau dans la zone de chantier;

Considérant que l'impact financier des travaux supplémentaires et des indemnisations résultant de cette circonstance imprévue, au cours de l'exécution du contrat partiel 1, a dès lors été très important, à savoir des coûts supplémentaires de l'ordre de 2.192.124,74 euros (80% du montant de l'adjudication) et une réduction des coûts à hauteur de -331.687,50 euros (12% du montant de l'adjudication);

Considérant que les postes 10, 18, 23, 24, 25, 26, 28 auxquels d'importantes modifications ont été apportées durant l'exécution du contrat partiel 1 s'appliquent également au contrat partiel 2, obligeant le pouvoir adjudicateur à modifier actuellement le cahier des charges initial 16E1/09/06 avant de procéder à la conclusion du contrat partiel 2;

Considérant que l'application de ces modifications pendant l'exécution du contrat partiel 2, à savoir sur la base de l'article 42 du Cahier général des charges, n'est pas une option, cette disposition s'appliquant seulement lorsque la nécessité ou l'utilité de modifications apparaît après la conclusion du marché et dans le courant de son exécution alors que cette nécessité est déjà établie à l'heure actuelle, préalablement à la conclusion du marché et à son exécution;

Considérant que pour être en mesure de garantir suffisamment l'égalité de traitement entre soumissionnaires, une nouvelle procédure d'attribution est nécessaire pour les travaux prévus dans le contrat partiel 2 du cahier de charges 16E1/09/06, permettant de la sorte à tout intéressé de soumissionner une nouvelle fois, en tenant compte des nouvelles quantités présumées et des travaux modifiés;

Décision

Article 1^{er}. Il n'est pas procédé à la passation du contrat partiel 2 du marché 'Escaut maritime rive droite Travaux d'endiguement à Anvers – Fort Filip à Noordkasteel – rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma' selon le cahier des charges 16E1-09-06.

Article 2. Pour les travaux décrits dans le contrat partiel 2 précité, une nouvelle adjudication publique est organisée en fonction d'un cahier des charges adapté.

Article 3. Approbation est donnée au cahier des charges adapté 16E1/12/39 'Escaut maritime rive droite – Travaux d'endiguement entre Anvers Fort Filip et le pylône ESSO – Rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma'.

Article 4. La présente décision motivée est portée à la connaissance des soumissionnaires ayant déjà déposé une offre pour le marché global 'Escaut maritime rive droite Travaux d'endiguement à Anvers – Fort Filip à Noordkasteel – rehaussement d'une digue aux hauteurs Sigma' ».

3.10. Dans une lettre du 2 août 2012, la partie défenderesse a communiqué à la partie requérante le procès-verbal précité de la séance du 12 juin 2012, approuvé par le conseil d'administration de Gecover le 18 juillet 2012.

Il y est également précisé que la décision de non-passation du contrat partiel 2 sera communiquée par courrier séparé à la partie requérante.

L'absence de publicité en ce qui concerne d'autres documents est ensuite motivée et les motifs justifiant que la décision de non-passation n'est pas contraire à de quelconques accords de la partie requérante, sont exposés comme suit :

« En ce qui concerne la teneur de la décision de non-passation, j'attire votre attention sur le fait que cette décision n'est pas contraire à de quelconques accords que vous pourriez passer. Le contrat partiel 2 du cahier des charges 16E1/09/06 n'a en effet pas été conclu en faveur de DI, de sorte que DI n'a aucun droit contractuel en ce qui concerne ce

contrat partiel. DI ne peut se prévaloir d'aucun droit à une quelconque indemnisation pour non-conclusion d'un contrat partiel. Les clauses du cahier des charges sont explicites à cet égard :

‘La notification ne portera que sur un ou plusieurs contrats partiels.

Le pouvoir adjudicateur se réserve toutefois la faculté de notifier ultérieurement un des autres contrats partiels ou plusieurs d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur a en outre le droit de renoncer à la notification d'un des autres contrats partiels ou de plusieurs d'entre eux ou encore de mettre fin au marché après l'exécution d'un ou de plusieurs contrats partiels, sans être tenu à une quelconque indemnisation.’ »

3.11. La partie défenderesse communique par lettre vraisemblablement recommandée à la poste, datée du 14 août 2012, à la partie requérante que la décision a été prise, « conformément à l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » de « ne pas procéder à l'attribution du contrat partiel 2 du marché public susvisé ». La « décision motivée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution du contrat partiel 2 », signée par le président du conseil d'administration et l'administrateur délégué, est jointe.

3.12. Le 28 août 2012, la partie requérante introduit la présente demande de suspension d'extrême urgence.

IV. Les conditions de suspension

4. Conformément à l'article 17, §§ 1^{er} et 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution d'extrême urgence ne peut être prononcée qu'à la triple condition que l'extrême urgence soit avérée, que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée attaqué soient invoqués et que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque de causer un préjudice grave difficilement réparable

Abstraction faite de la question de l'application en l'occurrence de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dont il doit éventuellement se déduire que les première et troisième conditions

précitées ne s'appliquent pas, il peut suffire de constater qu'il y a lieu, dans tous les cas, de rejeter la demande s'il devait apparaître ci-après qu'aucun des moyens n'est sérieux.

V. Examen des moyens

A. Premier moyen

Exposé du moyen

5. Dans un premier moyen, la partie requérante invoque la violation des articles 65/4, 65/5 et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de même que la violation de l'article 117 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, en combinaison avec l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 et de « l'obligation de motivation matérielle », ainsi que « la violation du cahier des charges applicable au marché et de la convention en cours relative au marché » :

« En ce que la partie défenderesse décide de ne pas attribuer les travaux du contrat partiel 2 du marché et de remettre en adjudication de ces travaux;

Et en ce que la partie défenderesse motive cette décision en alléguant que les travaux relatifs au contrat partiel 2 n'auraient pas encore été attribués à la partie requérante et que, partant, aucun contrat relatif à ces travaux n'aurait ainsi été conclu;

Bien qu'il ne puisse être question de non-passation des travaux du contrat partiel 2, ceux-ci ayant déjà été passés, respectivement attribués, lors de l'attribution du marché à la partie requérante (conformément à l'article 117 de l'A.R. du 8 janvier 1996);

Alors que la partie requérante a un droit contractuel à l'exécution de ces travaux du contrat partiel 2, compris dans le marché et dans la relation contractuelle entre la partie requérante et la partie défenderesse;

Et, alors que les articles 65/4, 65/5 et 65/9 de la loi sur les marchés publics énoncés par la partie défenderesse, ne s'appliquent qu'à l'arrêt d'une procédure d'attribution en cours avant qu'il ait été procédé à l'attribution du marché public concerné;

Et, alors que le principe de motivation matérielle requiert que la décision repose sur des motifs exacts en fait ou admissibles en droit;

De sorte que les dispositions figurant dans ce moyen et l'obligation de motivation matérielle de la partie défenderesse ont été violés ».

Ce moyen est exposé de manière circonstanciée.

Appréciation

6. Dans ce moyen, la partie requérante réagit, dans une large mesure, à la conclusion du marché concernant le contrat partiel 2 mais parfois également à la conclusion du marché partiel 3. Il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce dernier point dès lors que l'objet de la demande est la décision du 18 juillet 2012 de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution pour ce contrat partiel. Il ne s'avère pas non plus qu'une même décision ait été prise pour le contrat partiel 3.

7. L'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 dispose :

« L'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode. Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode, à la condition qu'il se soit expressément réservé ce droit dans le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu ».

Conformément à cet article 18, alinéa 1^{er}, un pouvoir adjudicateur peut ainsi tant renoncer à l'attribution du marché que refaire la procédure, si besoin suivant un autre mode, si ce n'est qu'il ne peut procéder, à cet égard, de manière arbitraire et que cette décision doit reposer sur des motifs admissibles en fait et en droit, susceptibles de justifier la décision.

En vertu de l'article 65/4, alinéa 1^{er}, 6°, combiné à l'article 65/5, 8°, de la loi du 24 décembre 1993, l'autorité adjudicatrice établit une décision motivée « lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché »; cette décision motivée expose « les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la

nouvelle procédure d'attribution suivie ». L'article 65/9 de cette loi dispose que dès qu'elle a pris la décision de renoncer à passer un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires.

L'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, tel qu'il a été remplacé par l'article 31 de l'arrêté royal du 10 février 2010, dispose actuellement que :

« La conclusion du marché a lieu par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre. Elle ne peut être affectée d'aucune réserve. La notification a lieu par lettre recommandée, par télécopieur ou par d'autres moyens électroniques et pour autant que, dans les deux derniers cas, la teneur en soit confirmée dans les cinq jours par lettre recommandée. La notification est accomplie dans les délais par l'envoi de la lettre recommandée ou l'envoi par télécopieur ou par d'autres moyens électroniques dans le délai d'engagement visé à l'article 116 ».

Cet arrêté royal du 10 février 2010 est entré en vigueur le 25 février 2010 et dispose encore dans son article 76 que les marchés publics et les marchés publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation. Il semble ainsi qu'en ce qui concerne la clôture du présent marché, dont l'avis a été publié le 4 mars 2009 dans le Journal officiel de l'Union européenne et le 6 mars 2009 dans le Bulletin des adjudications, il faille tenir compte de l'article 117 tel qu'il était applicable avant sa modification par l'arrêté royal du 10 février 2010. L'article 117 s'énonçait alors comme suit :

« Le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire choisi, dénommé ci-après l'adjudicataire. La notification ne peut être affectée d'aucune réserve.

Cette notification est adressée par lettre recommandée à la poste. En cas de nécessité, la notification peut avoir lieu par télégramme, télex ou télécopieur ou par d'autres moyens électroniques, pour autant que sa teneur soit confirmée dans les cinq jours par lettre recommandée.

La notification est réputée accomplie par le dépôt au bureau postal ou télégraphique de la lettre ou du télégramme, ou de l'envoi par télex ou télécopieur (ou par d'autres moyens électroniques) effectué dans le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre en vertu de l'article 116 ».

8. Dans le moyen, la partie requérante soulève essentiellement que la décision de non-passation du contrat partiel 2 du marché 16EI/09/06 et de remise en adjudication de ces travaux est illégale parce que ces travaux « ont déjà été passés, respectivement attribués, lors de l’attribution du marché à la partie requérante (conformément à l’article 117 de l’A.R. du 8 janvier 1996) » et qu’elle « a donc un droit contractuel à l’exécution de ces travaux du contrat partiel 2 compris dans le marché et de la relation contractuelle entre la partie requérante et la partie défenderesse ».

Il semble donc que ce grief se rapporte à l’article 18 précité.

Dans la mesure où la décision attaquée est en outre présumée contraire aux articles 65/4, 65/5 et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993, ces dispositions ne semblent nullement pouvoir restreindre la possibilité d’arrêter la procédure, si ce n’est que cette décision doit être motivée. Dès lors que l’on considère qu’il n’est plus possible d’arrêter le marché ni de prendre une décision motivée en ce sens comme le requièrent les articles 65/4, 65/5 et 65/9, ce grief coïncide avec la violation invoquée de l’article 18.

La violation invoquée des articles 65/4, 65/5 et 65/9 ne semble donc pas être démontrée en l’occurrence.

9. Les pièces du dossier révèlent que, dans une décision d’attribution motivée, signée par le président du conseil d’administration et l’administrateur délégué le 3 août 2009, faisant référence à un rapport d’attribution du 16 juillet 2009, la partie défenderesse constate que « l’offre régulière la plus basse a été remise par la S.A. Dredging International » et décide que « le marché d’exécution de travaux ‘Escaut maritime rive droite travaux d’endiguement à Anvers. Fort Filip à Noordkasteel. Rehaussement d’une digue à la hauteur sigma’, suivant cahier des charges n° 16EI/09/06, est attribué à la Dredging International S.A. pour un montant de 6.364.279,60 euros, (TVA non comprise) ».

Par lettre, apparemment recommandée, datée du 19 octobre 2009, qui reproduit dans la référence la description du marché ainsi que le numéro du cahier des charges et qui mentionne « Notification du contrat partiel 1 », la partie défenderesse communique ensuite à la partie requérante « que votre contrat

partiel 1 a été approuvé pour un montant de 2.735.619,10 € (TVA) concernant le marché d'exécution susvisé ». Le montant du cautionnement, conformément à l'article 5, § 1^{er}, du Cahier général des charges (annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996), 1136.790 euros, soit 5 % de 2.735.619,10 euros est mentionné et il est demandé de fournir la preuve de ce cautionnement dans les 30 jours civils.

Le marché semble ainsi avoir été « attribué » - selon la terminologie en vigueur à l'époque en néerlandais « toegewezen », selon la terminologie actuelle « gegund » - dans son intégralité à la partie requérante alors qu'il semble que le marché a été, en ce qui concerne le contrat partiel 1 uniquement, attribué (« gegund aan ») à la partie requérante ou, selon la terminologie actuelle, conclu (« gesloten met ») avec elle.

10. La partie requérante allègue essentiellement dans ce moyen qu'une convention est déjà intervenue avec elle concernant l'intégralité du marché 16EI/09/06 et donc aussi pour le contrat partiel 2 alors que, selon la partie défenderesse, c'est seulement l'approbation de l'offre qui a été notifiée et que, par conséquent, seul un contrat a été conclu en ce qui concerne les contrats partiels 1 et 4.

Ainsi, ce sont la naissance et l'étendue de ladite convention qui font l'objet d'un litige entre les parties et se prononcer sur le caractère sérieux de ce moyen semble contraindre le Conseil d'État à statuer sur la violation éventuelle des droits que la partie requérante puiserait de cette convention; or, en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, de telles contestations semblent relever du pouvoir juridictionnel du juge ordinaire.

Le Conseil d'État semble dès lors dépourvu de pouvoir juridictionnel pour examiner ce moyen plus avant. Il y a lieu de le constater d'office. Interrogée sur ce point à l'audience, la partie requérante déclare que cette conclusion est envisageable.

Toutefois, il ne semble pas à première vue établi que le Conseil d'État soit donc également dépourvu de pouvoir juridictionnel pour connaître de

la demande dans son intégralité dès lors que les autres moyens ne sont pas fondés sur des contestations relatives à des droits contractuels.

Pour le déroulement de la présente procédure, il semble en tous cas qu'il faille provisoirement admettre – en tout état de cause jusqu'à ce qu'un juge compétent statue éventuellement autrement – que la convention concernant le marché a seulement été conclue par la partie défenderesse pour le contrat partiel 1 (et 4). Sous cet angle, la partie requérante ne prouve dès lors pas que la décision de renoncer à la conclusion du contrat partiel 2, ne pouvait pas être prise. L'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 ne semble pas s'opposer à pareille décision aussi longtemps que le contrat n'est pas conclu et la décision du 3 août 2009 d'attribution du marché à la partie requérante ne semble pas impliquer que le contrat avait déjà été conclu avant le contrat partiel 2.

11. Le premier moyen est rejeté.

B. Deuxième moyen

Exposé du moyen

12. Dans un deuxième moyen, la partie requérante invoque la violation de « l'arrêté du Gouvernement flamand du 7 mai 2004 portant adoption des statuts de l'Agence « Waterwegen en Zeekanaal » combiné à la décision du conseil d'administration de la S.A. Voies navigables et Canal maritime concernant la délégation de pouvoirs du 13 septembre 2006 » :

« En ce que la décision attaquée de la partie défenderesse a été prise et signée par l'administrateur délégué (Monsieur Leo Clinckers) et le président du conseil d'administration (Monsieur Albert Absillis);

Et en ce que la décision attaquée fait référence à la décision du conseil d'administration des Voies navigables et du Canal maritime concernant la délégation de pouvoirs du 13 septembre 2006 pour le pouvoir allégué de l'administrateur délégué et du président du conseil d'administration;

Alors que la décision du Conseil d'administration des Voies navigables et du Canal maritime concernant la délégation de pouvoirs du 13 septembre 2006 ne prévoit aucun pouvoir pour l'administrateur délégué et le président du conseil d'administration en ce qui concerne l'arrêt d'une procédure d'attribution en cours (point de départ erroné de la partie défenderesse, voir à ce sujet la critique de la légalité dans le deuxième moyen);

Et, alors que les statuts de la partie défenderesse, tels qu'ils sont fixés dans l'arrêté du Gouvernement flamand du 7 mai 2004 portant adoption des statuts de l'Agence « Waterwegen en Zeekanaal », prévoient que le conseil d'administration de la partie défenderesse est habilité à accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objectif de la partie défenderesse; que, partant, c'était dès lors exclusivement le conseil d'administration de la partie défenderesse qui pouvait prendre, à la majorité des voix, la décision attaquée;

De sorte que les décisions citées dans ce moyen ont été violées ».

Appréciation

13. Le moyen, tel qu'il est formulé dans la requête introductive, considère que seul le conseil d'administration de la partie défenderesse a le pouvoir de décider de l'arrêt d'une procédure d'attribution en cours et donc pas le président du conseil d'administration ni l'administrateur délégué de la S.A. Voies navigables et Canal maritime qui ont signé la décision motivée et notifiée du 18 juillet 2012.

Il ressort de la pièce 23 présentée par la partie défenderesse – un extrait du procès-verbal du conseil d'administration du 18 juillet 2012 – que le conseil d'administration donne le 18 juillet 2012 son approbation à la décision de ne pas passer le contrat partiel 2 du cahier des charges 16 EI/09/06 et de recommencer la procédure d'attribution en ce qui concerne le contrat partiel 2 par la voie d'une adjudication publique selon le cahier des charges 16EI/12/39 de même que son approbation à ce cahier des charges 16EI/12/39 « Escaut maritime Travaux d'endiguement rive droite entre Anvers Fort Filip et le pylône de haute tension ESSO – Rehaussement d'une digue à la hauteur Sigma ».

Comme le fait observer la partie défenderesse dans la note, la décision de non-passation du contrat partiel 2 et de remise en adjudication de ces travaux, semble avoir été prise par l'organe compétent selon la partie requérante.

À l'audience, la partie requérante expose qu'elle maintient le moyen parce qu'elle ne sait pas si le conseil d'administration de la partie défenderesse a pris cette décision pour les motifs évoqués dans « la décision motivée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure de passation en ce qui concerne le contrat partiel 2 » qui lui a été notifiée et qui est signée par le président du conseil d'administration et l'administrateur délégué.

Il semble toutefois pouvoir être admis que le conseil d'administration qui, selon le procès-verbal présenté, approuve « la décision » de non-passation du contrat partiel 2 et de remise en adjudication de ces travaux, a approuvé de ce fait la décision motivée et notifiée et par voie de conséquence aussi ses motifs.

14. L'hypothèse de fait au départ du moyen, à savoir le fait que la décision n'a pas été prise par le conseil d'administration, semble dès lors échouer et le moyen n'est, partant, pas sérieux.

C. Troisième moyen

Exposé du moyen

15. Dans un troisième et dernier moyen, la partie requérante invoque la violation de l'article 18, de l'article 65/4, 6°, et de l'article 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'obligation de motivation matérielle de même que la violation du « principe de proportionnalité, du principe du raisonnable et du principe de prudence »;

« En ce que, pour autant qu'il puisse déjà être question d'une procédure d'attribution en cours pour les travaux du contrat partiel 2 (ce qui n'est pas le cas, voir ci-dessus), la décision attaquée n'expose pas les motifs qui pourraient présider à un arrêt de cette procédure d'attribution;

Alors qu'une décision d'arrêt, prise en vertu de l'article 18 de la loi sur les marchés publics, doit reposer sur des motifs devant être admissibles en droit et en fait, comme le prévoient les articles 65/4, 6° et 65/9 de la loi sur les marchés publics;

De sorte que l'article 18 de la loi sur les marchés publics cité dans ce moyen et l'obligation de motivation matérielle de la partie défenderesse ont été violés ».

Appréciation

16. Indépendamment de la question de savoir si les articles 65/4, 65/5 et 65/9 invoqués de la loi du 24 décembre 1993 s'appliquent en l'occurrence, à tout le moins en ce qui concerne la décision de non-passation du contrat partiel 2, une telle décision devrait également être motivée formellement en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Ainsi, la motivation formelle de la décision attaquée doit mentionner les considérations de droit et de fait qui sont à la base de la décision; cette motivation doit être adéquate afin de permettre à l'intéressé d'apprécier correctement s'il est utile de se défendre contre la décision avec les moyens que le droit met à sa disposition.

Dans la mesure où ce moyen est pris de la violation de l'obligation de motivation formelle, il n'est, à première vue, pas démontré que la motivation déjà évoquée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de remettre en adjudication les travaux sur la base d'un cahier des charges modifié, ne pourra pas suffire d'un point de vue formel. La partie requérante conteste d'ailleurs une partie de la motivation dans le premier moyen et une autre dans le présent moyen. Ainsi, l'obligation de motivation formelle apparaît comme étant remplie, du moins en ce qui concerne sa *ratio legis*.

17. En outre, en ce qui concerne la violation alléguée de l'article 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 au motif que cette décision n'a pas été notifiée « immédiatement » après qu'elle a été prise, force est en tout cas de constater qu'en soi, l'éventuelle absence de notification ne porte en principe pas atteinte à la légalité de la décision attaquée.

18. Dans la mesure où la motivation est contestée sur le fond dans le présent moyen, la nécessité d'apporter des corrections au cahier des charges paraît être un motif fondé justifiant la remise en adjudication.

L'argument de la partie requérante selon lequel, en l'occurrence, seules des négligences propres sont évoquées en fait pour justifier la décision de non-passation du contrat partiel 2 et de remise en adjudication de ces travaux, ne semble dès lors pas non plus s'opposer à ce que dans ce cas également, la nécessité d'apporter des corrections au cahier des charges puisse justifier une décision d'arrêt et de remise en adjudication.

Dans sa lettre du 8 novembre 2011, la partie requérante semble d'ailleurs avoir elle-même confirmé cette nécessité en proposant d'exécuter le contrat partiel 2 en fonction d'une rémunération forfaitaire – sensiblement supérieure à celle figurant dans la proposition de prix faite dans l'offre – et en

adaptant le métré, en fonction, selon cette lettre « de circonstances et de conditions rencontrées durant l'exécution du contrat partiel 1 », en tenant compte, aux termes de la lettre d'accompagnement, des conditions relatives aux terres, fortement divergentes, et du bilan associé, de la nécessité d'installer et de gérer un épuisement horizontal et du manque de terres riches et en se fondant sur les éléments suivants :

- l'accessibilité de l'endroit de stockage au polder Prosper par la route, au moyen de remorques, est garantie par les Voies navigables et le Canal maritime par l'entretien coordonné des voies d'approvisionnement et d'évacuation et du stock;
- la récupération maximale de terres grasses sur place;
- le traitement de toutes les terres non compressibles excédentaires au polder Prosper;
- l'évacuation des terres compressibles excédentaires est à la charge de l'entrepreneur; et
- le projet continue à relever de la responsabilité des Voies navigables et du Canal maritime.

Eu égard au pouvoir d'appréciation étendu du pouvoir adjudicateur en la matière, le motif pour lequel la remise en adjudication semble s'indiquer pour être en mesure de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, à savoir pour donner une nouvelle fois à tous les intéressés l'opportunité de soumissionner compte tenu des nouvelles quantités présumées et de la modification des travaux, n'est, dans cette perspective, pas à première vue sans fondement. Le fait que l'on se trouve toujours dans le cadre d'un rehaussement de la même digue, comme le souligne la partie requérante à l'audience, ne peut que conduire à cette conclusion.

À l'audience, la partie requérante insiste sur le fait qu'elle n'a pas reçu le cahier des charges modifié et que donc, elle ne sait pas ce qui a été modifié. Ainsi, elle semble ne pas tenir compte des considérations suivantes, exprimées dans la décision motivée et notifiée de ne pas passer le contrat partiel 2 et de recommencer la procédure d'attribution en ce qui concerne le contrat partiel 2 :

« Considérant qu'il est apparu au cours de l'exécution du contrat partiel 1 du cahier des charges 16E1/09/06 que le bilan réel des terres, à savoir, les quantités et la qualité des terres présentes, s'écarte fortement des résultats de l'étude du sol et donc des dispositions du cahier des charges;

Considérant que cet écart par rapport au cahier des charges entraîne non seulement d'importantes modifications aux quantités supposées du contrat partiel 1, impliquant des demandes de révision de prix mais aussi des modifications techniques du marché, à savoir :

- la non-exécution du transport par les voies navigables d'une grande quantité de terres; la non-réutilisation de la majeure partie des terres arables comme remblai pour la digue devant être construite;
- le transport de grandes quantités de terres grasses, y compris le stockage sur le chantier
- le traitement à la chaux des terres présentes dans le cadre des exigences de densification, posées dans le cahier des charges
- l'évacuation d'importantes quantités excédentaires de gravats, non prévus, localisés dans la digue, de même que le tamisage de ce matériau dans la zone de chantier;

Considérant que l'impact financier des travaux supplémentaires et des indemnités résultant de cette circonstance imprévue, au cours de l'exécution du contrat partiel 1, a dès lors été très important, à savoir des coûts supplémentaires de l'ordre de 2.192.124, 74 euros (80% du montant de l'adjudication) et une réduction des coûts à hauteur de -331.687,50 euros (12% du montant de l'adjudication);

Considérant que les postes 10, 18, 23, 24, 25, 26, 28 auxquels d'importantes modifications ont été apportées durant l'exécution du contrat partiel 1 s'appliquent également au contrat partiel 2, obligeant le pouvoir adjudicateur à modifier actuellement le cahier des charges initial 16E1/09/06 avant de procéder à la conclusion du contrat partiel 2; »

Les modifications techniques visées et les postes modifiés les plus importants semblent ainsi bel et bien indiqués. D'ailleurs, le fait de donner accès au cahier des charges à la seule partie requérante ne semble pas se concilier avec le respect du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires potentiels d'un marché public.

Dans la mesure où la partie requérante fait encore valoir dans sa requête introductive qu'aucune explication n'est fournie à propos des raisons pour lesquelles les modifications requises pour l'exécution du contrat partiel 2 « ne pourraient être effectuées conformément au cahier général des charges », elle ne prend pas en considération la motivation selon laquelle « l'application de

l'article 42 du cahier général des charges, n'est pas une option » puisque la nécessité de ces modifications n'est pas apparue après la conclusion du contrat partiel 2 et lors de l'exécution de ce contrat partiel mais bien déjà lors de l'exécution du contrat partiel 1. La réponse définitive à la question de savoir si le contrat partiel 2 a déjà été conclu, objet du premier moyen, semble, comme il a déjà été relevé dans ce premier moyen, excéder le pouvoir juridictionnel du Conseil d'État.

19. L'argument de la partie requérante, selon lequel la non-passation du marché et la remise en adjudication du contrat partiel 2 se justifient d'autant moins dès lors qu'il a entre-temps été procédé à la notification et au lancement du contrat partiel 4, ne prouve toutefois pas non plus à première vue que cette décision de non-passation est une « décision injustifiée, déraisonnable ou disproportionnée », rien que par le fait qu'il ne s'avère pas qu'il s'agit de travaux comparables. Il n'est en effet pas démontré que des modifications à des quantités ou des travaux présumés de ce contrat partiel 4 ont été nécessaires à la suite des constats établis dans le courant de l'exécution du contrat partiel 1. À la différence du contrat partiel 2, le contrat partiel 4 ne semble d'ailleurs pas porter sur des travaux d'endiguement proprement dits mais sur l'aménagement d'un revêtement d'une voirie de service.

20. L'argument selon lequel la partie défenderesse n'a, à tout le moins, pas agi en suivant les principes de bonne administration en prenant encore, en méconnaissance de l'ordonnance du 24 juillet 2012 du président du tribunal de première instance d'Anvers, une décision d'arrêt et de remise en adjudication, ne prend pas en compte le fait que les décisions qui viennent d'être évoquées avaient déjà été prises le 18 juillet 2012. Il faut encore relever que cette ordonnance interdit uniquement de procéder à la publication, dans le Bulletin des adjudications, d'un nouveau marché concernant les travaux relevant des contrats partiels 2 et 3. Il n'est pas allégué quel tel a été cas, et ce indépendamment encore de la question de savoir si, autrement, cela aurait entraîné effectivement l'illégalité de la décision préalable de cessation et de remise en adjudication.

21. Le troisième moyen n'est, par conséquent, pas sérieux.

VI. Conclusion

22. Aucun des moyens ne s'est avéré sérieux. Cette constatation suffit pour rejeter la demande de suspension d'extrême urgence.

DÉCISION

1. Le Conseil d'État rejette la demande.

2. Les dépens relatifs à la demande de suspension d'extrême urgence, fixés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Le présent arrêt a été prononcé à Bruxelles, à l'audience publique du 25 septembre 2012, par le Conseil d'État, XII^e chambre, composée de :

M. Dierk Verbiest, président de chambre,
assisté de

M. Frank Bontinck, greffier,

Le greffier

Le président

M. Frank Bontinck

Dierk Verbiest

**TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1^{er}, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.**