

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.180 du 22 octobre 2013

G./A.197.924/VI-18.820

En cause : **1. la société anonyme J.C.X. IMMO,
2. la société anonyme V.O. COMMUNICATION,
3. la société anonyme HORECA LOGISTIC SERVICE,**

ayant élu domicile chez
Mes Renaud de BRIEY et
Alexis della FAILLE, avocats,
place de l'Hôtel de Ville, n° 15-16,
1300 Wavre,

contre :

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

ayant élu domicile chez
Mes Luc DEPRE, Patrick THIEL et
Thomas HAUZEUR, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 24 septembre 2010, la société anonyme J.C.X. IMMO, la société anonyme V.O. COMMUNICATION et la société anonyme HORECA LOGISTIC SERVICE demandent l'annulation de la décision prise le 8 juillet 2010 par le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de non-attribution du marché de services comportant des travaux et leur financement en vue de l'exploitation du site de l'hippodrome de Boitsfort.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 221.788 du 18 décembre 2012 a rouvert les débats.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport sur base de l'article 13 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948

déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 9 septembre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 9 octobre 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Pierre MAIRESSE, loco Mes Renaud de BRIEY et Alexis della FAILLE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Mes Patrick THIEL, Luc DEPRE et Thomas HAUZEUR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la requête figurent dans l'arrêt n° 221.788 du 18 décembre 2012.

IV. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET

IV. 1. Thèses des parties

Le 15 avril 2013, le Premier auditeur rapporteur a demandé au conseil des requérantes de justifier leur intérêt actuel à poursuivre l'annulation de la décision attaquée à la suite de la remise en concurrence de l'opération et à leur désintérêt pour la nouvelle procédure.

Par un courrier du 30 avril 2013, le conseil des requérantes a répondu que l'administration avait modifié le contenu de l'objet du nouveau projet et que ses clientes gardaient d'évidence leur intérêt à la poursuite de la procédure engagée.

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, la partie adverse soutient qu'existe un lien entre les deux procédures de passation en ce qu'elles ont le même objet, la gestion du site de l'hippodrome de Boitsfort, que les deux cahiers de mise en concurrence sont rédigés de manière similaire, que seules certaines modalités d'exécution ont été modifiées parce que, à la suite de la première mise en concurrence, elle s'est rendu compte de ce que les exigences minimales imposées dans le cahier spécial des charges ne permettaient pas le dépôt d'offres répondant à son besoin, qu'elle n'avait d'autre choix que de fixer de nouvelles conditions pour disposer d'offres adéquates sans pour autant altérer l'objet de la mise en concurrence et que le fait qu'elle prenne désormais en charge les travaux des trois bâtiments principaux n'emporte aucune conséquence quant à l'objet même de la mise en concurrence, à savoir la gestion du site de l'hippodrome.

Dans leur dernier mémoire après réouverture des débats, les requérantes énoncent que l'équilibre général du projet pour l'association momentanée qu'elles forment ensemble supposait l'exécution de travaux immobiliers, qu'un des membres de l'association, la société J.C.X. IMMO, est un promoteur immobilier pour lequel le marché ne présentait d'intérêt que pour la partie relative aux travaux immobiliers à réaliser sur le site, qu'il faut constater que ces travaux ne sont plus mentionnés dans la seconde procédure dont l'objet est différent, ce qui amenait l'association momentanée formée par les requérantes à ne plus participer à celle-ci.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les requérantes ont fait acte de candidature à la suite de l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications le 13 juin 2006 et publié au Journal officiel de l'Union européenne le 14 juin 2006.

Elles conservent un intérêt suffisant à l'annulation de l'acte attaqué malgré l'ouverture par la partie adverse d'une nouvelle procédure à laquelle elles n'ont pas pris part.

Le marché qui en fait l'objet diffère en effet du premier en ce que la partie adverse a décidé de prendre en charge les travaux des trois bâtiments principaux.

Dans le cadre du marché initial, la rénovation lourde des bâtiments était à la charge de l'exploitant ou du soumissionnaire tandis que dans le cadre du marché subséquent, c'est la partie adverse qui rénove les bâtiments classés, le soumissionnaire s'occupant des travaux de finition et de la gestion du projet.

Peu importe dès lors que le marché porte le même intitulé et que certaines modalités d'exécution soient demeurées identiques.

Les requérantes peuvent être suivies en ce qu'elles font valoir qu'elles n'avaient plus intérêt à participer à la nouvelle procédure, l'un des associés étant un promoteur intéressé seulement par les travaux immobiliers à réaliser sur le site.

Dans ces conditions, le recours est recevable.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la "violation des dispositions prévues dans le cahier spécial des charges, en particulier les articles 8.4, 8.4.3.b et 12 des dispositions générales ainsi que des articles 8, 11 et 23 des clauses administratives, la motivation de la décision attaquée étant illégale en raison des erreurs de fait et de droit l'affectant ce qui justifie son annulation en application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs".

Les requérantes font valoir que si le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'attribuer un marché et peut y renoncer, sa décision doit être régulièrement motivée, qu'elle ne peut être incompatible avec les données de droit et de fait objectives de la cause, que la décision attaquée contient une erreur de droit en ce qu'elle considère que leur offre n'est pas entièrement conforme au cahier spécial des charges, qu'à aucun moment, elles n'ont demandé une dérogation au cahier spécial des charges contrairement à ce qui ressort de la décision attaquée mais qu'elles ont uniquement formulé des propositions de complément à certaines dispositions du cahier spécial des charges pour couvrir des hypothèses non visées par celui-ci, que, pour s'en convaincre, il peut être procédé à l'examen des correspondances échangées entre parties et en particulier de la lettre des requérantes du 5 janvier 2010, qu'en outre, la décision attaquée se borne à des affirmations d'irrégularités de leur offre à ce point imprécises qu'elles doivent s'assimiler à une absence de motivation, qu'elle n'indique pas les clauses et exigences relatives à l'indemnisation de l'adjudicataire en cas de résiliation du contrat qui ne seraient pas conformes au cahier spécial des charges, qu'elle ne mentionne pas les "nombreuses décisions" qui sortent du champ de compétence du comité d'accompagnement ou les points sur lesquels l'offre ne serait pas engageante, qu'elle ne fait pas état des activités pour lesquelles ne serait pas proposée d'alternative engageante en cas de non-obtention du permis d'environnement, que cette absence de motivation précise et circonstanciée ne permet

pas de vérifier avec la certitude voulue la pertinence de la motivation en fait de la décision attaquée, qu'il peut cependant être constaté que les affirmations de fait mentionnées dans la décision attaquée ne sont pas conformes aux données objectives caractérisant l'offre remise et le résultat des négociations qui se sont poursuivies entre parties, qu'ainsi, il n'est pas compréhensible qu'il soit soutenu qu'elles auraient proposé des clauses et exigences relatives à l'indemnisation de l'adjudicataire en cas de résiliation du contrat non conformes au cahier spécial des charges, que les propositions trouvent leur origine dans une demande formulée par le pouvoir adjudicateur lors d'une réunion qui s'est tenue le 6 mars 2009 et qu'en ce qui concerne la mission du comité d'accompagnement, c'est à la suggestion du pouvoir adjudicateur qu'elles se sont attachées à proposer un complément à l'article 8 des clauses administratives et spéciales du cahier spécial des charges.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient, en substance, qu'un pouvoir adjudicateur peut librement renoncer à la procédure d'attribution pourvu que sa décision repose sur des motifs légalement admissibles, que la motivation de la décision attaquée correspond à la réalité et est adéquate, que les motifs suffisent à fonder valablement l'arrêt de la procédure, que l'offre des requérantes n'est pas conforme aux exigences minimales du cahier spécial des charges, que cette offre est entachée d'irrégularités substantielles entraînant son irrégularité et qu'en l'absence d'offres régulières, malgré les négociations, elle a décidé de renoncer à passer le marché, conformément à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Les requérantes reproduisent dans leur mémoire en réplique l'argumentation de la requête, précisent que la lettre du 5 janvier 2010 contenait des propositions répondant aux demandes formulées par la partie adverse et concluent que leur offre du 10 août 2008 ne contenait aucune irrégularité quelconque, ni substantielle, ni non-substantielle et que la partie adverse aurait dû la prendre en considération et la noter au regard des critères d'attribution fixés au cahier spécial des charges.

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, la partie adverse soutient que le seul organe compétent au sein de la Région pour apprécier la régularité des offres dans le cadre d'un marché de cette importance est le gouvernement, que le seul fait que des agents de l'administration aient négocié avec les soumissionnaires n'implique nullement l'adoption d'une décision relative à la régularité de la procédure, que la décision du 21 décembre 2007 ne porte pas sur la régularité de

l'offre et que ce n'est que par la décision attaquée du 8 juillet 2010 que le pouvoir adjudicateur s'est prononcé à cet égard.

La partie adverse énonce encore que pour pouvoir être prise en compte, l'offre d'un soumissionnaire doit être conforme aux exigences minimales du cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur peut négocier afin d'adapter les offres aux exigences indiquées dans le cahier spécial des charges mais non modifier celui-ci, sous peine de méconnaître l'article 122ter 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, que cette disposition est d'ordre public étant la transcription dans l'ordre juridique interne de l'article 30.2 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'en l'espèce, dès la première analyse, l'offre des requérantes comprenait des éléments contraires aux exigences minimales du cahier spécial des charges, notamment en ce qui concerne le prix et la délivrance des autorisations urbanistiques nécessaires au projet, que selon l'article 8.4 du cahier spécial des charges, l'offre doit être entièrement conforme aux exigences de celui-ci qui sont considérées comme les exigences minimales et qu'en érigeant les dispositions du cahier spécial des charges comme étant les exigences minimales auxquelles il ne peut être dérogé la partie adverse a considéré qu'il s'agissait de prescriptions essentielles auxquelles les offres devaient répondre.

La partie adverse conclut "qu'à suivre le raisonnement selon lequel le seul fait pour l'administration d'avoir négocié avec les soumissionnaires emporterait une reconnaissance par le gouvernement de régularité des offres en vertu de l'article 9 du cahier spécial des charges, le gouvernement aurait dû violer, ou à tout le moins abroger ou modifier l'article 8.4 du cahier spécial des charges, ce qui ne se peut en vertu de l'article 122ter, précité. [...] La partie adverse était – dans le cadre d'une compétence liée – tenue d'écarter les offres ne répondant pas aux prescriptions minimales du cahier spécial des charges".

Dans leur dernier mémoire après réouverture des débats, les requérantes affirment que lorsque le cahier des charges dispose que le pouvoir adjudicateur négociera avec les soumissionnaires ayant remis une offre régulière, il faut en déduire que si les négociations sont entamées, c'est que les offres remises par les soumissionnaires participant à la négociation ont été considérées comme régulières.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a décidé, en application de l'article 18 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 attribuer le marché litigieux.

L'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 précité permet au pouvoir adjudicateur soit de renoncer à passer le marché, soit de refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

L'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché.

Quelle que soit sa décision, il doit donner à celle-ci une motivation adéquate et être en mesure de l'appuyer sur des motifs exacts et pertinents.

En l'espèce, la partie adverse a motivé sa décision de non-attribution du marché par la constatation qu'"aucune des deux offres ne peut être considérée comme étant régulière puisqu'elles comportent toutes deux des dérogations et des réserves irrégulières aux exigences essentielles du cahier spécial des charges, qui n'ont pu être levées par les discussions menées avec chacun des deux soumissionnaires".

L'article 9 des dispositions générales du cahier spécial des charges concernant le déroulement des négociations énonce que "le pouvoir adjudicateur négociera avec l'ensemble des soumissionnaires ayant remis une offre régulière. Les modalités pratiques permettant d'assurer le respect du principe d'égalité des soumissionnaires seront déterminées et communiquées en temps opportun".

Cette disposition est exempte d'ambiguïté.

L'ouverture et le déroulement de négociations entre les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur impliquent que celui-ci tienne les offres pour régulières.

En l'espèce, la décision attaquée du 8 juillet 2010 fait ressortir dans sa section IV que des réunions de négociations entre "le Pouvoir adjudicateur" et les requérantes ont eu lieu le 6 mars et le 24 avril 2009.

Dès lors, la partie adverse ne pouvait motiver sa décision de refus d'attribution en faisant état de l'irrégularité des offres.

Une telle motivation méconnaît tant la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs que l'article 9 des dispositions générales du cahier spécial des charges.

C'est en vain que la partie adverse entend dissocier, dans son dernier mémoire, le pouvoir de négocier qui pourrait appartenir à des agents du pouvoir adjudicateur et le pouvoir de se prononcer sur la régularité des offres qui serait réservé à l'organe compétent de celui-ci, en l'occurrence au gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, à défaut de faire reposer cette dissociation sur quelque disposition législative ou réglementaire ou sur une clause du cahier spécial des charges.

Le deuxième moyen est fondé.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 8 juillet 2010 par le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de ne pas attribuer, en application de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le marché initié par l'avis de marché n° 7883 paru au Bulletin des adjudications du 13 juin 2006 et par l'avis de marché n° 2006/S111-118988 "B-Bruxelles" publié le 14 juin 2006 au Journal officiel des Communautés européennes.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 525 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-deux octobre deux mille treize 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.