

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.315 du 3 février 2014

G./A.197.743/VI-18.787

En cause : **la société privée à responsabilité limitée L'ACANTHE,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

contre :

la commune d'Auderghem.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 septembre 2010, la société privée à responsabilité limitée l'ACANTHE demande l'annulation de "la décision par laquelle le collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Auderghem a, en sa séance du 22 juin 2010, décidé d'attribuer à la société EUROVIA-BOUCHER, en qualité d'adjudicataire, un marché public de travaux relatif à l'exécution de travaux imprévus et de réparations asphaltiques (programme 2010)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

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

Une ordonnance du 22 novembre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 18 décembre 2013, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation.

Une ordonnance du 19 décembre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 15 janvier 2014.

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

Me Yves SCHNEIDER, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Etienne SCHOONBROODT, secrétaire communal, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu 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

III. 1. Le 25 février 2010, le conseil communal de la commune d'Auderghem a décidé de "marquer son accord pour les travaux imprévus en voirie et des travaux de réparations asphaltiques pour un montant de +/- 99.990 € TVAC".

III. 2. Le 11 mars 2010, un avis de marché a été envoyé au Bulletin des adjudications.

L'objet du marché y est décrit notamment en ces termes :

" L'entreprise consiste en la réalisation de travaux de réparation de voiries, trottoirs et piétonniers en pavage, bétonnage et asphaltage ainsi que tous travaux visant à améliorer la sécurité routière et piétonnière dans la commune".

La procédure retenue était celle de l'adjudication publique.

III. 3. Lors de la séance d'ouverture des offres, fixée le 29 avril 2010, six offres ont été recueillies, répertoriées dans l'ordre suivant :

EUROVIA (1070 Bruxelles) :	108.512,00 euros TVAC
DEKEMPENEER (1831 Diegem) :	258.387,03 euros TVAC
VERHAEREN (1980 Zemst) :	158.267,69 euros TVAC

L'ACANTHE (1150 Bruxelles) :	104.398,51 euros TVAC
LES ENT. MELIN (1341 Ottignies - LLN) :	194.328,57 euros TVAC
KRINKELS NV (1840 Londerzeel) :	144.763,82 euros TVAC

III. 4. L'analyse des offres effectuée par les services de la partie adverse a fait apparaître que le montant global de l'offre de la requérante était anormalement bas.

III. 5. Par un courrier du 3 juin 2010, la partie adverse a demandé à la requérante la justification du montant global de son offre.

III. 6. La requérante a répondu en ces termes par un courrier du 7 juin 2010 :

" En effet, et ce depuis 2001, nous effectuons les travaux d'entretien voirie et trottoirs, pour la Région de Bruxelles-Capitale, service B1, ainsi que pour plusieurs administrations communales de la Région de Bruxelles-Capitale, dont la commune d'Auderghem.
C'est pourquoi, nous avons au sein de la société une équipe qui ne fait que ce type de travaux à longueur d'année.
Ceci nous permet dès lors d'être très concurrentiel, organisé, rapide et ne nous impose pas de frais fixes par «petit» chantier".

III. 7. Le 14 juin 2010, les services de la partie adverse ont établi un rapport d'adjudication.

Celui-ci porte ce qui suit :

" TRAVAUX IMPREVUS ET REPARATIONS ASPHALTIQUES -
PROGRAMME 2010.

Marché par adjudication publique.
Rapport d'adjudication.

1) Renseignements généraux :

1. Maître de l'ouvrage : Collège des Bourgmestre et Echevins d'Auderghem
12, Rue Emile Idiers 1160 Bruxelles
2. Projet : Travaux imprévus en voiries et réparations asphaltiques ponctuelles.
3. Marché : Adjudication publique.
4. Agréation : Catégorie C, Classe 2.

2) Ouverture des offres :

- L'ouverture des offres a eu lieu le 29 avril 2010 à 14h00.
Six offres ont été ouvertes et paraphées dont les firmes sont :
- EUROVIA 1070 Bruxelles
 - DEKEMPENEER 1831 Diegem
 - VERHAEREN 1980 Zemst
 - L'ACANTHE 1150 Bruxelles
 - MELIN 1341 Ottignie LLN
 - KRINKELS 1840 Londerzeel

3) Sélection qualitative :

Les critères de sélection qualitative étaient la production de :

- une attestation établissant la situation envers l'O.N.S.S. jusqu'à et y compris l'avant-dernier trimestre échu, précédant la date de l'ouverture des soumissions.
 - Toutes les firmes fournissent une attestation valable, leurs offres sont donc recevables.
 - la preuve de l'agrération.
 - l'administration communale considère que les travaux se situent en catégorie C- classe 2
 - un plan de sécurité et d'intervention urgente !
- Vu ce qu'il précède, toutes les offres peuvent être acceptées suivant les critères de la sélection qualitative.

4) Montants des offres

Montants des offres TTC annoncés en séance d'ouverture;

1) EUROVIA	108.512,00€
2) DEKEMPENEER	258.387,03 €
3) VERHAEREN	158.267,69€
4) L'ACANTHE	104.398,51€
5) MELIN	194.328,50€
6) KRINKELS	144.763,82€

Certaines offres ont présenté des erreurs au niveau des offres, les corrections ont été apportées comme suit :

1) EUROVIA	108.362,54€ erreur TVA
2) DEKEMPENEER	147.516,97 € erreur quantités
3) VERHAEREN	159.313,84€ manque CRR
4) L'ACANTHE	104.254,71€ erreur TVA
5) MELIN	194.060,90€ erreur TVA
6) KRINKELS	144.564,42€ erreur TVA

Les offres dépassant le montant de 100.000,00 € prévu au marché, une réduction de 10 % des quantités devra être effectuée celles-ci étant reprises comme «présumées » dans le cahier des charges.

Prix anormalement bas :

La moyenne des soumissions a été calculée conformément aux dispositions de l'article 110, § 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Le montant obtenu s'élève à 118.948,50 €; seules les firmes L'ACANTHE et EUROVIA sont au-dessous de la moyenne, une demande de justificatif a été envoyée par lettre recommandée le 03 juin 2010.

La firme EUROVIA nous a fait parvenir son justificatif le 08/06/2010 celui-ci comprend les critères retenus pour admettre la différence de prix. (Possession de plusieurs centrales d'hydrocarbonés, de plusieurs carrières, centrale de recyclage, plate forme d'importation de matériaux à Anvers..).

Pour la firme L'ACANTHE, la justification des prix n'est pas pertinente car le personnel et l'infrastructure de L'Acanthe ont été cédés à DEKEMPENEER en conséquence l'offre ne pourra être retenue.

5) Conformité des offres :

Toutes les offres sont conformes au CSC.

6) Classement des offres TTC après réduction des quantités :

1) EUROVIA, 1070 Bruxelles	97.526,30 €
----------------------------	-------------

2) KRINKELS, 1840 Londerzeel	130.108,00 €
3) Dekempeneer, 1831 Diegem	132.765,30 €
4) VERHAEREN, 1980 Zemst	143.382,50 €
5) MELIN, 1341 Ottignies LLN	174.654,00 €
7) Décision :	

Le présent marché peut être attribué à la firme EUROVIA à 1070 Bruxelles pour un montant de 97.526,30 € TTC pour lequel une somme de 100.000 € avait été inscrite au budget extraordinaire 2010 article 421.735.60.

Fait à Auderghem, le 14 juin 2010.
Le fonctionnaire dirigeant,
Jean-Louis HERMANS".

III. 8. Sur la base de ce même rapport, le collège des bourgmestre et échevins a, le 22 juin 2010, désigné la firme EUROVIA-BOUCHER comme adjudicataire du marché pour un montant de 97.526,30 euros.

Il s'agit de la décision attaquée qui se présente comme suit :

" Région de Bruxelles-Capitale
COMMUNE D'AUDERGHEM
Extrait du registre aux délibérations du Collège échevinal
Séance du 22 juin 2010
Présents : [...]

ESPACE PUBLIC TRAVAUX IMPREVUS ET REPARATION
ASPHALTIQUES — PROGRAMME 2010 – MARCHE PAR ADJUDICATION
PUBLIQUE - DESIGNATION DE L'ADJUDICATAIRE

LE COLLEGE,

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés 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;
Vu les articles 234 à 237 de la nouvelle loi communale;
Considérant la délibération du Conseil communal du 27 mai 2010, réf 27.05.2010/A/025;
Considérant qu'une somme de 100.000 € est prévue à l'article 421.735.60. du budget extraordinaire de 2010;
Vu qu'en date du 29/04/10 six offres nous sont parvenues, à savoir :
EUROVIA-BOUCHER au prix de 108.512,00 € TVAC
DEKEMPENEER au prix de 258,387,03 € TVAC
VERHAEREN au prix de 158.267,69 € TVAC
L'ACANTHE au prix de 104,397,51€ TVAC
LES ENTREPRISES MELIN au prix de 194.328,57 € TVAC
KRIMBELS nv au prix de 144.763,82 euros TVAC.
Vu le rapport d'adjudication;
Vu que les offres dépassent le montant de 100.000 € prévu au marché, une réduction de 10% des quantités a été apportée, celles-ci étant reprises comme "présumées" dans le cahier spécial des charges.
DECIDE : à l'unanimité,

De désigner la firme EUROVIA-BOUCHER, Allée Hof ter Vleestdreef 1, 1070 Bruxelles, comme adjudicataire pour les travaux imprévus et réparations asphaltiques - Programme 2010 - pour un montant de 97.526,30 € et d'imputer cette dépense à l'article 421.735.60 du budget extraordinaire de 2010.

La présente délibération sera transmise à Monsieur le Receveur communal avec les pièces justificatives.

PAR LE COLLEGE

Le Secrétaire communal
Etienne SCHOONBROODT

Le Président
Didier GOSUIN

[...]"

III. 9. Par un courrier du 5 juillet 2010, la partie adverse a notifié l'attribution du marché à la société EUROVIA-BOUCHER.

III. 10. Par un courrier du 8 juillet 2010, les services de la partie adverse ont fait savoir à la requérante que son offre n'avait pas été choisie, dans les termes suivants :

" [...] nous nous permettons respectueusement de vous communiquer la justification du fait que vous n'avez pas été choisi : la justification des prix que vous nous avez envoyée n'est pas pertinente car le personnel et l'infrastructure de la société ont été cédés à Dekempeneer. En conséquence votre offre ne peut pas être retenue".

III. 11. Par un courrier du 13 juillet 2010, la requérante a accusé réception du courrier du 8 juillet 2010 de la partie adverse, dans les termes suivants :

" Nous accusons réception de votre courrier de référence.
Vous n'êtes pas sans savoir qu'il existe une nouvelle loi qui est entrée en vigueur pour tous les marchés publics publiés après le 25 février 2010.
Etant donné le caractère quelque peu contradictoire dans les termes utilisés dans votre courrier du 3 juin 2010, réf.04353 et celui du 8 juillet, réf. 05364, je ne vois toujours pas si nous sommes en phase de sélection ou d'attribution des offres.
Dès lors, je vous invite à me faire parvenir l'extrait du registre des délibérations du Collège portant attribution dudit marché par décision dûment motivée.
C'est à dater de cette transmission que commencera à courir le délai d'un éventuel recours devant le Conseil d'Etat.
Il me plairait également de savoir, la manière dont vous êtes informés que « le personnel et les infrastructures de votre société ont été cédés à Dekempeneer ». Pour votre information, je possède toujours du personnel et paie de manière régulière les cotisations ONSS.
Pour votre gouverne et contrairement à ce que vous écrivez, je ne puis plus introduire une action devant le Tribunal de Première instance de Bruxelles et ce depuis l'entrée en vigueur de la susmentionnée loi.
Dans l'attente de la réception des documents demandés, nous vous prions [...]"

III. 12. Par un courrier du 20 juillet 2010, les services de la partie adverse ont communiqué à la requérante la délibération du collège portant l'attribution du marché ainsi que le rapport d'adjudication.

III. 13. Par un courrier du 30 juillet 2010, la requérante a accusé réception du courrier du 20 juillet 2010 ainsi que de ses annexes.

En réponse à celui-ci, la requérante a affirmé que ni le rapport d'adjudication ni la délibération du collège ne mentionnait la consultation d'une base de données et que, dans son offre et ses annexes, elle avait indiqué dans la rubrique "effectifs" qu'elle travaillait avec une équipe en sous-traitance et dans la rubrique "matériel", que, suivant l'évolution des besoins, son matériel de chantier était en location.

III. 14. Par un courrier du même jour, la requérante s'est adressée au Ministère de la Région de Bruxelles-capitale, Administration des pouvoirs locaux et subsides, en ces termes :

"
Ministère de la Région de Bruxelles Capitale
Administration des Pouvoirs locaux – Subsidés
A l'attention de Monsieur Cabuy
Boulevard du Jardin Botanique 20
1035 Bruxelles

Bruxelles, le 30 juillet 2010

Monsieur Cabuy,

Concerne : Administration communale d'Auderghem
Marché pour la réalisation de travaux imprévus
Demande de renseignements

Nous nous permettons de vous contacter et ce faisant suite à notre éviction lors d'une adjudication publique pour des travaux imprévus sur le territoire d'Auderghem.

Nous vous prions de trouver ci-joint l'ensemble des informations concernant ce dossier à savoir :

- Annonce d'adjudication (A1-2)
- Fax de modification de métré (B1)
- Résultats de l'adjudication (C1)
- Soumission et ses annexes (D1-14)
- Courrier de l'AC d'Auderghem demandant un justificatif (E1)
- Justificatif (F1)
- Courrier de l'AC d'Auderghem, nous avertissant de notre non-désignation (G1)
- Notre réponse du 13/07/2010 (H1)
- Courrier de justification et ses annexes de l'AC d'Auderghem (I 1-19)
- Notre dernier courrier de ce jour (J1)

Il va de soi que nous estimons que l'administration a commis une erreur en nous éliminant.

C'est pourquoi, nous nous permettons de soumettre ce dossier à votre investigation.

Pourriez-vous nous informer du bien fondé de notre position, et/ou vos commentaires éventuels.

[...]".

IV. EXCEPTION D'IRRECEVABILITE

IV. 1. Arguments des parties

La partie adverse affirme que la société requérante a été informée le 8 juillet 2010 de la décision de la commune et du motif pour lequel elle n'avait pas été choisie, que le recours aurait dû dès lors être introduit le 6 septembre 2010 au plus tard et que c'est à tort que la requérante a pris comme point de départ la lettre de la commune du 20 juillet 2010 puisqu'elle disposait déjà par la lettre du 8 juillet 2010 de tous les éléments lui permettant de comprendre la décision attaquée et d'introduire le recours.

La requérante réplique que, s'agissant d'un acte administratif à portée individuelle, doctrine et jurisprudence considèrent que l'auteur de l'acte est tenu de notifier celui-ci à son destinataire, que cette notification implique que la décision elle-même soit communiquée et non un document qui prétendrait en résumer le contenu, que lorsqu'il reçoit un tel résumé, le soumissionnaire évincé est dans l'impossibilité de savoir s'il correspond aux motifs de la décision qu'il se propose d'attaquer, que c'est la raison pour laquelle seule la notification de la décision elle-même fait courir le délai de recours en annulation et en suspension, qu'en l'espèce, la notification n'a été réalisée que par le pli du 20 juillet 2010, dont la réception constitue, dès lors, le point de départ du délai et que cette solution est celle expressément retenue par le législateur dans les articles 65/23 et 65/33 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Le marché dont l'attribution fait l'objet du présent litige a été publié après l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un livre nouveau relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993.

Le montant de 97.526,30 euros T.T.C. de ce marché étant inférieur aux seuils européens, il ne devait pas faire l'objet d'une publicité européenne.

On pouvait conclure qu'il était régi, pour ce qui concerne l'information du soumissionnaire dont l'offre avait été déclarée irrégulière, par l'article 65/29 du

titre 3. Marchés n'atteignant pas les seuils européens, introduit dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009.

L'article 65/29 de la loi du 24 décembre 1993 permet cependant au Roi de prévoir certaines exceptions pour certains types de marché et pour des marchés n'atteignant pas certains montants.

De telles exceptions figurent à l'article 25, § 1^{er}, 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, qui exclut l'application des articles 65/4, 65/5, 65/7, 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 lorsque la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas 67.000 euros.

Le montant du marché litigieux est supérieur à 67.000 euros. L'article 25, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ne le concerne dès lors pas.

Sur le fondement de l'article 65/29 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, le marché était soumis au régime d'information des soumissionnaires prévu par l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi aux termes duquel :

" Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :
1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.
[...]".

En l'espèce, le 8 juillet 2010, la partie adverse a notifié à la requérante les motifs de son éviction, dans les termes reproduits dans la relation des faits.

Cette notification, qui mentionnait les voies de recours possibles, a suffi à faire courir le délai de recours au Conseil d'Etat.

Celui-ci est, en principe, selon l'article 4, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, de soixante jours à compter de cette notification.

Les pièces de la procédure ne font pas apparaître que cette notification a été réalisée par envoi recommandé à la poste.

Cette circonstance n'a pas empêché la notification de faire courir le délai de recours.

En effet, l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3, obligeant l'autorité adjudicatrice à effectuer immédiatement la communication au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée, ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce, l'article 65/29 de la loi du 24 décembre 1993 se limitant à renvoyer à son § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Au surplus, le 13 juillet 2010, la requérante disposait de la communication du 8 juillet 2010.

On ne peut cependant conclure sans plus ample examen que, de ce fait, l'exception soulevée par la partie adverse doit être accueillie.

Il faut avoir égard en effet à la démarche accomplie par la requérante sous la forme d'un courrier ordinaire daté du 30 juillet 2010 adressé au Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, Administration des pouvoirs locaux et des subsides, dont les termes sont reproduits dans l'exposé des faits, point III.11.

A supposer que ce courrier du 30 juillet 2010 puisse être considéré comme une réclamation à l'autorité de tutelle de nature à interrompre le délai de recours au Conseil d'Etat, force est de constater qu'en toute hypothèse, la requérante s'est bornée en l'espèce à joindre ce courrier à sa requête sans cependant en établir l'envoi.

Dans ces conditions, il n'est pas possible de reconnaître à cette pièce quelqu'effet sur le déroulement du délai de recours.

Celui-ci était expiré à la date d'introduction de la requête.

L'exception de tardiveté doit dès lors être accueillie.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trois février deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.