

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.151 du 22 avril 2014

G./A.198.470/VI-18.915

G./A.199.013/VI-18.990

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
CONFORTY,**

ayant élu domicile chez
Mes Pierre HENRY et Thierry WIMMER, avocats,
rue du Palais, n° 64,
4800 Verviers,

contre :

la commune d'Assesse,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DES REQUETES

Par deux requêtes introduites respectivement le 9 décembre 2010 et le 31 janvier 2011, la société privée à responsabilité limitée CONFORTY demande l'annulation de :

- " 1° la décision prise par le Collège communal de la Commune d'ASSESSE en date du 12 juillet 2010 décidant de procéder à une nouvelle séance d'ouverture publique des offres (...);
- 2° la décision prise par le Collège communal de la Commune d'ASSESSE en date du 1^{er} septembre 2010 par laquelle il déclare adjudicataire des travaux de chauffage (lot 2) la S.A. DIMANCHE (...) pour le montant contrôlé de 542.364,29 € HTVA ou 656.260,79 € TVAC (...);
- 3° la décision prise par le Collège communal de la Commune d'ASSESSE en date du 13 septembre 2010 par laquelle il déclare adjudicataire des travaux de chauffage (lot 2) la S.A. DIMANCHE (...) pour le montant contrôlé de 542.364,29 € HTVA ou 656.260,79 € TVAC (...)"

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 28 février 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 26 mars 2014.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Pierre HENRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, 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 Bulletin des adjudications du 12 mai 2010 a publié un avis de marché public de travaux ayant pour objet la construction d'une maison communale et du siège du C.P.A.S. à Assesse. Le marché est divisé en deux lots. Le lot n°1 porte sur le gros-œuvre, les parachèvements et l'électricité tandis que le lot n°2 a pour objet l'installation du chauffage. Le mode d'attribution est celui de l'adjudication publique.

III. 2. Un cahier spécial des charges a été édicté. Il ne comprend aucune indication de la date de la séance d'ouverture des offres. Il indique que l'offre ne peut être établie ni envoyée par des moyens électroniques, qu'elle est glissée sous pli définitivement scellé, qu'en cas d'envoi par pli recommandé ou ordinaire, ce pli est

glissé dans une seconde enveloppe et que les offres doivent être envoyées ou remises au secrétariat communal.

III. 3. Le 24 juin 2010, un agent de l'administration communale d'Assesse établit un récépissé de réception de la soumission de la société anonyme DIMANCHE.

III. 4. Le 25 juin 2010, un avis de marché rectificatif est publié. Il indique que l'ouverture des offres est reportée au lundi 5 juillet 2010.

III. 5. Le 5 juillet 2010, a lieu la séance d'ouverture des offres. Pour le lot n°2, quatre offres sont mentionnées dont celle de la requérante. Aucune mention n'est faite de l'offre de la société anonyme DIMANCHE.

III. 6. Le 12 juillet 2010, le collège communal d'Assesse prend la décision suivante :

" LE COLLEGE,

Vu la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26/09/1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ainsi que son annexe (cahier général des charges);

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L1311-3 et -4 et les articles 52 et 53 - anciens 56 et 57 - du Règlement général de la comptabilité communale;

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L3341-6, L3341-8 et L3341-13, tels que remplacés par le décret du 21/12/2006 modifiant les articles L3341-1 à L-3341-13 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatifs à certains investissements d'intérêt public;

Considérant le procès-verbal de l'ouverture des soumissions opérée le 05/07/2010 pour les lots 1 et 2;

Vu l'offre de la S.A. DIMANCHE, déposée le 24/06/2010, soit largement dans les délais, mais malencontreusement oubliée dans le bureau de l'agent administratif lors de l'ouverture des offres du 05/07/2010 pour les lots 1 et 2;

Que le récépissé délivré le 24/06/2010 par Monsieur Thierry Dumont, Chef des Services Techniques, fait foi;

Que si l'utilisation du recommandé postal est prévue par la réglementation, le dépôt par porteur avec délivrance d'un récépissé par l'Administration n'est pas interdit;

Considérant que l'offre de la S.A. DIMANCHE n'était pas présente sur le bureau du Président de la séance lors de l'ouverture organisée en public le 05/07/2010 et, par conséquent, ne pouvait apparaître dans le procès-verbal établi à cette occasion;

Que l'oubli a été constaté lors de la réception d'un courriel de la société DIMANCHE, le 06/07/2010, par lequel celle-ci indiquait qu'elle n'avait pu être représentée lors de l'ouverture des offres et qu'elle souhaitait obtenir la liste des résultats pour le lot 2;

Qu'ayant été déposée en temps utile, conformément au cahier spécial des charges, cette offre ne peut être écartée;

Considérant que les Autorités de Tutelle proposent de procéder à une nouvelle séance d'ouverture des offres, pour le lot 2 uniquement, en application de l'article 108 de l'A.R. du 08/01/1996;

Que le délai de quatre jours (minimum) prévu à l'article 104 de l'AR. du 08/01/1996 est parfaitement respecté, la soumission ayant été réceptionnée douze jours avant la séance;

Considérant les dispositions légales en la matière;

DECIDE :

- de procéder à une nouvelle séance d'ouverture publique des offres pour la construction d'une maison communale et du siège administratif du CPAS — lot 2 : chauffage — en application de l'article 108 de l'A.R. du 08/01/1996;
- de prendre contact avec les gestionnaires du dossier auprès de l'INASEP afin de fixer la date de cette nouvelle séance d'ouverture;
- d'inviter tous les soumissionnaires, qui ont déposé une offre lors de la première séance d'ouverture pour le lot 2, à participer à la seconde séance d'ouverture;
- de transmettre une copie de la présente délibération à la S.P.R.L. AURAL ainsi qu'à l'INASEP."

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 7. Le 9 août 2010, la nouvelle séance d'ouverture des offres a lieu. Le procès-verbal de cette séance indique qu'il a été fait application de l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et qu'outre les quatre offres de la précédente séance d'ouverture, l'offre de la société anonyme DIMANCHE est présentée non ouverte. Aucune contestation n'est élevée.

III. 8. Le 25 août 2010, l'intercommunale INASEP, qui a analysé les soumissions pour la partie adverse, lui propose d'attribuer le marché public à la société anonyme DIMANCHE qui a remis l'offre régulière la moins disante.

III. 9. Le 1^{er} septembre 2010, le collège communal d'ASSESE décide d'attribuer le marché public à la société anonyme DIMANCHE. Cette décision se présente comme suit :

" LE COLLEGE,

Vu la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26/09/1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ainsi que son annexe (cahier général des charges);

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L1311-3 et -4 et les articles 52 et 53 - anciens 56 et 57 - du Règlement général de la comptabilité communale;

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L3341-6, L3341-8 et L3341-13, tels que remplacés par le décret du 21/12/2006 modifiant les articles L3341-1 à L-3341-13 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatifs à certains investissements d'intérêt public;

Considérant l'avis émis par le S.P.W., Département des Infrastructures subsidiées, en date du 14/04/2010;

Considérant les procès-verbaux d'ouverture des soumissions en date des 05/07/2010 et 09/08/2010;

Considérant le rapport d'adjudication établi par l'INASEP en date du 25/08/2010;

Considérant la situation financière de la Commune;

Considérant les dispositions légales en la matière;

DECIDE :

- de déclarer adjudicataire des travaux de chauffage, la S.A. DIMANCHE, rue de l'Aurzière, 6 à 5670 Nismes qui a remis l'offre régulière la plus basse pour le montant contrôlé de 542.364,29 € H.T.V.A. ou 656.260,79 € T.V.A.C.;

(...)"

Il s'agit de la deuxième décision attaquée.

III. 10. Le 13 septembre 2010, le collège communal d'Assesse complète la décision du 1^{er} septembre 2010 d'attribuer le marché public à la société anonyme DIMANCHE.

Cette décision complétée se présente comme suit :

" LE COLLEGE,

Vu la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 08/01/1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26/09/1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ainsi que son annexe (cahier général des charges);

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L1311- 3 et -4 et les articles 52 et 53 - anciens 56 et 57 - du Règlement général de la comptabilité communale;

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, plus particulièrement, les articles L3341- 6, L3341-8 et L3341-13, tels que remplacés par le décret du 21/12/2006 modifiant les articles L3341-1 à L-3341-13 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatifs à certains investissements d'intérêt public;

Vu la décision prise par le Collège communal le 01/09/2010 par laquelle celui-ci a déclaré adjudicataire des travaux de chauffage (Lot 2), la S.A DIMANCHE, de Nismes;

Considérant qu'il convient de revoir cette décision afin de rappeler les motifs qui ont amené le Collège communal à procéder à deux séances d'ouverture des offres pour le lot 2 (chauffage);

Considérant l'avis émis par le S.P.W., Département des Infrastructures subsidiées, en date du 14/04/2010;

Considérant le procès-verbal de l'ouverture des soumissions opérée le 05/07/2010 pour les lots 1 et 2;

Vu l'offre de la S.A. DIMANCHE, déposée le 24/06/2010, soit largement dans les délais, mais malencontreusement oubliée dans le bureau de l'agent administratif lors de l'ouverture des offres du 05/07/2010 pour les lots 1 et 2;

Vu la décision du Collège communal du 12/07/2010 de procéder à une nouvelle séance d'ouverture des offres dans le but de remédier à l'erreur purement administrative en application de (l'article 108) de l'A.R. du 08/01/1996 sur avis des Autorités de Tutelle;

Considérant qu'une deuxième séance d'ouverture des offres a eu lieu, pour le lot 2, le 09/08/2010, à laquelle tous les soumissionnaires ont été invités à participer;

Considérant qu'ont été à nouveau exposés, au cours de cette séance, les motifs pour lesquels l'Administration communale procédait à une nouvelle séance d'ouverture des offres pour le lot 2;

Que ces motifs ont été actés dans le procès-verbal;

Considérant que l'offre de la S.A. DIMANCHE ne figurait pas sur le bureau du président de la séance lors de l'ouverture publique organisée le 05/07/2010;

Que, cependant, elle se trouvait, depuis le 24/06/2010, dans le bureau de l'agent administratif en charge du dossier, le récépissé délivré par Monsieur Thierry Dumont, Chef des Services Techniques, en faisant foi;

Que n'ayant pas été ouverte en séance du 05/07/2010, elle ne pouvait apparaître dans le procès-verbal établi à cette occasion;

Qu'ayant été déposée en temps utile, conformément au cahier spécial des charges, cette offre devait être ouverte en présence de tous les soumissionnaires (ou du moins en les ayant tous convoqués) en application de 108 de l'A.R. du 08/01/1996;

Que le délai de quatre jours (minimum) prévu à l'article 104 de l'A.R. du 08/01/1996 est parfaitement respecté, la soumission ayant été réceptionnée douze jours avant la séance;

Que si l'utilisation du recommandé postal est prévue par la réglementation, le dépôt par porteur avec délivrance d'un récépissé par l'Administration n'est pas interdit;

Que toutes les autres offres ont ainsi été reçues juste avant la séance d'ouverture, le jour même;

Que le rejet des offres reçues tardivement s'explique aisément par le risque de collusion ou d'entente entre soumissionnaires et le risque d'une rupture de l'égalité de traitement entre ceux-ci;

Qu'en l'espèce, l'offre n'était pas tardive et elle est restée scellée jusqu'à la deuxième séance, organisée le 09/08/2010;

Qu'aucune remarque n'a été formulée par les soumissionnaires présents lors de cette deuxième séance;

Vu le rapport d'adjudication établi par l'INASEP en date du 25/08/2010;

Considérant la situation financière de la Commune;

Considérant les dispositions légales en la matière;

DECIDE :

- de déclarer adjudicataire des travaux de chauffage, la S.A. DIMANCHE, rue de l'Aurzière, 6 à 5670 Nismes qui a remis l'offre régulière la plus basse pour le montant contrôlé de 542.364,29 € H.T.V.A. ou 656.260,79 € T.V.A.C.;

(...)"

Il s'agit de la troisième décision attaquée.

III. 11. Le 8 octobre 2010, l'autorité de tutelle indique que les délibérations des 1^{er} et 11 septembre 2010 n'appellent aucune mesure de tutelle.

IV. JONCTION DES DEUX AFFAIRES

Dans la mesure où les recours référencés sous les numéros G./A.198.470/VI-18.915 et G./A.199.013/VI-18.990, ont les mêmes objets et contiennent les mêmes critiques de légalité, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne justice, de joindre ces deux affaires.

V. RECEVABILITE

V. 1. Thèses des parties dans l'affaire référencée G./A.198.470/VI-18.915

A. Mémoire en réponse

La partie adverse expose que le recours est irrecevable car décidé par l'assemblée générale extraordinaire du 13 novembre 2010 comme en atteste le procès-verbal joint à la requête, qu'étant une S.P.R.L., seuls ses organes de représentation peuvent valablement la représenter, que le Code des sociétés réserve ce pouvoir au(x) gérant(s), que le Conseil d'État l'a rappelé à plusieurs reprises et que la signature du procès-verbal de l'assemblée générale par des personnes qui ont la qualité de gérant ne remet pas en cause l'exception.

B. Mémoire en réplique

En substance, la partie requérante réplique que seuls étaient présents lors de l'assemblée générale extraordinaire ses deux gérants, soit M. Burnick ainsi que la S.P.R.L. CONFORTY HOLDING, représentée par son collègue de gérants, que, même s'il eût été plus indiqué qu'un gérant prenne seul la décision d'ester, la circonstance que l'assemblée générale extraordinaire a pris la décision d'ester n'implique pas automatiquement l'irrecevabilité de la requête et renvoie à un arrêt du Conseil d'État ayant admis pareille hypothèse.

C. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse ajoute notamment ce qui suit à sa thèse :

" La partie adverse ne saurait adhérer au contenu de ce passage du rapport :

- Premièrement, la distinction entre la qualité d'associé ou actionnaire et la qualité de membre de l'organe de gestion est une distinction fondamentale du droit des sociétés. Il arrive fréquemment qu'une même personne physique cumule ces qualités. Néanmoins, dans les actes qu'elle signe, cette personne est tenue de préciser sa qualité, sous peine, par exemple, d'opérer une confusion de son patrimoine privé et celui de sa société. Le «formalisme» dénoncé par l'auditorat est

donc inhérent à la fiction qui consiste à distinguer la personne physique de «sa» société. Ce «formalisme» se retrouve d'ailleurs dans tous les domaines où l'on fait intervenir la notion de personne morale dotée de la personnalité juridique. Par exemple en cas de cumul de la qualité de ministre et de bourgmestre. C'est bien la mention de la qualité apposée par le signataire sur le document qu'il signe (instrumentum de la décision prise), qui permet de distinguer à quel titre il intervient (privé ou public, gérant ou associé, ministre ou bourgmestre, etc.)

- Deuxièmement, les gérants n'ont aucun droit de vote à l'assemblée générale. Leur présence à l'assemblée générale de la S.P.R.L. CONFORTY est donc sans incidence.

- Troisièmement, le passage affirmant «qu'il était loisible à la partie requérante de ne déposer aucune décision d'ester» paraît contredit par la jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, qui requiert une décision de l'organe de gestion pour accueillir un recours en suspension ou en annulation [...]. Cette décision n'est pas «un titre fait [par le gérant] à lui-même», mais un mandat habilitant les avocats de la société à représenter celle-ci devant le Conseil d'Etat et à déposer la requête en son nom.

On rappellera en effet qu'en l'espèce, la requête est introduite par les avocats de la S.P.R.L. CONFORTY. Elle n'a pas été déposée/signée par un gérant de cette société".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Exception soulevée par la partie adverse dans le recours référencé G/A. 198.470/VI-18.915

La pièce n° 6 du dossier de la partie requérante consiste dans la décision d'ester en justice devant le Conseil d'Etat dans la présente espèce. Plus exactement, elle consiste dans un mandat donné à un avocat à cette fin et est signée par le gérant de la société requérante.

Le "procès verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 19 octobre 2009" contient une disposition donnant le pouvoir de représentation de la société requérante à un de ses trois gérants. Aucune disposition du Code des sociétés ne fait obstacle ni a fortiori ne sanctionne la participation des gérants à une telle assemblée.

En l'espèce, la décision susvisée de mandater un avocat pour représenter la société a bien été signée par un des gérants.

Au regard de l'article 257 du Code des sociétés, la société requérante est ainsi valablement représentée.

L'exception ne peut être accueillie.

B. Exception soulevée d'office dans le recours référencé G./A. 198.470/VI-18.915

La première décision attaquée (décision de procéder à une nouvelle séance d'ouverture des offres) ne constitue pas un acte susceptible de recours car elle ne modifie pas par elle-même l'ordonnancement juridique. Elle est simplement préparatoire aux deuxième et troisième décisions attaquées.

Le recours n'est pas recevable en son premier objet.

C. Exception soulevée d'office dans le recours référencé G./A.199.013/VI-18.990

Même si les décisions attaquées ont été notifiées à la partie requérante le 26 octobre 2010, il n'apparaît pas du dossier administratif que la notification comportait l'indication des voies de recours contre celles-ci.

Dès lors, que le recours a été introduit le 31 janvier 2011, il est recevable, *ratione temporis*, en vertu de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Cependant, ce recours est identique, tant en ce qui concerne ses objets que les critiques de légalité, à celui introduit antérieurement, soit le 9 décembre 2010, par la requérante, portant la référence G./A. 198.470/VI-18.915.

Il ne présente dès lors pas d'intérêt pour la partie requérante et doit être déclaré irrecevable.

VI. MOYEN UNIQUE

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le moyen unique est pris de la violation des articles 104 à 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et plus particulièrement de ses articles 104 et 108, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux et fournitures et de services, de l'illégalité des motifs de la décision querellée, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation du principe général de droit de la motivation matérielle et de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses

articles 2 et 3, et de la violation des principes de bonne administration dont le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

La partie requérante expose que, sur la base de l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ne peuvent être pris en considération que les plis contenant les offres conformément aux articles 104, § 2, et 105, § 1^{er}, alinéa 4, ainsi que les offres établies par des moyens électroniques qui n'ont pu être ouvertes ou dépouillées en séance conformément à l'article 106, alinéa 2, 4^o, qu'une des conditions d'application cumulatives de l'article 104, § 2, réside donc dans le fait que l'offre ait été déposée à la poste sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant le jour fixé pour la réception des offres, que le rapport au Roi relatif à l'article 59 de l'arrêté royal du 29 septembre 2009, lequel article remplace l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, confirme qu'une des conditions essentielles d'application de cet article réside dans l'arrivée tardive d'une offre déposée par lettre recommandée et non déposée par porteur directement à l'administration communale, qu'en l'espèce, l'offre de la société anonyme DIMANCHE n'a pas été déposée à la poste sous pli recommandé mais aurait été déposée par Monsieur DORDOLO, représentant de cette société, directement à l'administration communale, de main à main, contre récépissé daté du 24 juin 2010, qu'une des conditions d'application de l'article 104, § 2, n'étant pas remplie, le Collège communal d'Assesse ne pouvait décider légalement de procéder à une nouvelle séance d'ouverture publique des offres sur pied de l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que le premier acte attaqué, en ce qu'il viole les dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et se fonde, par conséquent, sur des motifs illégaux et erronés en droit, doit être annulé, qu'en faisant une application erronée de ces articles, la partie adverse a en outre violé le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, que les deux décisions adoptées respectivement les 1^{er} et 13 septembre 2010 par la partie adverse ne sont que les conséquences directes du premier acte attaqué, que, si une nouvelle séance d'ouverture publique des offres n'avait pas été décidée par le premier acte attaqué, le Collège communal aurait dû s'en tenir aux seules offres reprises par le premier procès-verbal d'ouverture des offres, que l'offre de la société anonyme DIMANCHE n'aurait donc pas pu être prise en compte dans l'attribution du marché pour le lot 2 relatif au chauffage de la nouvelle maison communale d'Assesse et du bâtiment administratif du C.P.A.S., que le collège communal n'aurait donc pas légalement pu attribuer le lot 2 à la société anonyme DIMANCHE, comme il l'a fait dans les décisions des 1^{er} et 13 septembre 2010 mais uniquement s'en tenir au classement établi sur base des offres régulières présentes lors de la première séance du 5 juillet 2010 et que les deuxième et troisième actes attaqués reposent donc sur des motifs illégaux en droit en ce qu'ils se basent sur les résultats de la seconde ouverture des offres organisée le 9 août 2010.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique, en substance, qu'il est inexact d'affirmer qu'elle ne conteste pas la remise de l'offre de la société anonyme DIMANCHE à la commune d'Assesse le 24 juin 2010, qu'elle a toujours utilisé le conditionnel, traduisant par là une grande circonspection et prudence quant au déroulement des faits décrits par la partie adverse, qu'elle ne dispose pas actuellement d'éléments permettant de contester ces faits mais rappelle qu'il appartient à la partie adverse de prouver que les faits se sont déroulés comme elle l'allègue, que la décision de procéder à une nouvelle ouverture des offres menace la transparence et l'égalité, qu'elle induit également des risques de traitement inégal des soumissionnaires, que la responsabilité de l'administration est clairement engagée, qu'il ne peut être admis que la partie adverse décide de manière illégale et irrégulière de procéder à une nouvelle séance d'ouverture des offres pour tenter de couvrir sa responsabilité, que la partie adverse doit assumer les conséquences de ses fautes et que l'engagement visible de la responsabilité de l'un de ses agents ne peut justifier la violation des dispositions et principes visés au moyen.

C. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante expose ce qui suit :

" Que dans un premier temps, dans la mesure où les articles 104 § 2 et 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité constituent une exception au principe général selon lequel toute offre doit parvenir au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il ne déclare la séance ouverte, cette exception est d'interprétation stricte; qu'il ne peut dès lors être question d'interpréter ces dispositions de manière large ou extensive;

Que, d'autre part, la ratio legis de l'article 108 ne peut être invoquée en l'espèce dans la mesure où le rapport au Roi qui traduit la volonté du pouvoir exécutif n'envisage que le cas de l'envoi par lettre recommandée à la poste sans prévoir les cas où une offre aurait été «oubliée» par le pouvoir adjudicateur;

Qu'à cet égard, force est de constater que l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'a pas intégré l'interprétation jurisprudentielle de cet article 108 telle qu'invoquée par Monsieur le Premier Auditeur;

Que l'article 94 de cet arrêté est libellé comme suit :

«Une séance d'ouverture supplémentaire, à laquelle tous les soumissionnaires présents à la séance initiale ou connus sont invités simultanément et par écrit, se tient dans les cas suivants :

1° en cas d'arrivée tardive d'offres, de modifications ou de retraits d'offres qui sont toutefois susceptibles d'être pris en considération conformément aux articles 90, § 2, alinéa 3, et 91, § 1^{er}, alinéa 4;

2° pour l'ouverture et le dépouillement des offres établies par des moyens

électroniques lorsque des difficultés techniques se sont posées lors de la séance d'ouverture initiale, sauf lorsque, dans les conditions visées à l'article 52, § 3, 2°, une copie de sauvegarde a été ouverte lors de la séance d'ouverture et que cette copie ne pose pas les difficultés susmentionnées.
Les articles 92, alinéa 3, 4° à 6°, et 93 sont applicables à cette séance»;

Que l'article 90 § 2 est également explicite :

«§ 2. Toute offre doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte. Quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes.
Toutefois, une telle offre est acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que l'offre ait été envoyée sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date de l'ouverture des offres»;

Que le libellé de cet article est encore plus restrictif que l'ancien article 104 en ce qu'il stipule que «quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes»;

Que la volonté du pouvoir exécutif est donc bien d'interpréter de manière très stricte les cas dans lesquels une séance supplémentaire d'ouverture des offres peut se tenir;

Que le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est explicite en ce qu'il explique la ratio legis du nouvel article 90 tel que rédigé :

«A la suite d'une remarque formulée par le Conseil d'Etat, la question de la remise tardive des offres mérite une clarification. Que la cause en soit imputable ou non au soumissionnaire, cette remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l'offre concernée. C'est précisément en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que toute offre remise tardivement sera refusée. Cette règle de base stricte a aussi été retenue pour éviter les abus et mettre fin à une tendance récente d'une partie de la jurisprudence. Cette tendance partait du principe que les dispositions actuelles de l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne doivent pas nécessairement conduire à une irrégularité si l'égalité des soumissionnaires n'est pas compromise. Il arrive pourtant souvent que la cause soit à la base imputable au soumissionnaire lui-même ou à l'entreprise de transport de courrier à laquelle il a fait appel. Ceux-ci se contentent, en effet, de déposer l'offre au guichet d'accueil du pouvoir adjudicateur, certes dans les temps, mais en méconnaissant la règle selon laquelle l'offre doit être remise à une personne ou à un endroit déterminés. Une offre remise en temps utile à la personne désignée à cet effet devra par contre toujours être considérée comme une offre valablement introduite. Il est désormais précisé que des offres remises tardivement et ne répondant pas aux conditions ci-avant sont soit refusées, dans le cas où l'offre est arrivée en cours de séance, soit conservées sans être ouvertes dans les autres cas».

Que le rapport au Roi ne laisse aucun doute sur l'interprétation à donner : «Que la cause en soit imputable ou non au soumissionnaire, cette remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l'offre concernée. C'est précisément en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que toute offre remise tardivement sera refuse»;

Qu'adopter pareille attitude, stricte, est en effet la seule manière d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires;

Que si le rapport au Roi précise qu'«une offre remise en temps utile à la personne désignée à cet effet devra par contre toujours être considérée comme une offre valablement introduite», force est de constater que nous ne sommes dans ce cas en l'espèce; qu'en effet, le cahier spécial des charges ne précisait pas qu'il convenait de déposer les offres à une personne spécialement désignée à cette fin; qu'en toutes hypothèses, il convient de rappeler que le libellé du nouvel article 90 est particulièrement explicite en ce qu'il précise que «quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes»;

Qu'il ne peut donc être question en l'espèce d'admettre une interprétation extensive de l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et estimer qu'une séance supplémentaire d'ouverture des offres pouvait être organisée «selon l'esprit de l'article 108»;

Attendu enfin que Monsieur le Premier Auditeur chef de section estime que si le pouvoir adjudicateur n'avait pas apporté une réparation en nature de sa faute, conformément à l'article 1382 du Code civil, en organisant la séance supplémentaire d'ouverture des offres, le soumissionnaire DIMANCHE aurait pu se sentir «lésé»;

Qu'à cet égard, il convient de répéter que le soumissionnaire lésé sera en droit d'obtenir réparation du préjudice qu'il aura subi devant les Cours et Tribunaux sur pied de l'article 1382;

Qu'il ne peut cependant être admis que le Conseil d'Etat adopte une interprétation extensive de l'article 108, contraire à sa ratio legis et au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, et ce uniquement pour éviter pareille procédure judiciaire, la faute de l'administration étant incontestable en l'espèce".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Il n'est pas contesté que l'offre pour les lots de la société anonyme DIMANCHE n'a pas été envoyée par pli recommandé mais déposée, contre récépissé, au secrétariat communal.

A la suite d'une mesure d'instruction, il apparaît que le signataire de cet accusé de réception est le chef des services techniques de la partie adverse. Il s'agit donc bien du fonctionnaire compétent en la matière. Le récépissé n'est pas argué de faux.

Il est établi que l'offre de la société anonyme DIMANCHE a été reçue au secrétariat communal de la partie adverse le 24 juin 2010, lieu mentionné au cahier spécial des charges pour le dépôt des soumissions.

L'ouverture des offres pour les lots 1 et 2 a eu lieu le 5 juillet 2010.

Selon la délibération du 12 juillet 2010 du collège communal d'Assesse l'offre en cause a été "déposée le 24/06/2010, soit largement dans les délais, mais

malencontreusement oubliée dans le bureau de l'agent administratif lors de l'ouverture des offres du 05/07/2010 pour les lots 1 et 2".

Il est décidé lors de cette délibération "de procéder à une nouvelle séance d'ouverture publique des offres pour la construction d'une maison communale et siège administratif du C.P.A.S. – lot 2 : chauffage – en application de l'article 108 de l'A.R. du 08/01/1996". Cette nouvelle séance d'ouverture des offres a lieu le 9 août 2010. Il n'est pas contesté qu'aucune remarque n'a été formulée par les soumissionnaires présents lors de cette deuxième séance.

B. L'article 104, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit ce qui suit :

" Art. 104. § 1^{er}. L'offre établie sur un support papier est remise par lettre ou par porteur au pouvoir adjudicateur. Elle est glissée sous pli définitivement scellé, portant l'indication de la date de la séance d'ouverture des offres, la référence au cahier spécial des charges et, éventuellement, aux numéros des lots visés. En cas d'envoi par la poste sous pli recommandé ou ordinaire, ce pli scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant comme indication l'adresse indiquée dans le cahier spécial des charges et la mention «offre». Ces mêmes conditions s'appliquent à l'offre établie par des moyens électroniques mais non envoyée par ces moyens.

§ 2. Toute offre doit parvenir au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il ne déclare la séance ouverte.

Toutefois, une offre arrivée tardivement est prise en considération pour autant :

- 1° que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore notifié sa décision à l'adjudicataire;
- 2° et que l'offre ait été déposée à la poste sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant le jour fixé pour la réception des offres".

L'article 106 du même arrêté dispose en ces termes :

" Art. 106. L'ouverture des offres se déroule aux lieu, date et heure fixés par l'avis de marché ou par le cahier spécial des charges.

Les opérations se déroulent dans l'ordre suivant :

- 1° avant d'admettre le public dans le local désigné, le président de la séance y dépose les offres déjà reçues et non envoyées par des moyens électroniques. En cas de procédure restreinte, seuls les soumissionnaires ou leurs représentants sont admis dans le local;
- 2° le local étant ouvert au public, les offres nouvellement apportées sont remises au président;
- 3° le président déclare la séance ouverte; à partir de ce moment, aucune offre ne peut plus être acceptée;
- 4° Il est procédé ensuite au dépouillement de toutes les offres recueillies. Le président ou un assesseur paraphe page par page les offres, en ce compris les annexes qu'il juge les plus importantes, ainsi que leurs modifications et leurs retraits. Lorsque les offres sont établies par des moyens électroniques conformes à l'article 81quater, § 1^{er}, le président ou un assesseur appose sa

signature électronique sur les différents documents précités, sauf si les moyens électroniques utilisés par le pouvoir adjudicateur permettent de garantir l'intégrité des documents après ouverture de ces derniers.

5° le président proclame le nom ou la raison sociale des soumissionnaires, leur domicile ou leur siège social et les retraits d'offres.

En adjudication publique ou restreinte, le président proclame en outre les prix offerts y compris pour les variantes éventuelles, ainsi que les modifications de prix. Lorsque l'adjudication est relative à un grand nombre de lots, la proclamation des prix peut être remplacée par un autre moyen de publicité, dont la nature et les modalités sont fixées dans le cahier spécial des charges."

Quant à l'article 108 de l'arrêté susvisé, il est rédigé en ces termes :

- " Art. 108. Une séance d'ouverture supplémentaire, à laquelle tous les soumissionnaires sont invités simultanément et par écrit, se tient dans les cas suivants :
- 1° en cas d'arrivée tardive d'offres, de modifications ou de retraits d'offres qui sont toutefois susceptibles d'être pris en considération conformément aux articles 104 et 105;
 - 2° pour l'ouverture et le dépouillement des offres établies par des moyens électroniques lorsque des difficultés techniques se sont posées lors de la séance d'ouverture initiale, sauf lorsque, dans les conditions visées à l'article 81quater, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, une copie de sauvegarde a été ouverte et que cette copie ne pose pas les difficultés susmentionnées.
- L'article 106, alinéa 2, 4° et 5°, et alinéa 3, et l'article 107 sont applicables à cette séance."

C. Dans la réalité, l'offre de la société anonyme DIMANCHE pour le lot 2 n'a pas été déposée tardivement.

Néanmoins, en raison de l'inadvertance commise par un agent des services de la partie adverse, qui a "oublié" cette offre, le pouvoir adjudicateur n'a pu tenir compte de celle-ci lors de l'ouverture des offres qui s'est tenue le 5 juillet 2010. De sorte que, faisant application de l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, le pouvoir adjudicateur a fixé une nouvelle séance d'ouverture des offres le 9 août 2010 afin de pouvoir inclure également l'offre susvisée de la société anonyme DIMANCHE.

Ainsi même si aucune des deux hypothèses visées à l'article 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne s'applique à la présente espèce, il y a lieu, afin de ne pas faire supporter l'inadvertance d'un agent de la partie adverse par la partie requérante, de réputer son offre fictivement tardive. En effet, s'il est prudent pour un soumissionnaire d'envoyer son offre par la voie postale et pli recommandé afin de donner à cet événement une date certaine, les dispositions réglementaires reproduites ci-dessus n'imposent pas ce seul mode de communication. En l'espèce, le dépôt de l'offre en cause de la société anonyme DIMANCHE a acquis date certaine par la

signature d'un récépissé par un fonctionnaire public agissant dans l'exercice de ses fonctions.

Il faut, en outre, observer qu'aucune remarque n'a été formulée par les soumissionnaires présents qui ont pu constater que l'offre litigieuse n'avait pas été ouverte. Et le procès-verbal de la seconde séance d'ouverture des offres n'est pas non plus argué de faux de sorte que les constatations qu'il contient sont présumées exactes.

Ainsi, si la partie requérante peut se sentir "lésée", d'une part, il n'apparaît pas, sur la base du dossier déposé, qu'une manipulation coupable aurait eu lieu et, d'autre part, il était loisible à la partie adverse de cesser la première procédure en renonçant au marché public pour ensuite la relancer en faisant état de l'oubli d'une soumission dans un bureau de l'administration.

Il s'ensuit que le moyen unique n'est pas fondé.

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

Article 1^{er}.

Les affaires enrôlées sous les n^{os} G./A.198.470/VI-18.915 et G./A.199.013/VI-18.990 sont jointes

Article 2.

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

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

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Michel PAQUES,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Diane DEOM,	Conseiller d'Etat,
M. Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.