

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.588 du 28 avril 2016

G./A.218.817/VI-20.749

En cause : **la société anonyme LES ENTREPRISES
GENERALES FERNAND GILLION ET FILS,**

ayant élu domicile chez
Mes Kris LEMMENS, Myriam LAHBIB
et Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocats,
de Burburestraat, n° 6-8,
2000 Antwerpen,

contre :

la ville de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION
et Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 25 mars 2016, la société anonyme LES ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION ET FILS sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " la décision du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles du 18 février 2016 de :
- retirer sa décision d'attribution du 29 octobre 2015,
 - après réexamen des offres, déclarer irrégulières toutes les offres déposées dans le cadre du marché de reconfiguration de l'îlot Fontainas, qui a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 12 mai 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2015,
 - renoncer à passer et à attribuer le marché public de travaux portant sur la reconfiguration de l'îlot Fontainas".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 25 mars 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 avril 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Myriam LAHBIB et Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Mes France MAUSSION et Mathieu THOMAS, avocats, 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. Par une délibération du 30 mars 2015, le conseil communal de la partie adverse a décidé de lancer un marché de travaux portant sur "la démolition d'une salle de sport, la construction d'un bâtiment - rue des Six-Jetons - comprenant 42 emplacements de parkings, 2 espaces co-accueillants et 19 appartements; la construction de deux bâtiments rue Van Artevelde comprenant 35 studios; la construction d'une salle de sport semi-enterrée rue des Six-Jetons et équipements; le réaménagement du parc et de la rue des Navets, situé sur un site formé par les rues Van Artevelde, des Six-Jetons, d'Anderlecht, des Navets et la place Fontainas à 1000 Bruxelles".

La procédure de passation retenue est l'adjudication ouverte.

III. 2. Ce marché de travaux a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 12 mai 2015 et au Journal Officiel de l'Union européenne le 16 mai 2015.

III. 3. La procédure de marché est régie par le cahier spécial des charges portant la référence RF/15/AO/718. Le métré récapitulatif comprenait 1.296 postes à compléter.

L'ouverture des offres était fixée au 30 juin 2015 à 11 heures.

III. 4. Sept offres ont été déposées, dont celles de la requérante et de la société anonyme IN ADVANCE.

III. 5. Après avoir examiné les offres, la partie adverse a adressé aux sept soumissionnaires des courriers leur demandant des justifications concernant certains de leurs prix unitaires.

Les sept soumissionnaires ont répondu à la partie adverse dans le délai qu'elle avait fixé.

III. 6. Par un courrier du 23 septembre 2015, la partie adverse a sollicité de la société anonyme IN ADVANCE qu'elle fournisse des précisions complémentaires concernant les prix à propos desquels elle avait été interrogée. La société anonyme IN ADVANCE y a répondu le 25 septembre 2015.

III. 7. Par une délibération du 29 octobre 2015, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse, se fondant sur un rapport d'analyse des offres du 28 octobre 2015, a déclaré irrégulières les offres de cinq soumissionnaires, seules les offres de la requérante et de la société anonyme IN ADVANCE étant déclarées régulières, et a décidé d'attribuer le marché litigieux à la société IN ADVANCE, ayant soumis l'offre régulière la moins-disante.

III. 8. Par un courrier recommandé du 13 novembre 2015, la partie adverse a notifié à la partie requérante le rapport d'examen des offres et l'indication des voies de recours.

III. 9. Par un courrier du 20 novembre 2015, les conseils de la partie requérante ont demandé à la partie adverse, notamment, de leur communiquer les courriers échangés entre la partie adverse et la société anonyme IN ADVANCE concernant les prix à propos desquels celle-ci avait été interrogée.

III. 10. Par un courrier recommandé et un e-mail du 27 novembre 2015, la partie adverse a notifié à la partie requérante la décision d'attribution, le rapport d'examen et l'indication des voies de recours.

III. 11. Par un recours en suspension d'extrême urgence introduit devant le Conseil d'Etat en date du 27 novembre 2015 et enrôlé sous le numéro G./A.217.671/VI-20.650, la requérante a sollicité la suspension de l'exécution de la décision du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles du 29 octobre 2015 d'attribuer le marché public de travaux portant sur la reconfiguration de l'îlot Fontainas à la société IN ADVANCE.

L'arrêt n° 233.319 du 18 décembre 2015 suspend l'exécution de la décision précitée du 29 octobre 2015.

Par une requête introduite le 8 janvier 2016, la partie requérante a poursuivi l'annulation de cette décision.

III. 12. Par une délibération du 18 février 2016, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse a décidé :

- de retirer la décision d'attribution du 29 octobre 2015;
- après réexamen des offres, de déclarer irrégulières toutes les offres déposées dans le cadre du marché de reconfiguration de l'îlot Fontainas, qui a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 12 mai 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2015;
- de renoncer à passer et à attribuer le marché précité de reconfiguration de l'îlot Fontainas.

Ce sont ces trois décisions qui sont attaquées dans le cadre du présent recours.

Cette délibération du 18 février 2016 est libellée de la manière suivante :

- " Vu l'article 236 de la Nouvelle Loi Communale du 24 juin 1988;
Vu l'article 160 de la Constitution et les articles 14 et 30 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, combinés avec l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif;
Vu l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu l'article 4, alinéa 1^{er}, 9°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu la décision du Conseil communal du 30 mars 2015 par laquelle une procédure d'adjudication ouverte est lancée afin de réaliser des travaux en vue de reconfigurer l'îlot Fontainas;
Vu l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 12 mai 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2015;
Vu la décision du 29 octobre 2015 du Collège des Bourgmestre et Echevins, qui déclare irrégulières les offres des sociétés Jacques Delens, CFE, Strabag Belgium, Democo et Groupe Thiran, qui déclare régulières les offres des sociétés In

Advance et Gillion et qui attribue à la société In Advance le marché public de travaux portant sur la reconfiguration de l'îlot Fontainas;

Vu la demande de suspension d'extrême urgence introduite le 27 novembre 2015 devant le Conseil d'Etat par la société Gillion à l'encontre de la décision d'attribution du 29 octobre 2015;

Vu l'arrêt du Conseil d'Etat n° 233.319 du 18 décembre 2015, qui suspend l'exécution de la décision d'attribution du 29 octobre 2015, en considérant sérieux les deux premiers moyens de la demande en suspension d'extrême urgence ainsi que le moyen nouveau soulevé à l'audience;

Vu le recours en annulation introduit devant le Conseil d'Etat le 8 janvier 2016 par la société Gillion à l'encontre de la décision d'attribution du 29 octobre 2015;

Considérant que, dans sa requête en annulation, la société Gillion invoque cinq moyens, dont les trois moyens qui ont été jugés sérieux par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 233.319;

Que les deux premiers moyens de la demande de suspension et de la requête en annulation pris, en substance, de la violation de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs font grief à la Ville de Bruxelles de ne pas avoir suffisamment motivé les raisons pour lesquelles les prix proposés par In Advance pour les postes 51 et 357 à 362 avaient été acceptés, alors qu'elle avait été interrogée à leur propos;

Que ces deux moyens ont été jugés sérieux par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 233.319 au motif que les explications fournies par la société In Advance pour justifier les prix sur lesquels elle était interrogée ou les erreurs qui affectaient son offre, ne permettent pas de justifier la régularité de son offre;

Que, par le troisième moyen de la requête en annulation pris de la violation de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (constituant le moyen nouveau soulevé dans la procédure de référé), il est reproché à la Ville de Bruxelles d'avoir accepté, pour les postes 357 à 362, de nouveaux prix proposés par In Advance après l'ouverture des offres;

Que ce moyen a été jugé sérieux par le Conseil d'Etat au motif que l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne permet pas de retenir des prix qui sont remis par un soumissionnaire après l'ouverture des offres;

Qu'il y a dès lors lieu de retirer la décision d'attribution dont l'exécution a été suspendue par le Conseil d'Etat, compte tenu des griefs qui ont été soulevés dans les trois moyens susvisés, qui sont juridiquement exacts et qui ont déjà été jugés sérieux par le Conseil d'Etat dans le cadre du recours en suspension d'extrême urgence;

Considérant, consécutivement au retrait, qu'il appartient à la Ville de Bruxelles de se prononcer à nouveau sur les offres des soumissionnaires;

Que, dans ce cadre, elle a procédé à un réexamen complet des offres, et spécifiquement de l'offre d'In Advance et de l'offre de Gillion;

Que tous les soumissionnaires ont été interrogés, par des courriers du 6 août 2015, à propos des prix apparemment anormaux de leur offre;

Considérant qu'après examen, aucune des justifications avancées par les soumissionnaires pour démontrer que les prix à propos desquels ils ont été interrogés ne sont pas anormaux, ne saurait être acceptée;

1) Que la Ville de Bruxelles maintient l'appréciation qu'elle avait portée sur les justifications fournies par Jacques Delens, CFE, Strabag, Democo et Groupe Thiran;

- Qu'en effet, les sociétés Jacques Delens et CFE se bornent, toutes deux, à indiquer que les prix unitaires sur lesquels elles ont été interrogées ne seraient pas anormaux au motif qu'ils seraient basés sur des offres de sous-traitants, qui ne sont toutefois pas communiquées à la Ville de Bruxelles; que, ce faisant, la Ville de Bruxelles n'est pas en mesure de vérifier que les offres des sous-traitants permettraient d'expliquer le caractère normal des prix sur lesquels Jacques Delens et CFE ont été interrogées;
- Que les justifications avancées tant par Strabag que par Democo à propos des prix unitaires sur lesquels elles ont été interrogées consistent en une simple confirmation des prix proposés, ce qui n'est pas acceptable;

- Que la société Thiran a indiqué qu'elle ne donnerait pas suite au courrier sollicitant des justifications de prix, de sorte qu'elle ne fournit aucune justification pour expliquer ses prix apparemment anormaux;

Que les justifications fournies par ces cinq soumissionnaires ne permettent donc pas d'expliquer en quoi les prix à propos desquels ils ont été interrogés ne seraient pas anormaux et ne peuvent, partant, être admises; que les prix proposés par ces cinq soumissionnaires doivent dès lors être tenus pour anormaux;

Que les offres déposées par Jacques Delens, CFE, Strabag, Democo et Thiran sont partant irrégulières;

2) Que, concernant l'offre d'In Advance et l'offre de Gillion, la Ville de Bruxelles avait – comme elle l'a écrit et déclaré au cours de la procédure en suspension devant le Conseil d'Etat et dans la décision d'attribution du 29 octobre 2015 – apprécié de manière bienveillante les explications données par celles-ci qui, contrairement aux cinq soumissionnaires précités (Jacques Delens, CFE, Strabag, Democo et Thiran), avaient pris la peine de donner des explications un peu plus détaillées pour tenter de justifier le caractère normal des prix sur lesquels elles étaient interrogées ou les erreurs qui affectaient certains de leurs prix;

Qu'après leur réexamen, les offres d'In Advance et de Gillion doivent cependant également être déclarées irrégulières;

- Que la société In Advance a indiqué, suite à la demande de justifications des prix remis dans son offre pour les postes 357 à 362, d'une part, qu'elle a confondu les portes incluses dans ces postes avec celles décrites dans les postes 364 à 367 et, d'autre part, qu'elle propose d'appliquer les prix unitaires moyens proposés par les autres soumissionnaires;

Que l'erreur commise par ce soumissionnaire lors de l'établissement de son offre – soit une interprétation erronée d'un ou plusieurs postes du métré – ne constitue pas une erreur matérielle au sens de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité (notamment C.E., arrêt n° 221.746 du 13 décembre 2012, NV Bouwbedrijf VMG - De Cock) et ne peut dès lors pas être rectifiée par la Ville de Bruxelles;

Que, partant, seuls les prix proposés par In Advance dans son offre pour les postes 357 à 362 peuvent être pris en compte, et non des prix qui seraient proposés après l'ouverture des offres ou les prix unitaires moyens proposés par les autres soumissionnaires;

Qu'In Advance ne donne aucune autre justification que la prétendue confusion entre plusieurs postes décrite ci-avant pour établir le caractère normal des prix remis dans son offre pour les postes 357 à 362;

Que cette justification n'étant pas admissible, ces prix doivent être tenus pour anormaux parce qu'ils sont nettement plus bas que les prix proposés par les autres soumissionnaires et que le prix estimé par la Ville de Bruxelles;

Que l'offre de la société In Advance doit dès lors être déclarée irrégulière;

- Que, pour l'offre de Gillion, il ressort des considérants de l'arrêt n° 233.319 du Conseil d'Etat, plus particulièrement ceux portant sur le moyen nouveau qui était invoqué à l'audience et qui correspond au troisième moyen de la requête en annulation, que la Ville de Bruxelles n'a pas appliqué de manière suffisamment rigoureuse les dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité qui portent sur les erreurs matérielles et les prix anormaux;

Que, suite au réexamen de l'offre de Gillion auquel a procédé la Ville de Bruxelles et tenant compte des enseignements de l'arrêt du Conseil d'Etat, il faut considérer que les explications de ce soumissionnaire pour justifier plusieurs des prix sur lesquels il était interrogé, ne peuvent pas être admises en application de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité;

Que Gillion a été interrogée à propos des prix unitaires qu'elle a remis pour huit postes du métré, soit les postes 53, 72, 467, 601, 645, 646, 760 et 803;

Que, comme cela ressort de la décision d'attribution du 29 octobre 2015, la Ville de Bruxelles avait déjà considéré que les justifications fournies par Gillion pour justifier la normalité de ses prix étaient brèves;

Que, pour les postes 72, 645, 646 et 803, Gillion s'est limitée, en effet, à décomposer, de manière peu détaillée, les prix proposés, cette décomposition étant parfois accompagnée d'une explication assez sommaire;

Qu'or, une simple décomposition de prix ne constitue pas une justification qui peut être admise puisqu'elle est sans rapport avec les justifications définies à l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (notamment C.E., arrêt n° 223.475 du 15 mai 2013, SA Ach Construct);

Qu'ainsi, pour les postes 72 et 803 par exemple, les justifications fournies par la société Gillion pour expliquer le caractère normal des prix qu'elle a proposés ne sont pas acceptables;

Que la justification fournie par Gillion pour expliquer son prix pour le poste 72 consiste en une simple décomposition sommaire de celui-ci; que la décomposition de prix reprise dans le courrier de Gillion du 13 août 2015 se borne à mentionner le prix des fournitures multiplié par les quantités à prendre en compte et le prix de la pose multiplié par le nombre d'heures qui y est consacré; qu'outre qu'il ressort toujours de cette décomposition de prix que le temps que la société Gillion a prévu de consacrer à la pose du fond de coffre et des marches semble très court, la justification ainsi apportée par ce soumissionnaire ne permet pas de comprendre les raisons concrètes et qui lui seraient spécifiques pour lesquelles elle propose un prix qui est apparu, lors de l'examen des offres, apparemment anormal; que Gillion ne transmet pas non plus à la Ville de Bruxelles des informations, qui proviendraient par exemple de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs, pour expliquer que le prix qu'elle reprend dans ses justifications pour la fourniture des marches visés dans ce poste est le prix qu'elle peut obtenir de ses sous-traitants ou fournisseurs; que, la justification donnée par la société Gillion – une décomposition très sommaire du prix sans autre explication – ne pouvant pas être admise en application de l'article 21 précité, le prix qu'elle propose pour le poste 72, qui est nettement plus bas que les prix proposés par les autres soumissionnaires et que le prix estimé par la Ville de Bruxelles, doit dès lors être tenu pour anormal;

Que, pour le poste 803, la société Gillion justifie le caractère normal de son prix en le décomposant de manière très sommaire et en expliquant que la hotte sera «posée dans le même temps que l'ensemble de la cuisine»; que la décomposition de prix reprise dans le courrier du 13 août 2015 se borne à mentionner le prix de la fourniture et le prix de la pose multiplié par le nombre d'heures qui y est consacré; que, comme indiqué ci-avant, une simple décomposition du prix ne constitue toutefois pas une justification admissible en application de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011; que Gillion ne transmet pas non plus à la Ville de Bruxelles un quelconque document de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs pour démontrer que le prix qu'elle mentionne dans ses justifications pour la fourniture de la hotte est le prix qu'elle peut obtenir de ses sous-traitants ou fournisseurs; qu'en outre, la vérification du caractère normal d'un prix unitaire doit s'effectuer poste par poste, et non par groupe de postes (C.E., arrêt n° 221.238 du 20 octobre 2012, SA Galère et SA Betonac); que le caractère normal du prix remis pour le poste 803 doit dès lors être analysé individuellement, d'autant plus, en l'espèce, que les travaux de pose de la cuisine (visés aux postes 558 à 573) et la pose de la hotte proprement dite (visée au poste 803) se retrouvent dans des sections bien distinctes du métré; qu'enfin, les travaux de pose de la cuisine et de la pose de la hotte proprement dite ne seront pas réalisés en même temps; qu'à cet égard d'ailleurs, Gillion n'explique pas dans ses justifications quelle organisation elle entendrait mettre en place pour poser la cuisine et la hotte en même temps; que les justifications ainsi fournies par Gillion ne permettent donc pas de comprendre les raisons concrètes pour lesquelles elle propose un prix qui est apparu, lors de l'examen des offres, apparemment anormal; que le prix remis pour le poste 803 doit partant être tenu pour anormal parce qu'il est nettement plus bas que les prix proposés par les autres soumissionnaires et que le prix estimé par la Ville de Bruxelles et qu'aucune des justifications exposées par la société Gillion ne peut être admise;

Que l'offre de la société Gillion qui contient des prix anormaux, notamment mais non nécessairement uniquement, pour les postes 72 et 803 est dès lors irrégulière; Considérant que, dans la mesure où toutes les offres sont irrégulières, il y a lieu de renoncer à passer et à attribuer le présent marché en application de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 précitée;

Considérant qu'il y a également lieu de renoncer à passer et à attribuer le présent marché en raison de la perte définitive des subsides régionaux qui avaient été octroyés pour réaliser ces travaux dans le cadre du programme quadriennal 2011-2015 "Contrat de quartier durable Jardin aux Fleurs";
Considérant qu'il reviendra au Conseil communal de se prononcer sur la poursuite ou non du projet de rénovation de l'îlot Fontainas, compte tenu notamment des possibilités de financement du projet;

Arrête les décisions suivantes :

Article 1

Retirer la décision d'attribution du 29 octobre 2015;

Article 2

Après réexamen des offres, de déclarer irrégulières toutes les offres déposées dans le cadre du marché de reconfiguration de l'îlot Fontainas, qui a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 12 mai 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2015;

Article 3

De renoncer à passer et à attribuer le marché de reconfiguration de l'îlot Fontainas, qui a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 12 mai 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2015".

III. 13. Cette délibération du 18 février 2016 a été notifiée le 11 mars 2016 aux sept soumissionnaires.

III. 14. Par une délibération du 25 février 2016, le conseil communal de la partie adverse a décidé de lancer un nouveau marché portant sur "la démolition d'une salle de sport, la construction d'un bâtiment – rue des Six-Jetons – comprenant 42 emplacements de parking, 2 espaces co-accueillants et 19 appartements; la construction de deux bâtiments rue Van Artevelde comprenant 35 studios; la construction d'une salle de sport semi-enterrée rue des Six-Jetons; le réaménagement du parc et de la rue des navets; la construction de 3 logements supplémentaires, d'une salle polyvalente et d'un HORECA dans le volume d'entrée de la salle de sport situé rue des Six-Jetons sur un site formé par les rues Van Artevelde, des Six-Jetons, d'Anderlecht, des navets et la place Fontainas à 1000 Bruxelles pour un montant total des travaux estimés à 12.204.177,00 € HTVA dont les conditions sont fixées au CSC n° RF/16/AO/751".

Cette délibération précise notamment qu'"en ce qui concerne les parties logements [...], HoReCa [...] et espace polyvalent [...], la régie dispose des moyens nécessaires pour les développer sur fond propre moyennant conversion des logements contrat de quartier en logements moyens, pour un montant total de 8.117.766,65 € HTVA" et que "la Régie Foncière préfinancera le montant total du marché". En son article 6, elle prévoit que "le marché [...] sera financé par emprunt et subsides".

IV. SECOND MOYEN

IV. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un second moyen, qu'elle déclare être " fondé sur la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, de l'obligation de motivation formelle et matérielle, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du principe de la légalité des motifs, du principe de légitime confiance et de sécurité juridique, de l'erreur ou de la contradiction dans les motifs, de l'excès ou du détournement de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle le formule dans les termes suivants :

" a.- En droit

Il doit être considéré en l'espèce que la Régie Foncière, partie adverse, a commis un excès de pouvoir en décidant, sans motif valable, de retirer son rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 et de procéder à un nouvel examen des offres alors que le marché aurait dû être attribué à la SA Gillion ayant pourtant remis la seule offre régulière.

L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 est en effet très clair à cet égard puisqu'il stipule que «Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse [...]».

Il est vrai qu'en date du 29 octobre 2015, le marché n'avait pas été valablement attribué à la SA In Advance, le Conseil d'Etat s'étant d'ores et déjà prononcé sur le sérieux des griefs formulés à l'encontre de l'offre de l'attributaire, la SA In Advance. Toutefois, le marché aurait alors dû être attribué à la SA Gillion ayant remis l'offre régulière la plus basse.

Il y a lieu de déclarer la décision de la Régie foncière de retirer sa décision d'attribution du marché du 29 octobre 2015 et par là même son rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 (étant en réalité la seule véritable décision qui a en effet été notifiée à la SA Gillion par envoi du 13 novembre 2015) et de renoncer à la passation du marché comme étant invalide car n'étant pas intervenue pour des motifs valables.

Selon la théorie du retrait d'acte, il est admis que l'administration puisse retirer un acte individuel qu'elle a posé si celui-ci s'avère être irrégulier. La théorie du retrait est une création jurisprudentielle qui provient de la nécessité de la mise en place d'un droit de repentir quand l'administration se rend compte du caractère illégal ou frauduleux d'un acte administratif qu'elle a posé. Dans de telles circonstances, il est bien évidemment souhaitable que l'administration puisse retenir cet acte.

Le retrait permet également de rencontrer un impératif de sécurité juridique dans la mesure où il a un effet rétroactif et que l'acte illégal annulé a pu faire naître des droits dans le chef des administrés.

La doctrine et la jurisprudence les plus autorisées considèrent que lorsque les actes ne sont pas créateurs de droits, ils peuvent être retirés à tout moment et pour n'importe quelle raison, notamment pour un motif d'opportunité, et cela même s'il s'agit d'actes réguliers.

Quant aux actes créateurs de droits, seuls les actes irréguliers peuvent être retirés dans certaines conditions comme notamment le respect du délai de soixante jours pour introduire un recours devant Votre Conseil d'Etat ou si un recours existe déjà devant Votre Conseil, le retrait peut alors intervenir jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt, alors que les actes réguliers, eux, ne peuvent en aucun cas être retirés car c'est la sécurité juridique qui doit primer.

En conclusion, la théorie du retrait d'acte s'oppose à ce qu'un acte légal créateur de droits soit retiré lorsqu'il n'y a pas d'illégalité commise qui justifierait une remise en cause rétroactive de la sécurité juridique qui s'attache à un acte posé.

b.- Développements

En l'espèce, il convient de remarquer que la décision de la Régie foncière du 29 octobre 2015 (jamais communiquée à la SA Gillion) et basée sur un rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 (seul véritable décision du Collège des Bourgmestre et Echevins communiquée à la SA Gillion) était créatrice de droits, dans la mesure où (i) elle attribuait à la SA In Advance le marché public dont question alors que l'offre de cette dernière a été déclarée comme apparemment irrégulière par le Conseil d'Etat en sa décision du 18 décembre 2015 et où (ii) le rapport d'examen des offres classait en deuxième position l'offre de la SA Gillion.

Dans la mesure où, par décision du 28 décembre 2015, le Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la décision du Collège des Bourgmestre et Echevins de la Ville de Bruxelles du 29 octobre 2015 d'attribuer le marché public de travaux portant sur la reconfiguration de l'îlot Fontainas à la SA In Advance, en considérant qu': «il ressort de l'examen du nouveau moyen que l'offre de la partie intervenante est, à première vue, affectée d'une irrégularité, l'offre de la partie requérante apparaît donc, à ce stade, être la seule offre régulière», il eût été logique que le marché revienne à la SA Gillion, cette dernière ayant déposé la seule offre régulière dans le cadre du marché considéré.

Cette décision d'attribution, et plus particulièrement le rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 étant la seule véritable décision notifiée à la SA Gillion, ne pouvait dès lors être retirée qu'à la condition *sine qua non* qu'elle soit entachée d'illégalité, voire frauduleuse, condition qui n'est absolument pas remplie dans le cas présent.

Il est de doctrine et de jurisprudence constantes que si la loi réserve très logiquement à l'autorité publique qui a lancé une procédure de passation d'un marché la faculté de ne pas la mener à son terme, et donc de ne pas attribuer le marché, l'exercice du pouvoir de l'Administration d'abandonner une procédure de passation de marché et de la recommencer doit toutefois se fonder sur des motifs légitimes et ne pourrait, sans être entaché d'un détournement de procédure, être inspiré par le mobile exclusif d'avantager un ou plusieurs soumissionnaires.

Cette possibilité de ne pas mener une procédure à son terme pour des motifs légitimes et d'en recommencer une nouvelle ne doit toutefois absolument pas être confondue avec la faculté offerte à l'autorité publique, lorsqu'une procédure de passation a abouti et que le marché a été attribué à un soumissionnaire, de retirer la décision d'attribution de ce marché dans certains délais quand cette décision est entachée d'irrégularité.

La position défendue par la SA Gillion est que le retrait du rapport d'examen des offres du 28 septembre 2015 n'était pas possible puisque ce dernier était en tout point régulier.

La violation des règles relatives au retrait des actes administratifs constituant un moyen susceptible d'être soulevé d'office par le Conseil d'Etat, il y a lieu de vérifier si un retrait de la décision était légalement possible.

Une décision d'attribution d'un marché public est un acte modifiant favorablement la situation juridique d'une personne en telle sorte qu'il ne peut être retiré, dans le délai contentieux, que s'il est affecté d'une illégalité. En l'espèce, aucune des pièces des dossiers administratifs n'établit l'illégalité du rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 classant la SA Gillion en seconde position.

Il n'y avait dès lors aucun motif légalement admissible de procéder au retrait explicite ou implicite de ce rapport d'examen des offres.

Il est donc soutenu dans le cadre du présent recours, que le rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 ne pouvait nullement faire l'objet d'un retrait puisqu'il n'était absolument pas illégal.

Il ressort d'ailleurs du dossier administratif que les justifications des prix ont été portées à la connaissance de la Régie Foncière bien avant son rapport d'analyse des offres, en tous points régulier, de son Collège des Bourgmestre et Echevins, qui a donc pu statuer en parfaite connaissance de cause, après de surcroît confirmation de l'absence de tout prix unitaire anormal dans le cadre de la soumission de la SA Gillion.

Lors de la comparaison des offres, la Régie Foncière avait déjà pu remarquer que les explications formulées par la SA Gillion étaient parfois brèves, et aurait le cas échéant dû faire usage de la faculté offerte par l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 de ne pas poursuivre la procédure déjà entamée et d'en recommencer une autre, ce qui n'eut pas lieu en l'espèce puisque le classement des offres a été effectué en pleine connaissance de cause.

N'étant entachée d'aucune irrégularité, le rapport d'analyse des offres du 28 octobre 2015 n'a donc pas pu être retiré.

Il s'en déduit que la nouvelle décision prise par la Régie Foncière le 18 février 2016, de ne pas attribuer le marché sur base de la remise d'offres initiales du 30 juin 2015, et de procéder à une remise en adjudication est totalement arbitraire.

L'offre remise par la SA Gillion lors de la première mise en adjudication étant d'une part conforme en tous points au Cahier spécial des charges (voir premier moyen, seconde branche) et donc régulière et d'autre part la seule et unique offre régulière (comme affirmé par Votre Conseil en sa décision du 18 décembre 2015), la Régie Foncière se devait de lui attribuer le marché. Elle ne pouvait pas procéder à un retrait de son rapport d'examen des offres du 28 octobre 2015 de manière arbitraire, ne pouvait lui substituer un nouveau rapport d'analyse des offres écartant l'offre de la SA Gillion comme étant irrégulière et ne pouvait renoncer à passer et à attribuer le marché litigieux selon des motifs illégitimes et non juridiquement valables.

Sur base du principe de légitime confiance, la SA Gillion a pu se fier à la légalité du rapport d'analyse des offres du 28 octobre 2015 et le retrait de ce rapport a été attentatoire aux principes de sécurité juridique et de légitime confiance puisque la prévisibilité de l'attribution du marché à la SA Gillion, seul soumissionnaire ayant *in fine* remis une offre régulière, a été anéantie.

Eu égard à ces développements, le second moyen doit être déclaré fondé et sérieux et il incombe dès lors à Votre Conseil de suspendre la décision entreprise".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen procède d'une confusion entre le rapport d'analyse des offres, daté du 28 octobre 2015, et la décision, adoptée le 29 octobre 2015, par laquelle la partie adverse a attribué le marché litigieux à la société anonyme IN ADVANCE, décision dont l'exécution est suspendue par l'arrêt n° 233.319 du 18 décembre 2015. Sans doute cette confusion s'explique-t-elle par les circonstances dans lesquelles la requérante avait été informée de cette attribution du marché. Il n'en demeure pas moins que l'examen du moyen impose de distinguer le rapport d'analyse des offres de la décision d'attribution du marché.

S'agissant du rapport d'analyse des offres, qui ne constitue qu'un acte préparatoire ne pouvant faire naître des droits ou des obligations ou modifier favorablement la situation d'une personne, on n'aperçoit pas comment son "retrait" serait décidé en méconnaissance des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen. Par ailleurs, et en toute hypothèse, il ressort tant des motifs que du dispositif de l'acte attaqué que le retrait auquel cet acte a pour objet de procéder concerne la décision d'attribution adoptée le 29 octobre 2015, et non le rapport d'analyse des offres.

Par ailleurs, la requérante n'a intérêt à contester le retrait de la décision du 29 octobre 2015 qu'en tant que celle-ci avait pour objet de déclarer son offre régulière.

En tant qu'il retire la décision d'attribution du marché litigieux, prise le 29 octobre 2015, l'acte attaqué repose sur le constat que cette décision était entachée d'illégalités révélées par les trois moyens que l'arrêt n° 233.319, prononcé par le Conseil d'Etat le 18 décembre 2015, juge sérieux.

Dès lors, d'une part, que les illégalités ainsi révélées mettent en cause la manière dont la partie adverse a procédé au contrôle des prix apparemment anormaux, particulièrement ceux qui avaient été proposés par le soumissionnaire auquel sera attribué le marché, et, d'autre part, que l'offre de la requérante avait été déclarée régulière, mais après vérification des justifications de ceux de ses prix unitaires qui étaient apparemment anormaux aux yeux de la partie adverse, le motif sur lequel celle-ci fonde ainsi le retrait de la décision d'attribution du marché – notamment en ce que cette décision déclarait régulière l'offre de la requérante – apparaît, *prima facie*, exact, pertinent et admissible, et ne semble pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, on n'aperçoit pas à l'égard de quelle promesse que la partie adverse aurait faite à la requérante, la décision de retrait serait prise en méconnaissance du principe général de confiance légitime.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, du principe de la légalité des motifs et de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de proportionnalité et de bonne administration, du principe de sécurité juridique et de légitime confiance, de l'insuffisance, de l'absence et de l'erreur dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation". Elle y rappelle avant tout que les motifs de renonciation à l'attribution du marché litigieux sont les suivants :

- " - toutes les offres, dont celle de la SA Gillion, seraient irrégulières, suite à l'éviction de la SA In Advance en suite de l'arrêt de suspension n° 233.319 prononcé par le Conseil d'Etat le 18 décembre 2015 et sur base d'un réexamen de l'offre de la SA Gillion;
- la Régie Foncière subirait une perte définitive de subsides régionaux qui avaient été octroyés pour réaliser les travaux dans le cadre du programme quadriennal 2011-2015 «Contrat de quartier durable Jardin aux Fleurs»".

Le moyen est articulé en trois branches. Les deux premières expriment les griefs de la requérante à l'égard respectivement de la régularité d'un réexamen de son offre, et de l'absence de motivation adéquate de la déclaration d'irrégularité de cette même offre. En sa troisième branche, le moyen critique le motif de renonciation relatif à la perte définitive des subsides régionaux.

S'agissant de la troisième branche, la requérante expose le moyen en ces termes:

- " a.- En droit

La motivation exigée d'un pouvoir adjudicateur consiste en l'indication, dans tous ses actes, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision et elle se doit bien évidemment d'être adéquate.

«De motievencontrole houdt achtereenvolgens in : het onderzoek naar het bestaan van de motieven, vervolgens naar dat van de feitelijke juistheid van de motieven, naar het nagaan of de motieven juridisch juist zijn en uiteindelijk pas, naar het al dan niet bestaan van een redelijke verhouding tussen motieven en inhoud van de beslissing».

Traduction libre

«La vérification des motifs contient successivement : l'examen sur l'existence des motifs, ensuite sur l'exactitude réelle des motifs, sur la vérification juridique de la justesse des motifs et finalement, sur le rapport raisonnable ou non entre les motifs et le contenu de la décision».

b.- Développements

Une des raisons évoquées par la Régie Foncière pour motiver et justifier sa décision de renoncer à attribuer le marché consistait en la perte de subsides et son incapacité à le supporter financièrement :

Il s'avère toutefois que cette raison n'était probablement invoquée que pour les besoins de la cause, pour se donner bonne conscience et n'était pas réelle puisque, moins d'un mois plus tard, la Régie Foncière a publié, dans le Bulletin des Adjudications du 17 mars 2016, un avis de pré-information concernant exactement le même marché de reconfiguration de l'îlot Fontainas. Il est en effet fort peu probable que dans un délai aussi court, elle ait à nouveau perçu des subsides. Il ressort des circonstances de fait que la Régie Foncière a fort probablement décidé de financer le projet sur fonds propres, décision qu'elle aurait bien évidemment pu prendre également dans le cadre du premier marché, ce qu'elle s'est bien gardée de faire.

Sur ce point, la motivation de la Régie Foncière n'est ni juste, ni exacte, ni réelle de sorte qu'elle doit être sanctionnée.

La troisième branche du premier moyen doit donc être considérée comme parfaitement fondée et sérieuse".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision de renoncer à l'attribution d'un marché doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

En l'espèce, la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux repose sur les motifs suivants:

- " Considérant que, dans la mesure où toutes les offres sont irrégulières, il y a lieu de renoncer à passer et à attribuer le présent marché en application de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 précitée;

Considérant qu'il y a également lieu de renoncer à passer et à attribuer le présent marché en raison de la perte définitive des subsides régionaux qui avaient été octroyés pour réaliser ces travaux dans le cadre du programme quadriennal 2011-2015 "Contrat de quartier durable Jardin aux Fleurs".

Il n'est pas contestable que, pour autant qu'il soit satisfait aux exigences d'exactitude, de pertinence et d'admissibilité en droit, chacun de ces deux motifs peut suffire à fonder la décision attaquée.

En sa troisième branche, le moyen critique la décision de renonciation en tant qu'elle est fondée sur le motif relatif à la perte définitive des subsides régionaux destinés à contribuer au financement du marché. Ce motif est assorti de la considération selon laquelle "il reviendra au Conseil communal de se prononcer sur la poursuite ou non du projet de rénovation de l'îlot Fontainas, compte tenu notamment des possibilités de financement du projet".

Dès lors, d'une part, que n'est pas (et ne semble pas pouvoir être) contestée la perte des subsides régionaux au bénéfice desquels le conseil communal de la partie adverse avait lié sa décision de lancer le marché litigieux et, d'autre part, que cette circonstance empêchait l'attribution et l'exécution de ce marché tel qu'il avait été conçu par le conseil communal, il ne peut être sérieusement reproché à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant, pour ce motif, de renoncer à l'attribution du marché.

Par ailleurs, la circonstance que, d'une part, le collège des bourgmestre et échevins a décidé de laisser au conseil communal le soin d'apprécier l'opportunité de poursuivre, ou non, et "compte tenu notamment des possibilités de financement du projet", le projet de rénovation de l'îlot Fontainas et que, d'autre part, par sa délibération du 25 février 2016, le conseil a choisi de procéder à la passation d'un nouveau marché, différent par son objet et son mode de financement, de celui qui est au cœur du présent litige, ne suffit pas à démontrer que le motif de la perte des subsides régionaux n'était pas exact et n'était "invoqué[...] que pour les besoins de la cause".

Il s'ensuit qu'en cette branche, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

Dès lors que le motif vainement critiqué par le moyen, en cette troisième branche, suffit à justifier la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux, c'est vainement qu'en ses première et deuxième branches, le moyen critique l'autre motif de cette décision. Il doit donc être déclaré irrecevable en ses deux premières branches.

VI. CONFIDENTIALITE

La requérante souhaite maintenir la confidentialité de son offre, ainsi que des courriers des 6 et 13 août 2015 échangés avec les services de la partie adverse, courriers joints à la requête.

La partie adverse sollicite également le bénéfice de la confidentialité pour les pièces 1 à 20 de la partie confidentielle du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 19 avril 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 et 2 du dossier de pièces confidentielles de la partie requérante et les pièces 1 à 20 de la partie confidentielle du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.