

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

Conseil d'Etat, section d'administration.

A R R E T

n° 60.965 du 12 juillet 1996
A. 69.561/IV-15.831

En cause : la s.a. SOREMA,
ayant élu domicile chez
Mes I. OPDEBEECK et J.-P. FEYS, avocats,
ayant leur cabinet à GAND,
Groot-Brittanniëlaan 10

contre :

la s.a. ELECTRABEL,
ayant élu domicile chez
Mes J. PUTZEYS, St. GEHLEN, X. LEURQUIN et
L. VAN HOUT, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
rue Saint-Bernard 98.

LE CONSEIL D'ETAT, IVe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 28 juin 1996, par laquelle la s.a. SOREMA demande la suspension d'extrême urgence de l'exécution de "la décision, prise récemment selon une lettre de la partie défenderesse du 26 juin 1996, de procéder à la passation et à l'attribution d'un marché de fourniture de compteurs électriques sur la base d'un contrat-cadre à conclure";

Vu les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, notamment les articles 17 et 18;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 1er juillet 1996, fixant l'affaire à l'audience du 4 juillet 1996;

Entendu Mme M.-R. BRACKE, conseiller d'Etat, en son rapport;

Entendu en leurs observations Me I. OPDEBEECK, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me L. VAN HOUT, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

Entendu M. J. BAERT, auditeur, en son avis conforme;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

1. Considérant que les éléments de la cause se présentent comme suit :

1.1. Au Journal officiel des Communautés européennes du 27 octobre 1995 (JO S 206/246), la partie défenderesse fait paraître un avis (référence : 95/S 206-110133/FR) mettant en perspective la passation d'un contrat-cadre pour la livraison en Belgique de 125.000 compteurs électriques, définis comme des "compteurs électriques classe 2". Le montant global du marché de fourniture est estimé à 290 millions de francs hors T.V.A.

L'avis précise que le type de procédure adopté est celui de la "procédure négociée". Le point 4, "Autres renseignements", mentionne en outre :

"L'avis n'est pas un moyen de mise en concurrence. Un avis de mise en concurrence ne sera pas publié ultérieurement.
Electrabel SA/NV agit dans le cadre de la mission qui lui est confiée statutairement en tant qu'associé privé, d'ordre et pour le compte des intercommunales CIEJE, EVAC, Gaselwest, IDEG, IEGA, IEH, IGEHO, IMEA,

IMEWO, Interelec, Interest, Intergem, Interlux, Intermosane, IVEKA, Iverlek, Sedilec et Simogel.
Vu l'existence d'un système de qualification, la sélection des soumissionnaires se fera parmi les candidats qualifiés".

1.2. Faisant suite à l'avis précité, la partie défenderesse invite la partie requérante, par lettre du 9 février 1996, à introduire une soumission pour le marché concerné. La soumission doit être introduite pour le 8 mars 1996, à 15 heures, au plus tard.

1.3. Selon la partie requérante, l'ouverture des soumissions aurait eu lieu le 18 mars 1996 et M. MASSCHELIN, de la partie défenderesse, lui fit savoir qu'un tableau comparatif faisait apparaître la répartition suivante :

CONTIGEA SCHLUMBERGER : $\pm 53 \%$, LANDIS : $\pm 21 \%$, SIEMENS Allemagne : $\pm 15 \%$ et la partie requérante : $\pm 11 \%$, et que le montant de sa soumission avait été majoré de 3% , conformément à l'article 36, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE du 14 juin 1993.

1.4. Le 19 juin 1996, le conseil de la partie requérante adresse à la partie défenderesse la lettre suivante :

"Selon les informations communiquées par notre cliente, une décision formelle d'attribution aurait été prise dans le cadre de la procédure de passation susvisée, soit par vous-même, soit par les intercommunales d'ordre et pour le compte desquelles, selon l'avis, vous agissez. Dans le but d'examiner la situation juridique de notre cliente, nous vous prions et, pour autant que de besoin, nous vous sommons de nous faire parvenir sans délai une copie de la décision d'attribution. A la lumière du caractère extrêmement urgent indéniable de la présente requête, nous espérons pouvoir recevoir une réponse dans un délai de trois jours civils à compter de la date de la présente. Faute d'avoir reçu une réponse, nous nous verrons contraint, en vue de la sauvegarde des droits de notre cliente, d'entreprendre toutes les mesures utiles et/ou nécessaires en justice.

Nous vous demandons également, sous réserve de tous droits et sans reconnaissance préjudiciable aucune, de ne placer aucune commande formelle dans le cadre de la décision d'attribution précitée".

1.5. Par lettre du 26 juin 1996, la partie défenderesse répond comme suit :

"Notre achat collectif annuel 1996/97 de compteurs électriques a en effet été adjugé récemment.

Les règles de passation, telles qu'elles ont été approuvées par les conseils d'administration de diverses intercommunales pour lesquelles agit Electrabel, étaient jointes à l'appel d'offres et sont donc connues de tous les soumissionnaires.

Compte tenu de l'ampleur de cette adjudication, Electrabel a fait une application rigoureuse des prescriptions de la directive 93/38/CEE, ainsi que des règles de passation précitées.

Votre client, qui fut retenu pour une partie du marché concerné, aura entre temps reçu le contrat pour signature formelle.

Dès que les résultats seront communiqués à la Commission, pour publication, conformément aux dispositions de la directive européenne, nous ne manquerons pas non plus de vous les faire parvenir directement".

1.6. La partie requérante affirme avoir reçu effectivement, le 26 juin 1996, une lettre de la partie défenderesse, datée du 25 juin 1996, lui soumettant pour signature deux exemplaires d'un contrat-cadre déjà signé par la partie défenderesse, couvrant la période du 1er juillet 1996 au 30 juin 1997 et indiquant notamment, en annexe 2, les montants indicatifs pour les compteurs électriques pour lesquels la soumission de la partie requérante a été prise en considération.

1.7. Le 28 juin 1996 intervient la demande de suspension d'extrême urgence.

2.1. Considérant que la partie défenderesse objecte que la décision d'attribuer le marché a été prise, non par elle-même, mais par les intercommunales, dès lors que sa mission en tant que mandataire des intercommunales ne

comporte aucun pouvoir de décision et que celui-ci appartient exclusivement à ces dernières; qu'elle objecte également que s'il était admis qu'elle doit néanmoins être considérée comme l'auteur de la décision attaquée, le Conseil d'Etat n'est pas compétent, puisqu'elle ne constitue pas une autorité administrative au sens de l'article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

2.2.1. Considérant qu'à l'audience le conseil de la partie défenderesse déclare qu'à l'exception de l'intercommunale IVERLEK, toutes les intercommunales pour le compte desquelles elle a agi en qualité de mandataire ont pris une décision d'attribution pour la fourniture de compteurs électriques sur la base du "dossier d'attribution du marché établi par elle; que l'attribution du marché concerné appert également de la lettre de la s.a. ELECTRABEL à la partie requérante, qui énonce : "Notre achat collectif annuel 1996/97 de compteurs électriques a en effet été adjugé récemment", ainsi que du contrat, adressé pour signature à la partie requérante par lettre du 25 juin 1996, pour la fourniture de compteurs électriques conformément à son appel d'offres COE/07.96/A0 et de la soumission de la partie requérante, du 8 mars 1996; que dès lors, le recours dirigé contre "la décision, prise récemment selon une lettre de la partie défenderesse du 26 juin 1996, de procéder à la passation et à l'attribution d'un marché de fourniture de compteurs électriques sur la base d'un contrat-cadre à conclure" ne doit pas être considéré comme étant sans objet; que, compte tenu de l'information que la partie requérante tenait de la partie défenderesse, la décision attaquée, qui s'avère toutefois consister en plusieurs décisions d'attribution, a été dûment identifiée; que l'on ne peut reprocher à la partie requérante d'avoir désigné la s.a. ELECTRABEL en tant que partie défenderesse : tout au long de la procédure de conclusion

du contrat-cadre, la partie défenderesse s'est présentée comme "entité adjudicatrice" et a affirmé agir "dans le cadre de la mission qui lui est confiée statutairement en tant qu'associé privé, d'ordre et pour le compte des intercommunales ...", à la demande de la partie requérante, tendant à recevoir copie de la décision formelle d'attribution, prise "soit par vous-même, soit par les intercommunales d'ordre et pour le compte desquelles, selon l'avis, vous agissez ", la partie défenderesse répond que son achat collectif annuel 1996/97 de compteurs électriques a, en effet, été adjugé récemment et que, compte tenu de l'ampleur de cette adjudication, "ELECTRABEL" a fait une application rigoureuse des prescriptions de la directive 93/38/CEE, ainsi que des règles de passation précitées; elle ne précise nulle part que la décision d'attribution a été prise, non par elle-même, mais par les intercommunales concernées pour lesquelles elle intervient en qualité de mandataire, bien au contraire, elle laisse entendre ou, à tout le moins, on a l'impression que -mandatée ou non à cet effet- elle est elle-même, d'ordre et pour le compte des intercommunales concernées, l'auteur de l'attribution du marché contesté; elle a également négligé d'accéder à la demande de la partie requérante d'être mise en possession de la décision formelle d'attribution, alors qu'en principe elle devait être en possession des décisions de ces intercommunales, dès lors qu'en l'absence d'attribution elle ne pouvait envoyer aux soumissionnaires les contrats qui, ainsi qu'il appert d'ailleurs de l'exemplaire adressé à la partie requérante, sont signés, non par les intercommunales, mais par la partie défenderesse elle-même; le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas davantage été mis en possession des décisions qui, selon la partie défenderesse, auraient été prises par les intercommunales;

2.2.2. Considérant que, dès lors que les décisions attaquées ont été dûment identifiées et qu'il appert du

dossier déposé par la partie défenderesse que c'est elle qui a examiné les soumissions et établi le "dossier d'attribution du marché", lequel fut vraisemblablement adressé pour accord aux intercommunales concernées comme proposition d'attribution, et qu'en tant que telle elle est la mieux placée pour défendre les décisions d'attribution, le déroulement normal du procès n'apparaît pas avoir été rendu impossible du fait que, dans la procédure d'extrême urgence, la partie requérante, inspirée notamment par la partie défenderesse, se soit éventuellement trompée en désignant la personne morale pour le compte de laquelle l'auteur des décisions attaquées a agi; que, par conséquent, l'exception fondée sur la désignation erronée de la partie défenderesse ne peut être retenue;

2.2.3. Considérant que, dès lors que, selon les renseignements fournis par la partie défenderesse, les diverses décisions d'attribution ont été prises par des intercommunales, l'exception d'incompétence du Conseil d'Etat, fondée sur l'élément que la partie défenderesse n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, devient caduque;

3. Considérant qu'en vertu de l'article 17, §§ 1er et 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la suspension d'extrême urgence ne peut être prononcée qu'à la triple condition qu'il y ait extrême urgence, que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué soient invoqués et que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement attaqué risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

3.1.1. Considérant qu'en un premier moyen la partie requérante invoque la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle

de actes administratifs, en ce que, à la suite de sa demande tendant à être mise en possession d'une copie de la décision formelle d'attribution, la partie défenderesse s'est bornée à communiquer qu'une décision d'attribution avait été prise récemment, que les règles de passation, telles qu'elles ont été approuvées par les conseils d'administration des diverses intercommunales pour lesquelles elle agit, sont connues de tous les soumissionnaires et que, compte tenu de l'ampleur de l'adjudication, elle a fait une application rigoureuse des prescriptions de la directive 93/38/CEE ainsi que des règles de passation susvisées; que la partie requérante soutient qu'elle s'est ainsi vu refuser la possibilité de vérifier s'il a effectivement été fait application de ces règles de passation et des prescriptions de la directive susvisée;

3.1.2.1. Considérant que, ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà décidé, notamment dans les arrêts n^{os} 51.005, VANYSACKER, et 51.006, REMUE, du 28 décembre 1994, dans le cadre du contentieux d'annulation, l'obligation de motivation formelle a pour but de permettre à celui à l'égard duquel une décision est prise, de connaître les motifs de cette décision, de manière à le mettre en mesure de juger en connaissance de cause s'il se justifie de se défendre contre cette décision, quant aux motifs de celle-ci, par les moyens que le droit met à sa disposition;

3.1.2.2. Considérant que le moyen fondé sur la violation de l'obligation de motivation formelle est sérieux, ne fût-ce que parce que la partie requérante, bien qu'elle en eût fait la demande, n'a pas reçu communication des décisions d'attribution, bien que la partie défenderesse soit normalement en possession de celles-ci; que la communication faite par lettre du 26 juin 1996, selon laquelle les règles de passation et les prescriptions de la directive 93/38/CEE avaient été rigoureusement

appliquées, ne satisfait aucunement à l'exigence d'une motivation formelle;

4.1. Considérant, en ce qui concerne la condition du préjudice grave difficilement réparable, que la partie requérante soutient que sur la base des informations dont elle dispose, elle croit pouvoir considérer qu'elle avait droit à l'attribution du marché à concurrence de 33 % ($\pm$ 81 millions de francs) au lieu de 11 % ($\pm$ 27 millions de francs), ce qui constitue, par rapport à sa part dans le contrat-cadre précédent, une diminution de l'ordre de 131 millions de francs;

4.2. Considérant que le fait de ne pas pouvoir exercer ses droits en nature pour une partie du marché, à savoir 22 %, représentant une valeur d'environ 54 millions de francs, peut être qualifié de préjudice grave difficilement réparable;

5. Considérant qu'à l'exception de l'exemplaire signé sous réserve par la partie requérante, le Conseil d'Etat n'a pas été mis en possession d'une copie des contrats signés par d'autres soumissionnaires; qu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude, à l'heure actuelle, que les contrats ont été conclus avec tous les autres soumissionnaires et qu'une suspension d'extrême urgence ne sera pas en mesure d'empêcher la conclusion des contrats; que, dans le cas où les contrats auraient néanmoins été conclus avec tous les soumissionnaires, la partie requérante fait valoir à bon droit que, compte tenu du délai d'exécution relativement court de 12 mois, allant du 1er juillet 1996 au 30 juin 1997, le recours à la procédure d'extrême urgence se justifie néanmoins, dès lors que seule une action très rapide peut conduire à ce qu'elle obtienne encore une réparation en nature de quelque importance, le cas échéant devant le juge compétent,

D E C I D E :

Article unique.

Est ordonnée la suspension d'extrême urgence de l'exécution des décisions d'attribution d'un marché pour la fourniture de compteurs électriques sur la base d'un contrat-cadre à conclure, notifiées à la s.a. SOREMA par lettre du 26 juin 1996 de la s.a. ELECTRABEL.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le douze juillet 1900 nonante-six, par la IVe chambre de vacations, composée de :

M.	J. BORRET,	président de chambre,
Mme	M.-R. BRACKE,	conseiller d'Etat,
M.	D. VERBIEST ,	conseiller d'Etat,
Mme	S. VAN AELST,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. VAN AELST.

J. BORRET.

TRADUCTION ETABLIE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 63,
ALINEA 1ER, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ETAT
COORDONNEES LE 12 JANVIER 1973.