CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 76.392 du 14 octobre 1998

A.71.993/VI-14.436
A.71.994/VI-14.437
A.71.995/VI-14.438

En cause : **la Société Anonyme AGORASPACE BENELUX**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEGROS, avocat,
avenue Louise 409
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Comines-Warneton

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de l'Athenée 12
7500 Tournai.

LE CONSEIL D'ETAT, VIe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 8 novembre 1996 par la S.A. AGORASPACE BENELUX qui demande l'annulation de :

" 1° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse de ne pas retenir son offre dans le cadre d'un marché public de travaux mené selon la procédure du gré à gré et portant sur la réalisation d'une clôture en bois autour d'un terrain sis au complexe sportif de Comines,

2° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse d'attribuer le marché en question à un entrepreneur dont la requérante ignore l'identité";

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante qui demande l'annulation de :

" 1° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse de ne pas retenir son offre dans le cadre d'un marché public de travaux mené selon la procédure du gré à gré et portant sur la réalisation d'une clôture en bois autour d'un terrain sis Quai Verboeckhoven à Comines-Warneton,

2° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse d'attribuer le marché en question à un entrepreneur dont la requérante ignore l'identité,"

Vu la requête introduite le même jour par la même requérante qui demande l'annulation de :

" 1° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse de ne pas retenir son offre dans le cadre d'un marché public de travaux mené selon la procédure du gré à gré et portant sur l'aménagement d'un terrain sis Quai Verboeckhoven à Comines-Warneton en terrain omnisports,

2° la décision de date inconnue prise par l'organe compétent de la partie adverse d'attribuer ledit marché à un entrepreneur dont la requérante ignore l'identité,"

Vu l'ordonnance du 19 février 1998 joignant les causes;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 19 février 1998 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 4 août 1998, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 7 octobre 1998;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, conseiller d'Etat;

Entendu, en ses observations, Me LEGROS, avocat, comparaissant pour la partie requérante;

Entendu, en son avis contraire, M. DEROUAUX, premier auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. Le 13 mai 1996, le conseil communal de Comines-Warneton décide :

- 27e objet : d'approuver le cahier spécial des charges et devis des travaux de réalisation d'une clôture en bois autour du terrain omnisports de Comines, constituant la lot unique du projet de création d'un espace de jeux à Comines et estimés à un montant total T.V.A.C. de 1.037.381 francs.

- 26e objet : d'approuver le cahier spécial des charges et devis des travaux de réalisation d'une clôture en bois autour du terrain omnisports de Warneton, constituant le lot 2 du projet de création d'un espace de jeux à Warneton et estimés à un montant total T.V.A.C. de 1.037.381 francs.

- 25e objet : d'approuver le cahier spécial des charges et devis des travaux de réalisation d'un terrain omnisports au Quai Verboeckhoven à Warneton estimés à un montant de 1.146.378 francs T.T.C.

Il prévoit de passer chacun de ces trois marchés selon le mode du gré à gré.

2. Pour chacun des marchés, quatre soumissionnaires, dont la requérante, sont consultés, et un tableau comparatif des offres est dressé.

3. Le 2 septembre 1996, le Collège des bourgmestre et échevins désigne les attributaires des marchés.
Les marchés relatifs à la réalisation de la clôture autour des terrains existants à Comines et à Warneton sont confiés à la SPRL Ets Louis DUJARDIN et Cie pour un montant chacun de 1.102.237 francs TVAC.
Le marché relatif à la réalisation d'un terrain omnisports à Warneton est confié aux Ets Dries LANCKRIET pour un montant de 1.184.300 francs TVAC.
Ces décisions sont toutes trois motivées par la considération que l'offre des attributaires est conforme au cahier spécial des charges et que chacune est la moins disante.
Elles constituent les décisions explicites et implicites attaquées par chacun des trois recours.

4. Par trois lettres datées du 16 septembre 1996, la partie adverse informe la requérante de ce qu'elle n'a pu réserver une suite favorable à ses offres.

Considérant que, dans chacun de ses trois recours, la requérante prend un premier moyen de "la violation de l'article 17, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics 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, de l'article 49, § 3, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et des services, du principe général de motivation interne et externe des actes administratifs individuels et de l'excès de pouvoir"; qu'elle souligne que "la décision de négocier de gré à gré (...) ne repose sur aucun motif formellement énoncé, pas plus que sur une motivation interne légalement admissible", "alors qu'aux termes de l'article 49, § 3, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, la décision de traiter de gré à gré aurait dû être motivée par référence aux circonstances particulières du marché, conformément à l'article 17, § 2, de la loi du 14 juillet 1976";

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité à l'égard de ce moyen qu'elle considère comme tardif; que, selon elle, ce moyen, qui critique la décision de négocier de gré à gré, n'est plus recevable dès lors que la requérante, lors du dépôt de sa soumission, "n'a manifesté aucun ressentiment à l'encontre de la procédure de gré à gré choisie par la partie adverse", et qu'elle n'a pas introduit de recours contre cette décision dans les soixante jours de la connaissance qu'elle en avait acquise;

Considérant que le choix du mode de passation d'un marché public n'est qu'un élément de l'opération complexe qui aboutira à la désignation de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux envisagés; qu'à ce titre, il n'est qu'un acte préparatoire et ne fera grief que si l'opération complexe est menée à son terme; que c'est la décision d'attribution du marché, couronnant cette opération complexe, qui peut utilement être attaquée, dès lors qu'elle seule en scelle définitivement les conditions juridiques; que, dans le cadre du recours visant la décision d'attribuer le marché, la partie requérante peut invoquer tous moyens, y compris les griefs articulés à l'encontre du choix du mode de passation du marché; que l'exception d'irrecevabilité du moyen ne peut être retenue;

Considérant, sur le fondement du moyen, que les trois décisions du conseil communal du 13 mai 1996 mentionnent expressément que le devis des travaux est inférieur à 1.250.000 francs; que ces mentions ne peuvent se comprendre que dans la perspective du prescrit de l'article 17, § 2, 1°, de la loi du 14 juillet 1976, et de l'article 48 de l'arrêté royal du 22 avril 1977; que ces mentions suffisent à expliquer la raison du choix du mode de gré à gré pour les marchés envisagés; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un second moyen de "la violation de l'article 17, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et des services, des articles 7 et 48 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics 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, et de l'excès de pouvoir"; que, dans une première branche, elle reproche le fait que chacun des marchés à attribuer a été évalué par un entrepreneur local à un montant inférieur à un million deux cent cinquante mille francs, alors qu'une estimation correcte de la valeur des lots à attribuer dépassait ce seuil, prohibant ainsi tout recours à une procédure négociée, et que la procédure d'information prévue à l'article 7, § 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 en vue de permettre un contrôle des prix n'a pas été respectée; que, dans une seconde branche, elle fait valoir que le recours à une procédure négociée était prohibé et que, par conséquent, les décisions de rejet de ses soumissions et celles attribuant les marchés auraient dû être formellement motivées;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante déclare se rallier au moyen soulevé d'office dans son rapport par l'auditeur rapporteur; qu'elle soutient que "la partie adverse a scindé de manière parfaitement artificielle les différents marchés concernés par les présents recours afin de pouvoir recourir, de manière illégale, à la procédure de gré à gré" et que "l'absence de justification objective, notamment pour des raisons d'ordre technique, et de motivation formelle de l'opération de scission des différents marchés en cause n'a pas été démentie";

Considérant, sur ces deux moyens, qu'il ne paraît pas déraisonnable de considérer que, devant être exécutés

d’une part à Comines, d’autre part à Warneton, les travaux d’installation d’une clôture en bois autour de terrains "omnisports", même s’il s’agissait de travaux identiques, constituaient des marchés distincts; que les travaux de réalisation d’un terrain omnisports, mettant en oeuvre des matériaux et des techniques différents, pouvaient également faire l’objet d’un marché distinct; qu’en toutes hypothèses, on ne peut nécessairement déduire de ces distinctions justifiables une volonté délibérée de frauder la loi et de scinder artificiellement un marché global afin de pouvoir procéder selon le mode du gré à gré et d’éviter ainsi les procédures d’adjudication ou d’appel d’offres; qu’une telle déduction s’impose d’autant moins qu’il apparaît que la partie adverse n’a pas choisi arbitrairement les attributaires des marchés, mais a désigné les moins-disants;

Considérant, plus particulièrement et quant à la première branche du second moyen de la requête, que l’argument selon lequel une "estimation correcte" de la valeur des lots aurait dépassé 1.250.000 francs, n’est pas fondé, comme l’ont montré les décisions attaquées elles-mêmes qui attribuent les marchés pour des montants inférieurs à ce maximum prévu par l’article 48 de l’arrêté royal du 22 avril 1977; que, partant, le reproche fondé sur la violation de l’article 7, § 1er, dudit arrêté royal n’est pas davantage fondé;

Considérant, quant à la seconde branche, que le grief manque en droit dès lors que le recours à une procédure de gré à gré n’était pas prohibé; qu’au surplus, il manque en fait, puisque les décisions attaquées sont formellement motivées par la constatation que les offres retenues sont conformes au cahier spécial des charges et par la considération qu’elles sont les moins disantes; que les moyens ne sont pas fondés,

D E C I D E

Article 1er :

Les requêtes sont rejetées.

Article 2 :

Les dépens, liquidés à la somme de 12.000 francs sont mis à charge des parties requérantes.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre, le quatorze octobre 1900 nonante-huit par :

MM.	CLOSSET,	président de chambre,
	HANSE,	conseiller d'Etat,
	LEWALLE,	conseiller d'Etat,
M^{me}	NOTEBAERT,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Chr. NOTEBAERT. Ch.-L. CLOSSET.