

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

**Conseil d'État, section d'administration**

**A R R Ê T**

**n° 77.749 du 21 décembre 1998**

**A. 78.985/XII-1459**

En cause : la S.A. HYDREX,  
ayant élu domicile chez  
Me D. ERREYGERS, avocat,  
ayant son cabinet à ANVERS,  
Mechelsesteenweg 33

contre :

la Région flamande, représentée par le  
Gouvernement flamand,  
ayant élu domicile chez  
Me K. RONSE, avocat,  
ayant son cabinet à BRUXELLES,  
avenue Louise 523.

---

**LE PRÉSIDENT DE LA XII<sup>e</sup> CHAMBRE,**

Vu la requête introduite le 16 juin 1998, par laquelle la S.A. HYDREX demande la suspension de l'exécution de "la décision du Gouvernement flamand du 3.03.1998 attribuant le marché 'programme d'approfondissement 48; recherche et évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès par mer à l'Escaut occidental' - marché publié au Bulletin des adjudications du 10 avril 1998- et portant sélection des candidats conformément aux critères figurant dans le 'guide pour la recherche et l'évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès à l'Escaut occidental en vue de l'avis de marché pour la procédure négociée

avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi'';

Vu la requête introduite simultanément par laquelle la même partie requérante demande l'annulation de la même décision;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu le rapport de M. J. STEVENS, auditeur;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu l'ordonnance du 21 septembre 1998, fixant l'affaire à l'audience du 20 octobre 1998;

Entendu M. J. DE BRABANDERE, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me D. ERREYGERS, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me K. RONSE, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

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

Vu les articles 17 et 18 et le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

#### 1. Des éléments de la cause.

Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit:

1.1. Le 3 mars 1998, le Gouvernement flamand donne son approbation à la procédure d'attribution par procédure négociée avec publicité, proposée dans la note du ministre flamand des Travaux publics, des Transports et de l'Aménagement du territoire, pour désigner l'entrepreneur en vue d'exécuter le marché dénommé "recherche et évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès par mer à l'Escaut occidental".

Selon la note précitée, il résulte de la nature même du marché qu'il est impossible de décrire par anticipation les circonstances et l'ampleur des travaux avec suffisamment de précision et qu'il n'est pas possible d'établir globalement les prix au préalable sur la base d'un mètre.

En application de l'article 17, § 3, 2/, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, il est proposé de passer le marché selon la procédure précitée.

L'évacuation des épaves et débris d'épaves dans les chenaux et à proximité est estimée à 50.500.000 francs, TVA comprise.

L'évacuation éventuelle, pendant l'exécution des travaux d'approfondissement par dragage, des autres épaves situées dans une zone déjà à bonne profondeur mais dont l'emplacement peut éventuellement gêner la navigation, est estimée à 306.500.000 francs, TVA comprise.

1.2. L'avis de marché est publié au Journal officiel des Communautés européennes du 7 avril 1998 et au Bulletin des adjudications du 10 avril 1998.

Cet avis communique le mode de passation, l'estimation, la date limite de réception des demandes de participation (11 mai 1998) et fait référence, concernant les exigences et les critères, au "Guide pour la Recherche et l'évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès par mer à l'Escaut occidental".

1.3. La partie requérante a manifestement pris connaissance de l'avis dans le Bulletin des adjudications et, le 17 avril 1998, elle demande ce guide par téléphone à la partie défenderesse qui le lui faxe le jour même.

Ce guide décrit les exigences imposées aux candidats, comme notamment:

- l'agrément pour les catégories A1 et A, classe 8.
- une déclaration relative au chiffre d'affaires total des dix derniers exercices de min. 150.000.000 de francs en récupération et de 1.000.000.000 de francs en dragage maritime.

Les critères d'attribution sont également mentionnés à titre informatif et seront décrits par la suite dans le cahier des charges.

1.4. Par courrier du 7 mai 1998, le conseil de la partie requérante demande à la partie défenderesse "une copie de la décision d'attribuer le marché par procédure négociée avec publicité préalable".

Cette décision est transmise par courrier daté du 15 mai 1998, envoyé le 19 mai 1998 et reçu par la partie requérante le 20 mai 1998.

1.5. Par lettre du 9 mai 1998, la partie requérante introduit une demande de participation. La date limite de sa réception était le 11 mai 1998.

La partie requérante y affirme notamment:

- disposer d'un agrément en catégories A1 et A, respectivement dans les classes 2 et 4, et avoir introduit une demande pour la classe 7 dans les deux catégories : elle considère pouvoir exécuter les travaux à un prix pour lequel un agrément en classe 7 suffit.
- que les exigences concernant le chiffre d'affaires dérogent à l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'elles sont sans pertinence, qu'elles se fondent sur une technique bien déterminée, qu'elle ne produit pas de preuves concernant un chiffre d'affaires dans des chantiers de dragage maritime car ces éléments sont dénués de pertinence;

## 2. Du bien-fondé de la demande de suspension.

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension de l'exécution ne peut être prononcée qu'à la double condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué soient invoqués et que son exécution immédiate risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

2.1. Considérant que la requérante invoque un premier moyen, s'énonçant comme suit:

### “PREMIER MOYEN:

Violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et en particulier de l'article 17, § 3, 2/; Violation de l'obligation de motivation formelle;

en ce que, le 3 mars 1998, la partie défenderesse a décidé de passer le marché 'programme d'approfondissement 48' recherche et évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès par mer à l'Escaut occidental par procédure négociée conformément à l'article 17, § 3, 2/, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;

alors que l'article 17, § 3, 2/, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services n'autorise la procédure négociée en respectant les règles de publicité que 'dans des cas exceptionnels, de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix' et qu'en l'espèce, ni la nature des travaux, ni d'éventuelles circonstances incertaines rendent impossible une fixation globale des prix pour l'exécution du marché, de sorte que les conditions d'application de l'article 17, § 3, 2/, de la loi du 24 décembre 1993, ne sont pas remplies”;

2.1.1. Considérant qu'en l'espèce, la partie défenderesse a invoqué l'article 17, § 3, 2/, de la loi précitée, que cite le moyen, pour appliquer la procédure négociée

avec publicité; que selon la partie requérante, les conditions imposées par cette disposition n'étaient pas réunies : en réalité, la partie défenderesse voulait travailler avec une certaine flexibilité, à savoir pouvoir déterminer à tout moment quelles épaves il ne fallait finalement pas récupérer, de sorte qu'il fallait procéder par marchés partiels, ce qui n'a rien à voir avec une prétendue impossibilité de décrire le marché en ce sens qu'il ne pourrait être donné de prix lors de la soumission; qu'elle souligne que la partie défenderesse n'a rencontré aucun problème pour estimer le marché avec précision et qu'elle a pu situer exactement dans le Guide les épaves à -éventuellement- renflouer et cela, à l'aide d'informations antérieures, de sorte que tous les éléments étaient connus avec précision à cet égard;

2.1.2. Considérant que l'article 17, § 3, 2/, de la loi du 24 décembre 1993, s'énonce comme suit:

“Il peut être traité par procédure négociée en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi lorsque, dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, il s'agit, dans des cas exceptionnels, de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix”;

2.1.3. Considérant que la note au gouvernement précédant la décision attaquée expose qu'il faut chaque fois examiner préalablement, selon le danger éventuel, si une épave doit être récupérée ou pas, que, pour la récupération de chaque épave, il faut déterminer préalablement sur la base d'un examen scrupuleux quelle méthode de récupération sera appliquée et quels moyens devront être mis en oeuvre à cet effet, qu'il est préférable qu'une seule firme s'en charge en collaboration avec l'administration adjudicatrice et que pour parvenir à cette nécessaire flexibilité, il est préférable de recourir à une convention-cadre; qu'il en est inféré qu'il n'est pas possible de définir avec assez de précision les circonstances et l'ampleur des travaux;

2.1.4. Considérant que cette motivation démontre à suffisance que ni l'ampleur des travaux à exécuter, ni leur prix global ne peuvent être estimés avec précision à

l'avance: on ne sait pas exactement combien d'épaves il faudra évacuer, sauf celles qui font l'objet du marché assuré, on ne sait pas non plus avec certitude combien cela va coûter, mais on ne peut pas non plus scinder le marché, dont l'ampleur n'est pas certaine, en marchés partiels; que les montants de 50.500.000 et 306.500.00 francs peuvent dès lors être considérés comme des estimations approximatives et qu'il ne semble pas, à première vue, que la partie défenderesse ait décidé à tort d'appliquer la procédure négociée; que le moyen n'est pas sérieux;

2.2.                    Considérant que la requérante invoque un deuxième moyen, libellé comme suit:

“Violation 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, pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et en particulier des articles 18 et 19 de l'Arrêté Royal précité; Violation du principe d'égalité;

En ce que, dans le ‘Guide pour la recherche et l'évacuation d'épaves et de débris d'épaves dans les voies d'accès par mer à l'Escaut occidental en vue de l'avis de marché pour la procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi’, la partie défenderesse requiert, en ce qui concerne les exigences en matière de capacité financière et économique selon l'article 18 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, une déclaration attestant que le candidat, au cours des dix derniers exercices, a réalisé un chiffre d'affaires total égal à minimum 150.000.000 BEF en récupération et à 1.000.000.000 BEF en dragage maritime;

alors que l'article 18 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur de contrôler la capacité financière et économique de l'entreprise selon les critères fixés par l'Arrêté Royal, mais que cet article ne permet cependant pas d'exiger un chiffre d'affaires minimal à titre de critère d'exclusion pour l'exécution de certains travaux;

et alors que les exigences imposées d'un chiffre d'affaires minimal concernant des travaux de dragage exécutés à concurrence de 1.000.000.000 BEF en dragage maritime et de 150.000.000 BEF en récupération ne constituent pas des critères relatifs à la capacité économique et financière tels qu'ils sont imposés par l'article 18 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, mais bien des critères ayant pour but d'établir la capacité technique du candidat, ce pour quoi l'article 19 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 prévoit des critères de manière exhaustive, mais ne permet pas de poser comme condition un chiffre d'affaires minimal par type de travaux;

et en ce que, seconde branche, la partie défenderesse, dans le ‘guide pour la recherche et l’évacuation d’épaves et de débris d’épaves dans les voies d’accès par mer à l’Escaut occidental en vue de l’avis de marché pour la procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l’article 17, § 3, de la loi’, estime d’une part l’intégralité du marché d’exécution de travaux de récupération à 357.000.000 de francs belges au maximum et d’autre part, pose comme exigence en matière de capacité financière et économique au sens de l’article 18 de l’Arrêté Royal du 8 janvier 1996 une déclaration attestant que le candidat a réalisé, au cours des dix derniers exercices, un chiffre d’affaires total égal à minimum 150.000.000 BEF en récupération et à 1.000.000.000 BEF en dragage maritime :

alors que l’exigence de fournir une déclaration concernant un chiffre d’affaires minimal de 1.000.000.000 de francs belges relatif à des travaux de dragage maritime est sans rapport avec le marché de récupération d’épaves d’un montant de 357.000.000 de francs belges à attribuer et constitue dès lors une disposition discriminatoire ayant pour conséquence d’avantager un soumissionnaire par rapport à un autre sur la base de critères étrangers à la nature du marché;

et alors que les chiffres d’affaires requis de 1.000.000.000 de francs belges en travaux de dragage maritime et de 150.000.000 de francs belges en récupération ne sont nullement proportionnés à la valeur du marché à attribuer, que le pouvoir adjudicateur estime au maximum à 357.000.000 de francs belges, dont, selon la décision de la partie défenderesse du 13 mars 1998, seul un marché estimé à 50.500.000 francs belges sera attribué avec certitude”;

2.2.1. Considérant, pour ce qui concerne la première branche, que l’article 17, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 décembre 1993, dispose que le marché public est dit "par procédure négociée" lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux; qu’il résulte de cette disposition, et notamment des mots “de son choix”, que le pouvoir adjudicateur peut fixer des critères qui détermineront son choix; qu’un tel critère peut consister en ce que les intéressés disposent d’une certaine expérience technique ou d’une capacité économique minimale, ce qui peut être démontré par un certain nombre de travaux de la même nature déjà réalisés et leur montant; que les articles 18 et 19 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 définissent de quoi peuvent se

composer les références à produire; que ces articles, comme les articles 26 et 27 de la directive 93/37, dont ils constituent la transposition en droit belge, ne peuvent être exhaustifs qu'à l'égard des moyens de preuve pouvant être demandés aux entrepreneurs, mais n'excluent nullement que des exigences minimales soient imposées en matière de capacité économique et financière et de capacité technique; que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes invoquée par la partie requérante (arrêt du 26 avril 1994 dans l'affaire 272/91, Commission c. Italie) a trait à des dispositions d'une autre directive que les dispositions de la directive 93/37 que transposent les articles 18 et 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que par conséquent la première branche du moyen ne peut être regardée comme sérieuse;

2.2.2. Considérant, pour ce qui concerne la seconde branche, que la note au gouvernement précitée donne une justification raisonnablement admissible concernant la marche à suivre pour la récupération des épaves; que la partie défenderesse pouvait à cet égard se fonder sur une exécution selon les méthodes traditionnelles connues et n'était pas tenue de prendre en compte la méthode prétendument moins chère, innovante mais secrète de la partie requérante; que puisque le marché ne pouvait être scindé en marchés partiels, le montant total des éventuels travaux pouvait entrer en ligne de compte pour fixer des critères de sélection economico-financiers et techniques, même s'il s'agit ici, comme on l'a dit, d'une estimation approximative; que la partie défenderesse ne pouvait d'ailleurs prendre le risque à cet égard d'enfreindre les règles relatives à la publicité européenne si le total des travaux à exécuter dépassait le minimum fixé à cette fin; que pour apprécier le caractère raisonnable de l'importance des références exigées, il faut également tenir compte du fait qu'il s'agit de travaux réalisés sur une période de dix ans; que la seconde branche du moyen n'est pas non plus sérieuse;

2.3. Considérant que le fait que le deuxième moyen n'a pas été jugé sérieux emporte que la partie requérante ne paraît quoi qu'il soit pas entrer en ligne de compte pour être admise à la procédure négociée; qu'elle n'a dès lors pas d'intérêt

à soutenir dans son troisième moyen que l'agrément dans une catégorie et une classe qu'elle ne possède pas est exigé à tort;

2.4. Considérant que, dès lors qu'une des conditions de l'article 17, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, n'est pas remplie, la demande de suspension doit être rejetée sans qu'il soit nécessaire d'examiner les exceptions soulevées par la partie défenderesse,

### **D É C I D E :**

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

La demande de suspension est rejetée.

#### **Article 2.**

Les dépens relatifs à la demande de suspension sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt et un décembre 1900 nonante-huit, par:

M. J. DE BRABANDERE, président de chambre,

Mme S. DOMS, greffier.

**Le greffier**

**Le président**

**S. DOMS**

**J. DE BRABANDERE**

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,  
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT  
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.