CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 80.802 du 9 juin 1999

A.61.106/VI-14.524

En cause : **1. la société anonyme SINTRA**,

2. la société anonyme EGTA CONTRACTORS,

réunies en association momentanée S.A. SINTRA-S.A. EGTA CONTRACTORS,

ayant élu domicile chez
Me Pascal SOURIS, avocat,
rue de Bruxelles 15/185
1400 Nivelles,

contre :

la Ville de Binche,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Michel MAGUIN-VREUX, avocat,
avenue P. Terlinden 19
1330 Rixensart.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme REFORME et NIZET-THIRION,

2. la N.V. BUILDING,

réunies en association momentanée REFORME et NIZET-THIRION-BUILDING,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Martin RATHMES, avocat,
boulevard de la Sauvenière 67
4000 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

Vu la demande introduite le 1er décembre 1994 par la société anonyme SINTRA, la société anonyme EGTA

CONTRACTORS réunies en association momentanée S.A. SINTRA-S.A. EGTA CONTRACTORS, qui demandent l'annulation de :

" 1. la décision de la Ville de Binche et de son collège des bourgmestre et échevins de considérer comme régulière la soumission de l'association momentanée Réforme et Nizet, Thirion et NV Building, dans le cadre de l'adjudication restreinte du 2.9.94, relative à la restauration des remparts de Binche.

2. la décision de l'administration communale de Binche de déclarer adjudicataire l'association momentanée Réforme et Nizet, Thirion et NV Building, pour le marché dont s'agit, nonobstant les réserves contenues dans la soumission, et la décision subséquente de l'administration communale de Binche de ne pas allouer à la partie requérante le marché consistant en l'adjudication restreinte des travaux de restauration des remparts de Binche";

Vu l'arrêt n° 52.562 du 27 mars 1995 rejetant les demandes de suspension et d'astreinte;

Vu la requête introduite le 9 février 1995 par laquelle la société anonyme REFORME et NIZET-THIRION et la société anonyme BUILDING réunies en association momentanée S.A. REFORME ET NIZET-THIRION-S.A. BUILDING demandent à être reçues en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 27 mars 1995 accueillant ces interventions;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur adjoint au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 7 mai 1998 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

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 leurs observations, Me LOCQUET, loco Me SOURIS, avocat, comparaissant pour les requérantes, Mes MAGUIN-VREUX et PLUMAT, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me RATHMES, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes;

Entendu, en son avis contraire, M. THIBAUT, 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 de la requête ont été rappelés par l’arrêt n° 52.562 du 27 mars 1995;

Considérant que le premier acte attaqué constitue une décision préparatoire au deuxième, dont il n’est pas distinct; qu’il ne fait pas grief par lui-même; qu’en cet objet, le recours n’est pas recevable; que, toutefois, les irrégularités qui affecteraient cet acte demeurent susceptibles d’être critiquées par tel moyen de droit dirigé contre le deuxième acte attaqué;

Considérant que la partie adverse excipe de la tardiveté de la requête; qu’elle déduit d’une lettre que les requérantes lui ont adressée le 21 octobre 1994, que celles-ci avaient dès cette date connaissance de la délibération du Collège échevinal du 17 octobre 1994 désignant en qualité d’adjudicataire l’association momentanée REFORME ET NIZET - THIRION et N.V. BUILDING, et de

la soumission de cet adjudicataire, y compris "les prétendues réserves l'accompagnant";

Considérant que le recours, introduit le 1er décembre 1994, n'est pas tardif même si l'on considère que les requérantes avaient dès le 21 octobre 1994, connaissance de l'acte attaqué décidé le 17 octobre 1994 et non le 2 septembre 1994; que l'exception manque en fait;

Considérant que la partie adverse, dans son mémoire en réponse, conteste l'"intérêt à agir" des requérantes au motif que celles-ci ont annexé à leur soumission diverses notes par lesquelles elles "entendaient restreindre de manière considérable les obligations qui, suivant les dispositions du cahier spécial des charges, étaient incluses dans le marché"; qu'elle indique notamment que, "en ce qui concerne le cautionnement, les demanderesses ont mentionné une véritable réserve selon laquelle elles prétendaient opérer le cautionnement de 5 %, phase par phase", alors que "cette précision est en totale contradiction avec l'article 5, n° 19 du cahier spécial des charges qui prévoit 5 % du montant initial du marché";

Considérant que les parties intervenantes adoptent la même objection et reprochent aux demanderesses d'avoir, en ce qui concerne le cautionnement, "mentionné une véritable réserve selon laquelle elles prétendaient opérer le cautionnement de 5% phase par phase";

Considérant que les requérantes répliquent qu'"une administration qui n'a pas écarté une offre ne peut ultérieurement considérer qu'elle était affectée d'irrégularités"; qu'elles ajoutent que leur note ne signifiait "absolument pas que le cautionnement serait constitué au fur et à mesure des tranches de travaux commandés au fil des quelque cinq années que durera le chantier", ce qui "serait contraire à l'article 5 du cahier spécial des

charges", mais bien que "le cautionnement de 5 % du montant total initial du marché est libérable au fur et à mesure dès réception provisoire et écoulement du délai de garantie de chaque phase"; qu'elles soulignent aussi que, si même il y avait "irrégularité", encore faudrait-il considérer que cette irrégularité n'était en rien substantielle, qu'elle n'empêchait en rien la comparaison des offres, puisque l'économie pour SINTRA avait été quantifiée par la partie intervenante à 520.912 frs, et qu'une économie aussi réduite n'influençait pas le classement;

Considérant que le cahier spécial des charges, en sa deuxième partie, prévoit à l'article 5 ce qui suit à propos du cautionnement :

" Suivant les dispositions de l'A.M. du 10/08/77, le montant du cautionnement à constituer par l'adjudicataire est fixé à 5 % du montant initial du marché.
La justification de la constitution du cautionnement est à envoyer à l'Administration Communale de Binche dans les délais prescrits à l'article 5 de l'Arrêté Ministériel du 10/08/1977.";

Considérant que les requérantes ont annexé à leur soumission datée du 2 septembre 1994 notamment une "note additive" libellée comme suit :

" Articles 5, 19 et 43 des clauses administratives.

Notre offre est établie en traitant le cautionnement de 5 %, phase par phase.";

Considérant qu'il ne saurait être sérieusement contesté que, par cette "note additive", les requérantes ont entendu éluder l'obligation que leur faisait le cahier spécial des charges de constituer le cautionnement à concurrence de 5 % du montant initial du marché; que ce faisant, si elles n'empêchaient pas une comparaison des offres, dès lors que l'économie qui en résultait pour elles pouvait être calculée, elles annonçaient indubitablement leur ferme intention de ne pas contracter à l'une des conditions prévues par le cahier spécial des charges;

qu’une telle dérogation au cahier spécial des charges empêchait manifestement, sur un point important du contrat envisagé, la rencontre des consentements et rendait ainsi la soumission irrégulière;

Considérant qu’à supposer que la partie adverse ne puisse plus exciper de cette irrégularité devant le Conseil d’Etat, dès lors qu’elle n’en a tiré aucune conséquence pour opérer le classement des offres, il reste qu’en l’espèce l’exception est également soulevée par les parties intervenantes;

Considérant que par la réserve litigieuse touchant à une prescription essentielle du cahier des charges, prescription correspondant d’ailleurs au prescrit de l’article 5 de l’arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les requérantes se sont elles-mêmes placées hors de toute possibilité de se voir adjuger le marché litigieux; que, partant, elles n’ont pas intérêt à leur recours, et que l’exception doit être accueillie,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 21.000 francs, sont mis à charge des requérantes à concurrence de 12.000 francs et à charge des parties intervenantes à concurrence de 9.000 francs.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le neuf juin 1900 nonante-neuf par :

MM.	CLOSSET,	président de chambre,
	HANSE,	conseiller d'Etat,
	LEWALLE,	conseiller d'Etat,
	HARMEL,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

P. HARMEL. Ch.-L. CLOSSET.