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

nº 83.785 du 2 décembre 1999
A. 83.860/XII-2034

En cause : la s.a. Algemene Bouwonderneming VAN HECKE Gebroeders,
ayant élu domicile chez
Me M. COTTYN, avocat,
ayant son cabinet à ALOST,
Leopoldlaan 32 A, bte 1-2

contre :

l'Enseignement communautaire (N).

LE PRÉSIDENT DE LA XIIe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 avril 1999 par laquelle la s.a. Algemene Bouwonderneming VAN HECKE Gebroeders demande la suspension de l'exécution de "la décision de la partie défenderesse refusant d'attribuer un marché public à la partie requérante ('décision de non-sélection'), notifiée à la partie requérante par courrier du 02.03.1999";

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 5 octobre 1999, fixant l'affaire à l'audience du 19 octobre 1999;

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

Entendu, en leurs observations, Me J. VAN DER SNICKT, avocat, loco Me M. COTTYN, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me B. VAN TIEGHEM, avocat, loco Me R. ROMBAUT, 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. Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. La partie défenderesse met en adjudication publique le marché de travaux et de fournitures concernant le gros oeuvre et la finition, deuxième phase, de la construction de classes pour l'IMP "De Oase" à Gand, y compris l'entretien des travaux pendant le délai de garantie.

1.2. L'ouverture des offres a lieu le 8 octobre 1998.

Douze offres, dont celle de la partie requérante, sont déposées.

Le prix de l'offre de la requérante s'élève à 61.883.215 francs, contre 61.573.608 francs pour celle de la s.a. CORTIER-VANDENBUSSCHE. À la fin du métré récapitulatif, la requérante mentionne sous "NOTE" :

> "En cas d'attribution des travaux dans les 60 jours de la date de mise en adjudication, nous pouvons accorder une réduction de 2% sur le montant de notre soumission".

1.3. Le rapport d'adjudication mentionne ce qui suit à l'égard de l'offre déposée par la requérante :

"... En application de l'art. 110 de l'A.R. du 08.01.1996 : l'adjudicataire s'exclut lui-même si les offres qu'il a déposées sont irrégulières (voir Commentaire pratique p. 1063 'la notion de réserve'). Cette règle est contraire au cahier spécial des charges qui prévoit à la page 6 que les soumissionnaires sont engagés par leur offre pendant un délai de 120 jours civils.

Par courrier du 26.11.1998, la firme fait savoir qu'elle prolonge la réduction accordée de 60 jours. Le résultat de l'adjudication étant déjà connu, il s'agit d'un délit d'initié et la réduction est purement spéculative.

De ce fait, la soumission remise par la firme Van Hecke est irrégulière et ne figure dès lors plus dans le classement suivant".

1.4. Le 21 janvier 1999, le conseil central de la partie défenderesse décide d'attribuer l'exécution des travaux à la s.a. CORTIER-VANDENBUSSCHE pour un montant de 61.560.647 francs.

1.5. L'approbation est notifiée à la firme précitée sous pli recommandé du 2 mars 1999. La date de début des travaux est fixée au 12 avril 1999.

1.6. Par courrier du 2 mars 1999, la partie défenderesse communique à la requérante que, sous référence à l'article 25, § 1er, 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, son offre n'a pas été prise en considération dès lors qu'elle n'a pas remis l'offre la plus intéressante.

1.7. Par courrier du 8 mars 1999, la requérante demande de plus amples informations à la partie défenderesse.

1.8. Par courrier du 16 mars 1999, la partie défenderesse communique à la requérante ce qui est mentionné dans le rapport d'adjudication à ce sujet;

2. <u>De la recevabilité de la demande</u>

Considérant que, dans sa note, la partie défenderesse soulève une exception d' irrecevabilité tirée du défaut d'intérêt dès lors que l'offre de la requérante serait irrégulière; que cette exception concerne le fond de l'affaire et ne peut par conséquent être accueillie;

3. <u>Du bien-fondé de la demande</u>

3.1. Considérant que selon l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il ne peut être conclu à la suspension de l'exécution 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;

3.1.1. Considérant que la requérante invoque un premier moyen d'annulation énoncé comme suit :

> "PREMIER MOYEN : violation de l'obligation de motivation.
> En ce que la partie défenderesse motive la raison de la non-attribution à la partie requérante de deux manières différentes, alors qu'elle signale dans une première lettre (pièce 4) que la requérante n'a pas remis l'offre la plus intéressante et dans l'autre (pièce 7) que l'offre de la requérante aurait été irrégulière.
> Alors qu'une décision ne peut évidemment avoir qu'un seul motif valable.
> Si bien que la partie défenderesse demeure en défaut de remplir adéquatement son obligation de motivation formelle et matérielle";

3.1.2. Considérant que la contradiction dans la motivation que la requérante invoque est inscrite dans deux lettres de la partie défenderesse lui notifiant la décision attaquée et ses motifs; qu'un défaut dans la notification d'un acte administratif ne peut toutefois entacher la validité de cet acte proprement dit; qu'en outre il n'y a même pas de contradiction entre ces lettres, dès lors qu'une offre irrégulière n'est de toute façon pas la plus basse; que le moyen n'est pas sérieux;

3.2.1. Considérant que la requérante invoque un deuxième moyen énoncé comme suit :

> "DEUXIÈME MOYEN : Violation de l'art. 110 de l'A.R. relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.
> En ce que la partie défenderesse soutient que l'offre de la requérante serait irrégulière, dès lors qu'elle aurait été faite sous réserve.
> Alors que la requérante accordait uniquement une réduction si elle recevait le marché dans les 60 jours (délai prolongé d'un nouveau délai de 60 jours ultérieurement).
> Si bien qu'il n'est nullement question de réserve en l'espèce.
> Commentaires
> L'A.R. ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par 'réserve'.
> Il est admis à ce propos que l'arrêt HECK peut faire office de décision de principe :
> 'S'il appartient au maître de l'ouvrage de décider que la soumission du requérant est entachée de nullité relative parce qu'elle contient une réserve et par conséquent de l'écarter comme irrégulière, encore doit-il, pour considérer qu'une réserve a été formulée, se fonder sur des éléments qui établissent que le soumissionnaire a entendu refuser une obligation stipulée par le cahier des charges ou subordonner son accord à l'octroi d'un avantage non prévu par ce cahier des charges'.

(C.E., 27 mars 1979, n° 19.535)
(Commentaire pratique, p. 1063)

En l'espèce, la requérante n'entendait nullement refuser une prescription du cahier spécial des charges et encore moins obtenir un avantage supplémentaire de la part de la défenderesse. Au contraire, en octroyant la réduction, la requérante accordait un avantage supplémentaire à la défenderesse, au lieu de lui en réclamer un.

Ainsi, dans son arrêt du 25 mars 1996 (n° 26.305), le Conseil d'État statua comme suit :

'une réduction subordonnée au paiement régulier des créances n'apparaît pas comme une réserve dès lors qu'elle ne participe pas de l'intention de se soustraire à une obligation imposée par le cahier des charges ou d'obtenir un avantage non prévu, mais uniquement d'inciter le maître de l'ouvrage à payer régulièrement. Même en admettant que pareille condition doive être qualifiée de réserve, celle-ci n'emporterait pas de dérogation aux prescriptions essentielles du cahier des charges, ni même à quelque disposition que ce soit'.

Force est dès lors de constater que la défenderesse a ignoré l'offre de la requérante de manière parfaitement abusive";

3.2.2.1. Considérant que l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que :

"Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité";

que l'article 89 susvisé mentionne comme conditions essentielles : les prix, les délais, les conditions techniques; que selon l'article 116 du même arrêté royal, les soumissionnaires restent engagés par leur offre pendant un délai de soixante jours de calendrier, prenant cours le lendemain du jour de l'ouverture des offres, à moins que le cahier spécial des charges ne prévoie un autre délai;

3.2.2.2. Considérant que, conformément à la possibilité prévue par l'article 116 précité, le cahier spécial des charges prévoit en l'occurrence un autre délai que celui de soixante jours civils qui est prévu, à savoir 120 jours pendant lesquels les soumissionnaires restent engagés par leur offre;

3.2.2.3. Considérant qu'en proposant une réduction de deux pour cent "en cas d'attribution des travaux dans les 60 jours de la date de mise en adjudication", la requérante ne respecte plus le délai de 120 jours civils pendant lequel elle reste engagée, ce en violation de l'article 116 précité; qu'elle déroge ainsi à une prescription essentielle du cahier spécial des charges mentionnée à l'article 89 et formule dès lors une réserve à l'égard de celle-ci, de sorte qu'en substance l'offre est irrégulière et,

partant, absolument nulle; que c'est à bon droit que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière; que le moyen n'est pas sérieux;

3.3.1. Considérant que la requérante invoque un troisième moyen formulé comme suit :

> "TROISIÈME MOYEN : violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics
>
> En ce que la partie défenderesse n'a pas retenu l'offre de la requérante pour le motif qu'elle n'aurait pas été la plus intéressante.
>
> Alors qu'il ressort du bulletin de soumission de la requérante qu'en appliquant la réduction de 2 %, elle pouvait effectuer les travaux pour 60.645.550 francs belges, tandis que CORTIES-VANDENBUSSCHE (attributaire du marché) pouvait les effectuer pour un montant de 61.560.647 francs belges.
>
> Si bien que l'article 15 de la loi, qui dispose que le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, n'a pas été appliqué correctement par la défenderesse";

3.3.2. Considérant qu'il est apparu à l'examen du deuxième moyen qu'en tout état de cause l'offre incluant une réduction de deux pour cent ne pouvait pas être prise en compte; que même si l'administration adjudicatrice n'avait pas déclaré l'offre de la requérante complètement irrégulière et avait uniquement tenu compte de son offre de base, c'est-à-dire sans réduction, cette offre n'aurait pas été la plus basse; que le moyen n'est pas sérieux;

3.4.1. Considérant que la requérante invoque un quatrième moyen formulé comme suit :

> "QUATRIÈME MOYEN : violation du principe général du droit 'DROIT À LA SÉCURITÉ JURIDIQUE' et 'LA CONFIANCE SUSCITÉE'
>
> En ce que la défenderesse a refusé la soumission actuelle de la requérante pour le motif qu'elle contiendrait une réserve.
>
> Alors que la requérante a déjà exécuté un marché pour la défenderesse par le passé (pièce 8.c.). Qu'il importe à cet égard d'examiner le bulletin de soumission de la requérante pour ce marché à propos duquel on notera que la requérante a utilisé identiquement la même méthode que dans le cadre de l'adjudication actuelle.
>
> En effet, dans ce bulletin de soumission, la requérante mentionne expressément qu"en cas d'attribution dans les nonante jours suivant la date de mise en adjudication, nous pouvons accorder une réduction de 2 % sur le montant de notre soumission' (pièce 8.b.). Ce marché a été attribué à la requérante, au montant ainsi réduit.
>
> Si bien qu'en attribuant le marché précédent à la requérante, la défenderesse lui a en tout cas donné à penser que la soumission précédente s'est déroulée d'une façon parfaitement réglementaire";

3.4.2. Considérant tout d'abord que la circonstance que la requérante se serait vu attribuer antérieurement un marché après avoir accordé une réduction assortie d'une réserve illégale ne justifie pas qu'elle puisse encore bénéficier de cet avantage; qu'en outre la partie défenderesse souligne que cette fois-là le prix proposé par la requérante était le plus bas, même sans réduction;

3.5.1. Considérant que la requérante invoque un cinquième moyen, énoncé comme suit :

> "CINQUIÈME MOYEN : violation du principe du raisonnable
> En ce que la défenderesse a déclaré la soumission de la requérante nulle dans son entier.
> Alors qu'elle aurait également pu se limiter à ne pas accepter la réduction.
> Si bien que, dans ce cas, la soumission de la requérante aurait cependant pu être prise en compte dans la comparaison des offres";

3.5.2. Considérant qu'à l'égard de ce moyen il suffit de faire référence à l'examen des deuxième et troisième moyens; que le moyen n'est pas sérieux;

3.6.1. Considérant que la requérante invoque un sixième moyen formulé comme suit :

> "SIXIÈME MOYEN : violation du principe général d'économie
> En ce qu'en procédant ainsi, la défenderesse a fait en sorte de ne pas pouvoir profiter de la réduction offerte par la requérante.
> Alors qu'en tant qu'autorité elle a l'obligation de gérer de manière aussi économe que possible les fonds mis à sa disposition, ce qui excède l'énoncé de l'article 15 de la loi relative aux marchés publics, de sorte qu'en l'espèce la requérante avait certainement l'obligation de profiter si possible de la réduction accordée par la requérante.
> Si bien que la défenderesse se devait de prendre une décision dans le délai qui lui était imparti pour pouvoir bénéficier de la réduction accordée par la requérante";

3.6.2. Considérant que l'obligation qui incombe à l'autorité de faire un usage aussi parcimonieux que possible des deniers publics qui sont mis à sa disposition ne la dispense pas de l'obligation de respecter les lois et règlements; que le moyen n'est pas sérieux;

3.7. Considérant qu'il y a lieu de rejeter la demande de suspension dès lors qu'aucun des moyens ne peut être qualifié de sérieux,

D É C I D E :

Article 1er.

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 deux décembre 1900 nonante-neuf, 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.