

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° 84.828 du 25 janvier 2000
A. 83.863/XII-2037.**

En cause : la s.a. BETONAC,
ayant élu domicile chez
Mes B. de DUVE et C. DE WOLF, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
avenue de Tervueren 268 A

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 PRESIDENT DE LA XIIe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 30 avril 1999, par laquelle la s.a. BETONAC demande la suspension de l'exécution de :

- "1) la décision du Ministère de la Communauté flamande du 5 mars 1999 de ne pas retenir la soumission de la requérante pour l'adjudication publique des travaux relatifs au projet R26-Ring de Diest, tronçon Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, tronçon R26-Leuvense Poort, modernisation de la route et ronds-points, conformément au cahier spécial des charges KN98D3;
- 2) la décision du Ministère de la Communauté flamande de date inconnue, d'attribuer à la s.a.

Interplant le marché portant sur l'adjudication publique des travaux relatifs au projet R26-Ring de Dienst, tronçon Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, tronçon R26-Leuvense Poort, modernisation de la route et ronds-points, conformément au cahier spécial des charges KN98D3;

- 3) la décision du Ministère de la Communauté flamande du 10 mars 1999 fournissant la motivation pour laquelle la soumission de la requérante n'a pas été considérée comme la soumission régulière la plus basse dans le cadre de l'adjudication visée";

Vu la requête introduite le même jour par la même partie requérante qui tend à l'annulation des mêmes décisions;

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 26 octobre 1999 fixant l'affaire à l'audience du 23 novembre 1999;

Vu la lettre du 16 novembre 1999 par laquelle l'affaire est remise à l'audience du 7 décembre 1999;

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

Entendu en leurs observations, Mes C. DE WOLF et H. BERVOETS, avocats, qui comparaissent pour la partie requérante, et Me K. RONSE, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

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

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

Des éléments de la cause

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

1.1. La partie défenderesse organise une adjudication publique pour le marché concerné.

Le cahier spécial des charges prescrit notamment ce qui suit :

"Information générale

Pouvoir adjudicateur et autorité de contrôle et de direction du marché : LA REGION FLAMANDE,

...
Une partie des travaux est cependant exécutée pour le compte, respectivement, d'Aquafin et de la ville de Diest, désignés ci-après dans le cahier spécial des charges par le terme 'cofinanciers'.

Art. 113

Pour le classement et l'attribution éventuelle des travaux, il sera tenu compte de la somme totale hors TVA de :

- a) la partie à la charge de la Région flamande;
- b) la partie à la charge des cofinanciers : respectivement Aquafin et la ville de Diest.

Art. 15, § 1er

...
Les travaux sont exécutés à la charge de la Région flamande en ce qui concerne une partie du marché et à la charge des cofinanciers, Aquafin et la ville de Diest, en ce qui concerne les autres parties du marché.

Le métré fixe la partie qui doit être payée directement à l'adjudicataire par les cofinanciers, Aquafin et la ville de Diest, sur présentation de créances distinctes, à établir par adjudicataire et à vérifier par le pouvoir adjudicateur. L'adjudicataire est tenu de transmettre directement les factures y afférentes aux cofinanciers.

Les demandes de paiement et les créances sont introduites auprès de l'administration adjudicatrice.

Pour chaque partie du marché, des copies séparées sont transmises à la partie chargée du paiement, c'est-à-dire pour

- la partie à la charge de la Région flamande
- la partie à la charge d'Aquaфин
- la partie à la charge de la commune

...

Les factures adressées à la s.a. Aquaфин doivent porter la mention : 'TVA à acquitter par le cocontractant - A.R. n° 1 art. 20 du 29.12.1992'.

...

Art. 25, § 1er. ELEMENTS COMPRIS DANS LES PRIX

Pour les travaux à la charge de la s.a. Aquaфин, la TVA est payée par le cocontractant. Les prix à indiquer doivent être calculés hors TVA".

Le métré et le métré récapitulatif sont subdivisés en trois parties, respectivement à la charge de la Région flamande, de la ville de Diest et d'Aquaфин.

En ce qui concerne l'indication du prix, le bulletin de soumission a été établi en précisant la part du Ministère de la Communauté flamande et celle de la ville de Diest, tant TVA comprise que hors TVA, et, pour ce qui est de la part d'Aquaфин, simplement hors TVA.

1.2. Les soumissions sont ouvertes le 13 novembre 1998. Il y a cinq soumissionnaires. Il est donné lecture du résultat suivant, qui est consigné dans le procès-verbal :

Interplant 244.326.175 F

Betonac 242.420.083 F

...

L'offre d'Interplant est la suivante :

Part Ministère de la Région flamande :

101.914.950 F (hors TVA)

123.317.090 F (TVA comprise)

Part Diest :

42.801.397 F (hors TVA)

51.789.690 F (TVA comprise)

Part Aquaфин :

69.219.395 F (hors TVA)

Total hors TVA =

213.935.742 F

Total part de la Région flamande et Diest, TVA comprise,
et d'Aquaфин hors TVA = 244.326.175 F

L'offre de Betonac est la suivante :

Part du Ministère de la Région flamande :

97.768.658 F (hors TVA)

118.300.076 F (TVA comprise)

Part Diest :

37.751.303 F (hors TVA)

45.679.077 F (TVA comprise)

Part Aquaфин :

78.440.930 F (hors TVA)

Total hors TVA = 213.960.891 F

Total part de la Région flamande et Diest, TVA comprise,
et d'Aquaфин hors TVA = 242.420.083 F;

1.3. Par lettre recommandée du 14 décembre 1998, reçue le 15 décembre 1998, la partie requérante communique à la partie défenderesse qu'elle a introduit l'offre la plus basse, dès lors qu'il faut calculer la part de la partie défenderesse et celle de la ville de Diest TVA comprise et la part d'Aquaфин hors TVA.

Par lettre recommandée du 16 décembre 1998, la requérante rappelle son point de vue à la partie défenderesse;

1.4. Le 17 décembre 1998, le ministre compétent approuve l'offre d'Interplant; c'est la décision d'attribution.

1.5. Par lettre recommandée du 8 février 1999, la requérante rappelle une nouvelle fois son point de vue.

1.6. Par lettre du 1er mars 1999, la partie défenderesse communique à la requérante que "votre soumission n'a pas été retenue".

1.7. Le 5 mars 1999, la partie défenderesse envoie la notification de l'approbation de l'offre à la s.a. Interplant. Le montant approuvé est de 244.326.175 F.

1.8. Le 10 mars 1999, l'ordre de commencer les travaux, dont la date de début est fixée au 1er mai 1999, est donné. La durée des travaux est fixée à 170 jours ouvrables.

1.9. Par lettre du 10 mars 1999, la partie défenderesse communique à la requérante :

"...
Pour déterminer le soumissionnaire régulier le moins-disant, l'administration a l'obligation (en vertu de la loi elle-même) de tenir compte de tous les éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours de l'autorité (qui ne correspondent pas aux débours du contractant).

Il ne peut être contesté que pour la partie des travaux à la charge de la s.a. Aquafin, l'administration adjudicatrice, en tant que 'cliente' de l'adjudicataire, doit néanmoins payer la TVA due pour cette partie. En effet, cette obligation n'est affectée en rien par la règle spéciale prévue par la législation de la TVA, selon laquelle pour les opérations effectuées entre deux assujettis à la TVA, celle-ci figure dans la déclaration du cocontractant.

En d'autres termes, la comparaison des prix de l'offre doit s'effectuer sur la base de tous les montants TVA comprise, même pour la partie dévolue à la s.a. Aquafin.

Compte tenu des données précitées, il apparaît qu'après classement, vous n'êtes pas le soumissionnaire régulier le moins-disant";

De la recevabilité de la demande

2. Considérant que le 17 décembre 1998 a été prise la décision d'attribution proprement dite -la deuxième décision attaquée par la requérante-, laquelle impliquait également la décision de "ne pas retenir" son offre, datée erronément du 5 mars 1999 par la requérante; que la

"décision du 10 mars 1999" contenait purement et simplement la communication des motifs de l'attribution; que, par conséquent, la demande n'est recevable que dans la mesure où elle est dirigée contre la deuxième décision, qu'il faut dater du 17 décembre 1998, étant entendu qu'elle implique également la première décision attaquée;

Du bien-fondé de la demande

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

4.1. Considérant que la requérante prend un premier et un deuxième moyen de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, corrélativement, de la violation de la notion de neutralité consacrée par la sixième directive en matière de TVA, de l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, tel que complété par le cahier spécial des charges KN98D3, et de l'article 25, § 1er, du cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics, tel qu'établi dans le cahier spécial des charges KN98D3; que, dans son premier moyen, elle soutient que, contrairement à l'article 15, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, la partie défenderesse a tenu compte, pour déterminer l'offre la plus basse, des 21 pour cent de TVA sur la partie du marché à exécuter pour le compte d'Aquafin, alors que cette TVA ne peut être

considérée comme "un élément chiffrable qui viendra, d'une manière certaine, augmenter les débours de l'administration"; qu'à cet égard, la requérante explique en premier lieu que, pour cette partie des travaux, c'est Aquafin qui doit être considérée comme "l'autorité compétente", et non la Communauté flamande, même si celle-ci agit comme "autorité coordinatrice", dès lors que cette partie des travaux devra être facturée directement à Aquafin, ensuite qu'en ce qui concerne Aquafin, la TVA n'est pas un élément susceptible d'accroître le prix de revient, dès lors qu'Aquafin, contrairement à la Région flamande et à la ville de Diest, est une société assujettie à la TVA qui peut imputer la TVA qu'elle supporte; qu'en outre, la requérante relève un certain nombre d'inconséquences, telles que la disposition figurant dans le cahier spécial des charges KN98D3 et le métré récapitulatif, selon laquelle les montants à indiquer pour Aquafin doivent être calculés hors TVA, alors que l'article 113 de ce cahier spécial des charges prévoit en revanche que, pour le classement, il est tenu compte de la somme totale hors TVA, dispositions qui sont de surcroît contraires à la directive européenne invoquée et à la législation belge en matière de TVA; que, dans son deuxième moyen, la requérante soutient que selon l'article 25, § 1er, du cahier général des charges, les prix pour la partie des travaux destinés à Aquafin devaient être calculés hors TVA et que l'administration ne pouvait dès lors pas établir de classement en tenant néanmoins compte de la TVA pour cette partie; que, subsidiairement, la requérante allègue encore que selon des informations qu'elle a obtenues de manière informelle, la TVA qu'Aquafin porte en compte à la Région flamande n'est pas de 21 % mais de 6 % seulement, de sorte que, toujours selon le raisonnement de la partie défenderesse, le montant des travaux pour le compte d'Aquafin ne peut

être augmenté que de 6 % et la requérante reste malgré tout le soumissionnaire régulier le moins-disant;

4.2. Considérant que la partie défenderesse répond que la Région flamande ne peut être considérée comme l'autorité compétente au sens de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, dès lors qu'Aquafin répercute les montants facturés sur la Région flamande qui, en définitive, doit payer la TVA; qu'en ce qui concerne le premier moyen, elle répond que dans la mesure où il y aurait une inconséquence ou une contradiction, la norme inférieure -en l'espèce, l'article 113 du cahier général des charges- doit s'effacer devant la norme supérieure -en l'espèce, l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993; qu'en ce qui concerne le deuxième moyen, la partie défenderesse considère que celui-ci ne contient pas de moyen distinct; qu'en ce qui concerne l'argument invoqué à titre subsidiaire, la partie défenderesse allègue qu'aucun élément ne démontre qu'Aquafin n'imputerait qu'une TVA de 6 %;

4.3. Considérant qu'à la demande du premier auditeur rapporteur, la partie défenderesse a produit deux factures relatives à un "remboursement des dépenses d'investissement" d'Aquafin, dans lesquelles, pour un autre projet il est vrai, une TVA de 6 % est imputée, sous référence à un ruling avec l'administration de la TVA;

4.4.1. Considérant que, dans l'affaire concernée, la partie défenderesse, ainsi que la ville de Diest et Aquafin, ont choisi, en application de l'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, de regrouper l'exécution conjointe de travaux pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents en un marché unique et qu'elles ont désigné la partie défenderesse comme l'autorité qui interviendra, en leur nom collectif, lors de l'attribution

et de l'exécution du marché; qu'elles n'en ont cependant pas tiré les conclusions logiques de ce système, qui conduiraient à confier également la facturation et le paiement à cette autorité unique et à établir un décompte ultérieurement, mais ont opté pour une facturation directe des travaux, en fonction de la partie concernée du marché, au contractant pour le compte duquel ils sont exécutés, et pour leur paiement direct par celui-ci;

4.4.2. Considérant qu'il doit résulter dès lors de cette deuxième option que, lorsqu'il est fait application de l'article 15, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, qui dispose que l'autorité compétente tient compte -par ailleurs- "des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours", cette disposition est interprétée en ce sens qu'est considérée comme autorité compétente, l' "autorité" -qui pourrait être une personne morale de droit privé- à laquelle les travaux seront facturés et qui doit les payer à l'entrepreneur; qu'en effet, cette personne morale fait office de débiteur direct à l'égard de l'entrepreneur et ce sont, dans un premier temps, ses débours qui seront, le cas échéant, augmentés, alors qu'il n'incombe pas à cet entrepreneur de tenir compte des arrangements conclus par les différentes autorités ou d'autres personnes morales pour le compte desquelles les travaux sont exécutés; que les conclusions auraient bien entendu été différentes si la Région flamande avait agi en l'espèce comme l'entendait le législateur, à savoir en tant que seule autorité dont l'entrepreneur doit tenir compte;

4.4.3. Considérant, en outre, à supposer que la TVA sur un travail puisse être considérée comme un élément chiffrable qui viendra augmenter les débours de l'autorité "compétente", quelle qu'elle soit, que l'élément "d'une manière certaine" n'est pas présent lorsque, comme en

l'espèce, on ne sait pas au préalable quel montant sera précisément facturé à l'utilisateur final, faisant office d' "autorité compétente", et lorsqu'il s'avère de surcroît que le taux de TVA calculé sur ce montant est inférieur à celui qui fut utilisé pour comparer les offres; qu'à cet égard, il convient par ailleurs de souligner qu'en l'espèce, l'élément "d'une manière certaine" était d'autant moins présent que, selon l'article 113 du cahier spécial des charges, la somme totale hors TVA est prise en considération pour le classement des offres et que, selon l'article 25, § 1er, du cahier général des charges, ainsi que selon le bulletin de soumission, le prix devait chaque fois être calculé ou indiqué TVA comprise pour les parts de la Région flamande et de la ville de Diest, et hors TVA pour la part d'Aquafin;

4.4.4. Considérant qu'il n'est pas contesté qu'à la différence de la Région flamande et de la ville de Diest, Aquafin est une société assujettie à la TVA, qui peut imputer la TVA qu'elle a acquittée; qu'à cet égard, il importe peu qu'en application de l'article 20 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, cette TVA, en tant qu'elle concerne des travaux immobiliers, ne soit due ni par l'entrepreneur ni par Aquafin; que, dès lors, la TVA sur la partie des travaux exécutés pour le compte d'Aquafin ne peut nullement être considérée comme un élément chiffirable qui viendra, d'une manière certaine, augmenter les débours de l'"autorité compétente"; que dans cette mesure, les moyens sont sérieux;

5.1. Considérant que la partie requérante allègue en ce qui concerne son préjudice grave difficilement réparable qu'il s'agit d'un marché important, qu'en tant qu'entreprise spécialisée, elle oeuvre déjà depuis

longtemps dans le secteur concerné, de sorte que la non-obtention du marché signifie la perte d'une référence importante, ce qui est d'autant plus grave que les travaux sont exécutés dans la Région flamande où la requérante est établie et où elle déploie une activité intense, de sorte que sa réputation est encore davantage en jeu; que la requérante estime également qu'une suspension peut être considérée comme un avertissement adressé à la partie défenderesse pour l'inciter à adopter à l'avenir une attitude plus conforme aux règles;

5.2. Considérant que la partie défenderesse soulève que la condition du préjudice grave difficilement réparable n'est pas remplie, dès lors que la requérante ne décrit pas ce préjudice concrètement : l'argument selon lequel elle serait tributaire dans une large mesure des marchés de la Région flamande, n'est pas étayé et, de surcroît, les marchés publics au niveau européen sont ouverts à tous les entrepreneurs des Etats membres, alors qu'il y a d'autres autorités en Belgique, il s'agit en l'espèce d'un marché relativement restreint, du fait que la requérante est spécialisée et active dans le secteur concerné, la référence à acquérir ne peut en l'occurrence être considérée comme importante, l'argument selon lequel cette référence serait d'autant plus importante que la requérante est établie dans la Région flamande, va à l'encontre de la réglementation européenne, la fonction d'avertissement résultant d'une suspension par le Conseil d'Etat ne présente pas de caractère personnel; qu'en outre, la partie défenderesse objecte encore que la requérante savait dès le 5 mars 1999 que le marché ne lui avait pas été attribué, mais qu'elle a malgré tout attendu le 30 avril 1999 pour introduire sa demande, que les travaux avaient alors déjà commencé depuis un mois et leur suspension ne se justifie pas lorsque la requérante avait pu réagir beaucoup plus rapidement;

5.3. Considérant qu'un marché de plus de 200 millions de francs peut difficilement être considéré comme des travaux de peu d'importance; que l'on peut fort bien concevoir que, pour des travaux de cette importance, les entrepreneurs spécialisés dans les travaux de terrassement et de voirie sont tributaires dans une large mesure de marchés publics, dont, en Région flamande, la plupart et les principaux sont mis en compétition par les autorités flamandes; que s'il est vrai que dans l'Union européenne, tous les travaux sont ouverts aux entrepreneurs de tous les Etats membres, il n'en reste pas moins qu'en réalité, la plupart des travaux sont encore exécutés par des entrepreneurs locaux et que, pour diverses raisons, ceux-ci donnent la préférence à ce type de travaux sans que ce choix doive être étayé longuement; que, dans les circonstances de la cause, la requérante n'a pas retardé déraisonnablement l'introduction de sa demande, dès lors qu'elle a réclamé la décision motivée moins de dix jours après avoir été informée que le marché ne lui avait pas été attribué et qu'elle a formé la présente demande dix jours avant l'expiration du délai de recours, ainsi qu'avant la date à laquelle les travaux devaient commencer; que la condition du préjudice grave difficilement réparable est également remplie,

D E C I D E :

Article 1er.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 17 décembre 1998 par le Ministre flamand des Travaux publics, des Transports et de l'Aménagement du Territoire, d'attribuer à la s.a. Interplant les

travaux relatifs au projet R 26-Ring de Diest, tronçon Leuvense Poort-Hasseltse Poort, N2 Leuvensesteenweg, tronçon R26-Leuvense Poort, modernisation de la route et ronds-points, conformément au cahier spécial des charges KN98D3, et "de ne pas retenir" l'offre de la s.a. BETONAC.

Article 2.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens relatifs à la demande de suspension sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-cinq janvier 2000, par :

M.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE .

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