

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° 89.076 du 24 juillet 2000
A. 93.395/XII-2677.**

En cause : la s.a. HERBOSCH-KIERE,
ayant élu domicile chez
Me J. VERBIST, avocat à la
Cour de cassation,
et Me F. VAN NUFFEL, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
rue Bréderode 13

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

partie intervenante :

la BV VAN DEN BIGGELAAR AANNEMINGSBEDRIJF,
ayant élu domicile chez
Me H. VAN PARYS, avocat,
ayant son cabinet à MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6.

LE PRESIDENT F.F. DE LA XIIe CHAMBRE DES VACATIONS,

Vu la requête introduite le 10 juillet 2000 par
laquelle la s.a. HERBOSCH-KIERE demande en extrême urgence
la suspension de l'exécution de :

- la décision du Ministre flamand des Travaux publics du
23 juin 2000 d'attribuer à l'entreprise de construction

VAN DEN BIGGELAAR BV le marché relatif à la réalisation d'une nouvelle protection des berges du canal Albert, sur les berges gauche et droite comprises entre le premier pont de Oelegem et l'aqueduc du Grote Schijn;
- la décision de ne pas lui attribuer ce marché;

Vu la requête introduite simultanément par laquelle la même partie requérante demande l'annulation des mêmes décisions;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 11 juillet 2000 fixant l'affaire à l'audience du 18 juillet 2000 à 15 heures;

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

Entendu en leurs observations, Me F. VAN NUFFEL, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, Me D. de JONGHE, loco Me K. RONSE, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse, et Me C. DE WOLF, loco Me H. VAN PARYS, avocat, qui comparaît pour la partie intervenante;

Entendu, en ce qui concerne le deuxième objet de la demande, M. W. WEYMEERSCH, auditeur, en son avis contraire;

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

1. Considérant que la BV AANNEMINGSBEDRIJF VAN DEN BIGGELAAR demande à pouvoir intervenir dans l'instance; qu'à titre de bénéficiaire de l'arrêté attaqué, elle a intérêt à ce que la demande soit rejetée; que la requête en intervention est accueillie;

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

La Région flamande a lancé une procédure d'adjudication publique en vue de "la réalisation d'une nouvelle protection des berges du canal Albert, sur les berges gauche et droite comprises entre le premier pont de Oelegem et l'aqueduc du Grote Schijn". Les conditions sont fixées dans le cahier spécial des charges n° 16EJ/99-17.

Six candidats soumissionnent. La partie intervenante, qui propose un montant de 523.518.600 BEF, est le soumissionnaire le plus bas. Avec un montant de 533.519.553 BEF, la partie requérante est le deuxième soumissionnaire le moins-disant.

Ainsi qu'il ressort du dossier administratif, après avoir ouvert les soumissions, l'administration s'interroge en ce qui concerne les soumissions pour le poste 15 ("enlèvement des terres à assainir conformément aux résultats de l'étude écologique"), étant donné qu'aucune norme concrète en la matière n'avait été fixée et qu'une offre à cet égard semblait dès lors poser des problèmes. La partie requérante a elle-même réalisé l'étude et, pour sa part, a établi qu'il ne fallait pas traiter les terres polluées mais qu'il faudrait les épurer des débris rocheux; sur cette base, elle a remis une offre. La partie intervenante n'a pas mentionné de prix; elle s'est référée à une fixation ultérieure du prix en fonction "du degré de pollution" qui sera constaté.

Le service des adjudications du ministère de la Communauté flamande lui ayant conseillé en l'occurrence d'exclure le poste 15 en question du marché, le ministre compétent décide par l'arrêté du 23 juin 2000, présentement attaqué, d'attribuer le marché à la partie intervenante dont l'offre, qui est la plus basse (523.639.600 BEF), précède l'offre de la partie requérante

(529.980.302 BEF), étant donné que le marché peut être attribué en faisant abstraction (des soumissions) du poste 15.

Par une lettre datée du 29 juin 2000, la partie requérante est avisée que son offre "n'a pas été sélectionnée". La partie intervenante n'a pas encore été informée de la décision d'attribution, ni des possibilités de recours au Conseil d'Etat.

3.1. Considérant que la partie intervenante juge la demande irrecevable à défaut d'intérêt; qu'elle estime que la partie requérante remet en ce qui concerne le poste 15 de l'adjudication une offre qui ne réunit en aucune manière les conditions du cahier spécial des charges (c'est-à-dire "tous les frais d'évacuation, de mise en décharge et/ou de traitement des terres polluées", ainsi que les indemnités de mise en décharge et redevances y afférentes), de sorte que, en vertu de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la partie défenderesse aurait dû considérer cette soumission comme irrégulière dans son ensemble;

3.2. Considérant que la décision attaquée concerne l'attribution du marché 16EJ/99-17, étant entendu qu'il a été fait abstraction du poste 15 pour tous les soumissionnaires; que, dès lors, la partie intervenante ne peut trouver de fondement légal lui permettant de faire déclarer la demande globalement irrecevable, dans l'absence de conformité de la soumission de la partie requérante en ce qui concerne ce poste exclu de la soumission; que l'exception soulève certes la question de l'intérêt de la partie requérante à invoquer le deuxième moyen, dans lequel elle s'oppose à l'omission du poste 15, qu'elle qualifie de modification du cahier spécial des charges - effectuée après l'ouverture des soumissions - et dans lequel elle juge dès lors l'acceptation de la

soumission de la partie intervenante irrégulière en ce qui concerne ce point;

4. Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la suspension de l'exécution selon la procédure d'extrême urgence ne peut être ordonnée qu'à la triple condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée soient invoqués, que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque de causer un préjudice grave difficilement réparable et qu'il faille statuer en extrême urgence sur l'affaire, étant donné que le recours à la procédure ordinaire de suspension ne pourrait plus empêcher la réalisation du préjudice grave difficilement réparable;

5.1. Considérant, en ce qui concerne l'extrême urgence et le préjudice grave difficilement réparable, que la partie requérante expose ce qui suit : en exécution de la directive CE du 21 décembre 1989, le Conseil d'Etat doit veiller à permettre un rétablissement de la légalité en nature; la décision d'attribution n'a pas encore été notifiée, de sorte que, si la suspension est ordonnée en extrême urgence, la requérante conserve toutes ses chances de pouvoir exécuter le marché même en nature; elle est le deuxième soumissionnaire le moins-disant et "revendique donc directement, à titre de soumissionnaire régulier le moins-disant, l'attribution des travaux"; il s'agit pour elle d'un marché très important (le montant de la soumission correspond à un quart de son chiffre d'affaires; pour l'année en cours, aucune procédure d'adjudication n'a encore été lancée dans le secteur des ouvrages hydrauliques pour des entrepreneurs de classe 8) qui fournit également une référence complémentaire de poids; le recours à l'extrême urgence se justifie par son ambition d'obtenir un rétablissement en nature pour un marché public dans lequel la décision d'attribution n'a pas encore été notifiée;

5.2. Considérant que la partie défenderesse passe sous silence la problématique du préjudice grave difficilement réparable et du caractère urgent de la cause;

Considérant que la partie intervenante met en exergue la généralité de l'exposé sur le préjudice et constate que la partie requérante "était informée dès le mois de mars 2000 que le marché serait attribué à la partie intervenante, fût-ce sous réserve de la vérification de son agréation", alors qu'elle savait déjà aussi en mars que l'agréation avait été acquise;

5.3. Considérant que la demande est dirigée contre un arrêté qui a été pris le 23 juin 2000 et au sujet duquel un avis a été envoyé le 29 juin 2000 à la partie requérante; que la partie requérante a agi avec une diligence suffisante; que, par sa demande, elle entend lever tout obstacle afin de pouvoir exécuter elle-même le marché et que la concrétisation de cette ambition pourrait être gravement entravée si l'affaire était jugée selon la procédure de suspension ordinaire; qu'en outre, son argumentation sur le préjudice qu'elle subirait si les travaux pouvaient être exécutés non par elle mais par un autre, est suffisamment convaincante;

6.1. Considérant que dans le premier moyen, la partie requérante fait valoir notamment que l'offre de la partie intervenante est irrégulière, dès lors qu'au poste 51 du métré, il est tenu compte d'une épaisseur des matériaux de 4 cm alors que le cahier spécial des charges prescrit une épaisseur de 5 cm; que, subsidiairement, elle ajoute que l'administration n'a même pas examiné s'il pouvait effectivement être passé outre à la dérogation au cahier spécial des charges, proposée par la partie intervenante; qu'à son avis, la partie défenderesse a ainsi manqué aux obligations qui lui incombent conformément à l'article 110, § 2, combiné à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics,

conformément aux articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle et conformément au principe de l'obligation de motivation matérielle et au principe de prudence;

6.2. Considérant que la partie défenderesse observe à cet égard que la condition concernée, prévue par le cahier spécial des charges, n'est pas substantielle et que, dès lors, elle pouvait considérer à bon droit que l'offre de la partie intervenante pouvait cadrer avec les objectifs demandés; que la partie intervenante affirme qu'elle n'a pas eu l'intention de déroger au cahier spécial des charges et que l'annexe jointe à son offre, dans laquelle elle expose que, pour le poste 51, elle a pris en considération une épaisseur de matériaux de 4 cm, ne peut être considérée comme une modification ou une réserve par rapport aux conditions posées, mais uniquement comme une précision qui, erronément, fait référence aux épaisseurs de matériaux courantes aux Pays-Bas, et qui, perçue comme une erreur matérielle, peut très bien être rectifiée par l'administration avec l'obligation pour la partie de satisfaire au souhait de l'administration; qu'elle souligne également que, si les postes 50 et 51 du cahier spécial des charges sont examinés conjointement (elle a porté en compte une sous-couche de 6 cm d'épaisseur), son offre prévoit une couche dont l'épaisseur est globalement supérieure de 1 cm à ce qui est fixé par le cahier spécial des charges, que, dès lors, l'erreur qu'elle a commise, n'a pas la moindre influence sur l'offre, si ce n'est qu'elle s'est nuí à elle-même, puisque son prix a ainsi augmenté de 650.000 BEF par rapport à l'exécution prévue;

6.3.1. Considérant que dans son chapitre 2.2.6 : 'travaux d'achèvement de la voirie', le cahier spécial des charges n° 16EJ/99-17 (p. 149) comporte les postes suivants :

poste "49 : code 5315 (SB250) - fondation en empierrement d'une épaisseur de 30 cm"

poste "50 : code 6363 (SB250) - couche de profilage type AB-3C, granulats 0/10"
poste "51 : code 6711 (SB250) - couche de surface AB-1A, granulats 0/20";

Considérant que le cahier spécial des charges fait ainsi référence aux normes mentionnées dans le cahier des charges type n° 250, qui a été déclaré applicable, formellement et sans possibilité de dérogation (point B1, p. 28 du cahier spécial des charges), au marché présentement en litige;

Considérant qu'aucune des parties ne conteste que la norme 6711 du cahier des charges type n° 250 dispose que : "épaisseur E - 5 cm"; que, dès lors, le cahier spécial des charges 16EJ/99-17 oblige les soumissionnaires à respecter les conditions du marché et à prévoir dans leur offre une épaisseur de la couche de surface d'exactement 5 cm; qu'en rédigeant son offre sur la base d'une couche de surface d'une épaisseur de 4 cm, la partie intervenante ne s'est pas conformée à cette norme et, donc, a fait une soumission pour le poste 51, qui n'est pas conforme au cahier spécial des charges; qu'une soumission qui ne remplit pas les conditions du cahier spécial des charges est irrégulière;

6.3.2. Considérant que l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qualifie purement et simplement de nulle une soumission qui déroge aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges; que l'article 89 de ce même arrêté érige les spécifications techniques figurant dans le cahier spécial des charges en une condition essentielle du marché; que la détermination de l'épaisseur de la couche d'achèvement de la voirie est une spécification technique; qu'examinée sous cet angle, l'irrégularité commise par la partie intervenante lors du dépôt de son offre paraît vicier l'ensemble de sa soumission;

6.3.3. Considérant que, si la nullité absolue de la soumission qui ne satisfait pas aux spécifications techniques du cahier spécial des charges peut néanmoins être relativisée quelque peu lorsque la dérogation concerne une prescription moins importante ou un aspect insignifiant du marché (voir D. D'HOOGE : De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten, 1997, nos 1205 et 1428, avec référence à la jurisprudence), la logique du système requiert à tout le moins en pareil cas que l'administration indique quelles raisons l'ont conduite à nuancer ses prescriptions antérieures et de quelle manière elle a pu néanmoins réaliser, dans cette situation, une comparaison adéquate des différentes soumissions, par rapport notamment à celles qui s'en sont effectivement tenues aux conditions strictes du cahier spécial des charges; que, dans le présent cas, ni l'arrêté attaqué ni le dossier administratif ne contient cette motivation;

Considérant que la partie intervenante n'est pas suivie lorsqu'elle explique en ce qui concerne la combinaison éventuelle des postes 50 et 51, que son point de vue peut être vu comme une erreur matérielle qui n'empêche pas l'exécution correcte des travaux; qu'en premier lieu, il est établi que la partie défenderesse n'a pas tenu compte de ce raisonnement pour prendre sa décision; qu'ensuite, quant au fond, une soumission calculée en fonction d'une épaisseur de 4 cm pour la couche de surface alors que le cahier spécial des charges prescrit formellement une épaisseur de 5 cm, n'est pas une erreur matérielle, mais une dérogation matérielle à la prescription concernée du cahier spécial des charges; qu'en outre, dans le raisonnement qu'elle développe pour justifier son erreur, la partie intervenante inclut d'autres postes du cahier spécial des charges, ce qui soulève la question de savoir de quelle manière l'administration était encore effectivement en mesure de procéder à une comparaison correcte des différentes soumissions en fonction de l'objectif poursuivi;

6.4. Considérant, en résumé, que la partie intervenante a remis une soumission pour le poste 51 en prenant en considération une donnée (épaisseur de la couche de surface de 4 cm) qui déroge formellement à la prescription manifeste du cahier spécial des charges (épaisseur requise de la couche de surface : 5 cm); que cette dérogation aux spécifications techniques du cahier spécial des charges rend en principe sa soumission nulle; que la partie défenderesse n'établit aucunement que l'irrégularité commise par la partie intervenante concernerait un aspect accessoire du marché; qu'elle ne précise pas non plus comment la partie intervenante pourrait atteindre néanmoins, sur la base de ses normes, le but poursuivi (pour lequel le cahier spécial des charges prescrit une couche de surface de 5 cm d'épaisseur) et comment elle a pu comparer les différentes soumissions sur ce point sans léser les entrepreneurs qui se sont conformés à la norme formelle du cahier spécial des charges; qu'en ce sens, le moyen est sérieux;

7. Considérant que les conditions sont réunies pour ordonner la suspension de l'exécution de la décision du 23 juin 2000 d'attribuer le marché à la partie intervenante;

8. Considérant que la suspension de la décision d'attribution fait naître pour la partie défenderesse l'obligation de s'abstenir de notifier l'arrêté d'attribution à la partie intervenante; qu'ainsi, il est parfaitement tenu compte des griefs avancés par la partie requérante dans son exposé relatif au préjudice grave difficilement réparable; que pour cette raison, et abstraction faite de la question de savoir si le dossier, tel qu'il a été déposé dans le présent débat, contient suffisamment d'éléments qui démontrent l'obligation absolue pour la partie défenderesse d'attribuer le marché à la partie requérante, la demande de suspension du refus implicite d'attribuer le marché à la partie requérante est rejetée,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la BV VAN DEN BIGGELAAR AANNEMINGSBEDRIJF dans le référé administratif est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension en extrême urgence de l'exécution de la décision du 23 juin 2000 du Ministre flamand des Travaux publics d'attribuer à l'entreprise de construction VAN DEN BIGGELAAR BV le marché relatif à la réalisation d'une nouvelle protection des berges du canal Albert, sur les berges gauche et droite comprises entre le premier pont de Oelegem et l'aqueduc du Grote Schijn.

Article 3.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les dépens relatifs à la demande de suspension sont réservés.

Les dépens de l'intervention dans la procédure de suspension, liquidés à la somme de cinq mille francs, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-quatre juillet 2000, par :

M. A. VANDENDRIESSCHE, conseiller d'Etat, président
de chambre f.f.,
Mme S. VAN AELST, greffier.

Le greffier,

Le président,

S. VAN AELST.

A. VANDENDRIESSCHE.

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