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 83.753 du 30 novembre 1999
A. 87.667/XII-2298

En cause : la s.a. CITY ADVERTISING BENELUX,
ayant élu domicile chez
Mes J. GHYSELS, P. FLAMEY et PARTNERS, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
rue d'Arlon, 25

contre :

la ville de BRUXELLES,
ayant élu domicile chez
Me J. P. LAGASSE, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
place de Jamblinne de Meux, 41.

partie intervenante :

la s.a. J.C. DECAUX,
ayant élu domicile chez
Mes B. & L. CAMBIER, avocats,
ayant leur cabinet à BRUXELLES,
rue Jean-Baptiste Meunier, 22.

LE PRÉSIDENT DE LA XIIe CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 4 novembre 1999 par laquelle la s.a. City Advertising Benelux demande la suspension d'extrême urgence de l'exécution :

1. du cahier spécial des charges TV/98/47 concernant un appel d'offres général visant la fabrication, la fourniture, le placement, la mise en service, l'entretien et la maintenance de mobilier urbain d'information, d'abribus et de supports publicitaires dont une partie pourront être utilisés à des fins publicitaires, approuvé par le conseil communal de la ville de Bruxelles le 7 décembre 1998;

2. corrélativement, de l'arrêté du collège des bourgmestre et échevins de la ville de Bruxelles du 14 octobre 1999, attribuant le marché précité à la s.a. J. C. DECAUX BELGIUM pour son offre, variante n° 3;
3. et, corrélativement, de la décision de refus de communiquer les motifs de la décision d'attribution à la partie requérante;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 5 novembre 1999, fixant l'affaire à l'audience du 10 novembre 1999 à 10 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 16 novembre 1999 à 11 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Mes J. GHYSELS et P. FLAMEY, avocats, qui comparaissent pour la partie requérante, Mes J. P. LAGASSE et J. BLANCKE, avocats, qui comparaissent pour la partie défenderesse, et Mes B. CAMBIER et B. ASSCHERICKX, avocats, qui comparaissent pour la partie intervenante;

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'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que par une requête déposée à l'audience, la s.a. J.C. DECAUX demande à pouvoir intervenir dans le référé administratif;

1. Des éléments de la cause

Considérant que le conseil communal de la ville de Bruxelles décide, le 7 décembre 1998, de lancer un appel d'offres visant la fabrication, la fourniture, le placement, la mise en service, l'entretien et la maintenance de mobilier urbain d'information, d'abribus et de supports publicitaires dont une partie pourront être utilisés à des fins publicitaires; que le cahier spécial des charges TV/98/47 dispose entre autres que des variantes libres peuvent être proposées, mais que celles-ci sont uniquement autorisées pour la fabrication, la fourniture et le placement des

abribus et des supports publicitaires et qu'elles doivent respecter les conditions minimales prescrites par le cahier spécial des charges ainsi que leurs modalités d'introduction (chapitre III, article 1er, f); que selon l'article 10, c, du même chapitre du cahier spécial des charges, les variantes libres des abris sont soumises à l'application des articles 3.2.b, c, d, f et g, et 4.2.f, que, d'une manière générale, les coloris du mobilier proposé en variante seront conformes aux coloris prescrits dans les clauses techniques précitées et que le mobilier répondra aux normes ainsi qu'aux qualités fonctionnelles et esthétiques équivalant à celles définies dans le cahier spécial des charges et ses clauses; que selon l'article 12, b, du cahier spécial des charges, le projet de modèle de base "EO" défini dans ce dernier est la propriété intellectuelle de la partie défenderesse et de la Commission communautaire française; que le marché sera adjugé sur la base de six critères énumérés en ordre décroissant d'importance auxquels sont chaque fois attribués un certain nombre de points; que trois offres sont déposées, notamment par la requérante, par la s.a. J.C. DECAUX, l'actuelle requérante en intervention, et par la s.a. MORE GROUP BELGIUM; que le jury établit un classement dans lequel les sept premières places sont toutes occupées par diverses variantes proposées par la s.a. J.C. DECAUX; que le collège des bourgmestre et échevins de la partie défenderesse décide, le 14 octobre 1999, d'attribuer le marché au soumissionnaire précité pour sa variante n° 3;

2. De la recevabilité de la demande

2.1.1. Considérant que la partie défenderesse soulève que la demande est prématurée dès lors que la décision d'attribution n'a pas encore été approuvée par l'autorité de tutelle et que le délai imparti n'est pas encore expiré;

2.1.2. Considérant que l'approbation visée a été produite à l'audience; qu'à première vue l'exception n'est pas fondée;

2.2. Considérant, sans examiner la question de savoir si la partie requérante peut encore demander le 4 novembre 1999 la suspension d'extrême urgence d'un cahier spécial des charges approuvé le 7 décembre 1998 et dont elle avait ou pouvait avoir connaissance lors de la publication de l'avis de marché en février 1999, qu'à l'égard de la première décision attaquée, la condition du préjudice grave difficilement réparable n'est pas remplie dès lors que le préjudice que la partie requérante invoque ne peut se rapporter à cette décision; que la demande de suspension n'est dès lors pas recevable à ce sujet; que cela n'affecte évidemment en

rien la possibilité de principe d'invoquer l'irrégularité du cahier spécial des charges à l'appui d'un moyen dirigé contre la décision d'attribution;

2.3. Considérant que le refus allégué de communiquer les motifs de la décision d'attribution à la requérante concerne uniquement l'exécution de cette décision et n'est pas en soi susceptible d'annulation, ni a fortiori de suspension; que la circonstance selon laquelle les motifs ne sont pas communiqués ou ne le sont pas dans les délais emporte que le délai de recours contre la décision d'attribution ne court pas ou ne commence à courir que plus tard; qu'on n'aperçoit pas quel avantage la partie requérante pourrait tirer de l'annulation ou de la suspension d'une prétendue décision de ne pas communiquer les motifs, dès lors qu'il est difficilement concevable que la décision d'attribution s'en trouve elle-même frappée de nullité - ce que la partie requérante n'invoque pas non plus - et que la procédure d'attribution doive être ainsi recommencée;

3. Du bien-fondé de la demande

3. 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 ordonnée qu'à la double condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué soient invoqués et que l'exécution immédiate de celui-ci risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

3.1.1. Considérant que la partie requérante prend un premier moyen, dirigé contre la troisième décision attaquée, de la violation de l'article 51 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 combiné avec la directive européenne 89/665 et en application de l'article 159 de la Constitution, en ce qu'en violation de la disposition citée en premier, la partie défenderesse n'a pas informé la requérante que l'attribution a eu lieu et ne lui a pas communiqué les motifs de l'attribution dans un délai de quinze jours;

3.1.2. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la troisième décision attaquée n'est pas un acte susceptible de suspension; que, dès lors, le moyen n'est pas recevable;

3.2.1. Considérant que la partie requérante prend un deuxième moyen, dirigé contre les deux premières décisions attaquées, qu'elle présente comme suit :

"DEUXIÈME MOYEN (...)

Pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, notamment de l'obligation de motivation matérielle, du principe d'égalité et de prudence et en application de l'article 159 de la Constitution;

en ce qu'une expertise effectuée par le bureau AIB-VINÇOTTE Belgium a révélé qu'en ce qui concerne les abris (modèle de base EO proposé par la partie défenderesse), l'objet du marché tel qu'il est demandé par l'autorité n'est pas conforme aux normes de sécurité applicables en la matière;

que par la deuxième décision attaquée, la s.a. DECAUX aurait néanmoins été retenue par la partie défenderesse en tant que maître d'oeuvre du marché;

et en ce que lors du dépôt de son offre, la partie requérante a attiré l'attention de la partie défenderesse sur le fait que, sur la base de la description technique, on obtiendrait des abris qui ne répondent pas aux normes en vigueur en la matière (voir l'offre de la partie requérante, p. 55 : la partie requérante fait observer qu'il s'impose de revoir la conception du toit, ce qui implique l'abandon du modèle de base EO. L'abri n'est pas conforme aux règles de résistance et de sécurité. C'est ce que révèle un rapport du bureau AIB Vinçotte) et ce sans que cette constatation puisse être considérée comme une réserve interdite, cette objection concernant un aspect décisif du cahier spécial des charges dès lors qu'il touche à la sécurité (C.E., s.a. VAG, n° 61.395, 29 août 1996);

alors que tout acte administratif unilatéral doit être fondé sur des éléments de fait exacts et ne peut contenir d'erreurs qui ne concordent pas avec la réalité (violation de la loi de motivation formelle, de l'obligation de motivation matérielle et des règles d'égalité et de non-discrimination); que cette règle est également applicable à un cahier spécial des charges dans le cadre d'un marché public (voir C.E., Rubbens, n° 28.242, 26 juin 1987); que l'illégalité d'un cahier spécial des charges, entre autres pour cause de violation de l'obligation de motivation matérielle, peut être invoquée dans le cadre du recours formé contre la décision d'attribution (C.E., Rubbens, n° 28.242, 26 juin 1987);

qu'en l'occurrence, le rapport d'AIB-VINÇOTTE a établi irréfutablement qu'en ce qui concerne les abris, l'exécution de la description technique figurant dans le cahier spécial des charges (annexe 5 du cahier spécial des charges et plans techniques) aura inévitablement pour effet que l'édifice ne répondra pas aux normes de sécurité applicables en l'espèce et qu'il sera irréalisable; qu'ainsi le cahier spécial des charges se fonde sur un élément de fait inexact, les éléments de ce document aboutissant manifestement à une solution qui, techniquement, n'est en fait pas sûre; que, dès lors, le cahier spécial des charges se fonde sur une motivation qui n'est pas solidement étayée et viole l'obligation de motivation matérielle, la décision d'attribution, qui s'appuie sur celle-ci, étant ainsi également entachée d'irrégularité; qu'en outre pareil cahier spécial des charges ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement étant donné que l'objet du marché emporte inévitablement une distorsion de concurrence, dès lors qu'il est demandé à l'autorité de choisir parmi des propositions qui doivent se fonder sur un concept non conforme en matière de sécurité; que lorsqu'un soumissionnaire attire l'attention de l'autorité sur cette non-conformité, elle doit tenir compte de cette objection judicieuse afin, précisément, de pouvoir rétablir l'égalité de traitement; qu'en l'occurrence, outre son offre de base avec la réserve pertinente et justifiée précitée, la requérante a déposé une variante autorisée qui répond effectivement aux normes de sécurité; que la requérante n'était dès lors pas obligée d'emblée d'attaquer le cahier spécial des charges, dès lors qu'elle n'était pas privée de toute chance de remporter le marché (C.E., Thierry Bollaerts, n° 74.399, 23 juin 1998 et rapport de M. Stevens, auditeur, T.B.P., 1998, 843);

que le principe de prudence implique que le pouvoir adjudicateur doit juger s'il se justifie de rectifier ou non une erreur, à plus forte raison lorsqu'il

s'agit d'un élément décisif; qu'en outre une autorité administrative prudente doit de toute façon se faire informer autant que possible par des experts (Lambrechts, W., 'Het zorgvuldigheidsbeginsel', dans OPDEBEECK, I. (ed.), Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Deurne, Kluwer, 1993, 35-36), surtout lorsque son attention a été attirée sur certaines anomalies;

qu'en l'occurrence il apparaît clairement que la partie défenderesse n'a pas tenu compte des observations techniques de la partie requérante concernant l'infaisabilité du modèle de base de l'abri décrit dans le cahier spécial des charges; que la partie défenderesse n'a absolument plus eu recours à un expert lorsque la partie requérante l'informa de l'erreur contenue dans le cahier spécial des charges; qu'enfin rien ne montre que la partie défenderesse aurait ne fût-ce que pris en considération l'observation de la partie requérante, dès lors qu'elle attribua tout simplement le marché à un tiers sur la base, précisément, de ce même cahier spécial des charges.";

3.2.2. Considérant que la partie défenderesse fait observer à juste titre que la requérante n'a manifestement pas considéré les observations de AIB-VINÇOTTE concernant la conformité du modèle de base aux normes de sécurité comme insurmontables dès lors qu'elle a proposé deux variantes qui présentent notamment l'avantage d'améliorer la résistance au poids, au vent et au vandalisme; que la requérante n'a pas émis de réserve concernant son offre de base; qu'elle souligne uniquement, comme dernier argument à propos de la première variante, que le toit du modèle de base n'est pas conforme aux normes de sécurité; qu'au demeurant l'article 98, alinéa 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 dispose que si un soumissionnaire découvre dans le cahier spécial des charges ou dans les documents complémentaires du marché, des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou inopérante la comparaison des offres, il les signale au pouvoir adjudicateur avant l'ouverture des offres; que si la requérante avait formulé ses observations dans les délais, la partie défenderesse aurait pu juger, éventuellement après consultation d'experts, si la gravité de l'erreur était telle qu'elle requérait l'ajournement de l'ouverture des soumissions pour que cette erreur puisse être rectifiée; que tout ceci démontre que la requérante n'estimait pas cette lacune invincible; que celle-ci pouvait en tout cas être évitée en introduisant une ou plusieurs variantes qui, elles, étaient bien conformes aux normes de sécurité, ce que la requérante a d'ailleurs fait; qu'au demeurant le marché n'a pas été attribué à la s.a. DECAUX pour le modèle de base mais pour une variante; que dans l'état actuel de la procédure, il n'apparaît pas que la question de la sécurité du modèle de base, et donc une irrégularité du cahier spécial des charges, a rendu impossible une comparaison des offres; que l'obligation de motivation formelle n'est pas applicable aux actes de l'autorité ayant un caractère réglementaire tels qu'un cahier spécial des charges; que le moyen n'est pas sérieux;

3.3.1. Considérant que la requérante fait valoir un troisième moyen, dirigé contre la deuxième décision attaquée, énoncé comme suit :

> "TROISIÈME MOYEN (...)
> Pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 110, § 2, 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, du cahier spécial des charges n° TV/98/47, du principe d'égalité ainsi que du principe de prudence et du principe du raisonnable,
> en ce qu'à notre connaissance la s.a. DECAUX n'a pas joint à son offre de note concernant la faisabilité technique du modèle de base de l'abri défini dans le cahier spécial des charges et ce contrairement à la partie requérante;
> alors qu'en vertu des prescriptions du cahier spécial des charges, chacun des candidats était tenu de joindre à son offre une note concernant la faisabilité technique, notamment, de la version de base (EO) de l'abri (voir l'annexe technique du cahier spécial des charges n° 5, p. 14, point 8); qu'il s'agit en l'occurrence d'une prescription essentielle du cahier spécial des charges dès lors qu'elle concerne la faisabilité d'un des marchés élémentaires de celui-ci, à savoir la fabrication d'un abri, c'est-à-dire une matière technique (cfr C.E., Beckaert Building, n° 25.377, 29 mai 1997; C.E., n° 26.304, 25 mars 1986, arrêt dans lequel le non-respect de clauses techniques fut considéré comme une infraction aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges); que conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle toute offre qui n'est pas conforme à l'une des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges; que la note demandée devait précisément permettre à l'autorité de contrôler la faisabilité technique du marché; que la transmission de cette note par la partie requérante aurait dû inciter l'autorité, sur la base des conclusions de non-conformité aux règles de sécurité que contenait cette note, à examiner les résultats de l'expertise demandée à tous les soumissionnaires; que la prudence commande, faute d'une telle expertise, que l'autorité eût rejeté sinon automatiquement, du moins raisonnablement, l'offre de Decaux comme étant nulle ou du moins irrégulière; qu'en l'occurrence l'autorité a traité inégalement les soumissionnaires dès lors que ceux qui ont bel et bien effectué leur expertise et mis en exergue le problème de sécurité n'ont pas obtenu le marché; alors que celui qui n'a pas effectué l'expertise a néanmoins été choisi en s'appuyant sur l'offre de base ou sur une variante, ce que la partie requérante ignore à ce jour, vu le refus obstiné de lui communiquer les motifs.";

3.3.2. Considérant que selon l'annexe technique n° 5 du cahier spécial des charges, l'offre devait être accompagnée d'"une note de calcul justifiant tous les endroits soumis à contrainte ... (fixations à T.2 et au tube Po.1, inserts)"; qu'en ce qui concerne l'offre de la s.a. J.C. DECAUX, le dossier administratif contient une pièce "notes de calcul" comportant une rubrique "exemple de calculs pour l'abri EO"; qu'il n'apparaît pas à première vue que cette pièce ne répondrait pas aux exigences du cahier spécial des charges ni qu'elle n'aurait été déposée qu'ultérieurement; que le moyen n'est pas sérieux;

3.4.1. Considérant qu'en un quatrième moyen dirigé contre la deuxième décision attaquée la requérante invoque ce qui suit :

"QUATRIÈME MOYEN (...)

Pris de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 115, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et du cahier spécial des charges n° TV/98/47, ainsi que du principe d'égalité,

en ce qu'à notre connaissance, lors du dépôt de son offre, la s.a. DECAUX a manifestement choisi entre autres l'abri de type 'Horta', en s'appuyant sur le fait qu'outre le modèle de base, le cahier spécial des charges autorisait également des variantes libres,

que dans sa décision d'attribution, la partie défenderesse aurait choisi ce type d'abri, à savoir le type 'Horta',

alors que, conformément à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération une variante libre pour autant qu'elle respecte les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges; que des variantes libres sont autorisées sur la base du cahier spécial des charges n° TV/98/47 pour autant qu'elles respectent les conditions minimales (voir p. 3); qu'en vertu de l'article 115 de l'A.R. du 8 janvier 1996, il ne peut être tenu compte d'une variante libre pour le choix final que dans la mesure où le cahier spécial des charges ne l'interdit pas; que cette disposition doit être combinée avec l'article 16 précité de la loi relative aux marchés publics qui impose que le cahier spécial des charges mentionne les conditions minimales que la variante doit respecter pour être considérée comme étant valable,

que pour la fabrication et la finition des abribus, le cahier spécial des charges donne une description du mobilier, énumère les prescriptions de fabrication et de finition (pp. 32-34) et est accompagné d'une note technique détaillée concernant l'aspect extérieur du mobilier; que le design de l'abri, tel qu'il est défini dans le cahier spécial des charges, se caractérise par la sobriété et la simplicité, avec une touche minimaliste (le cahier spécial des charges mentionne à la p. 32 que les abris doivent être conçus en tenant compte de l'approche esthétique eu égard à l'environnement urbain et de la qualité du confort; les éléments principaux sont les poutrelles, la paroi en verre, le banc, le support publicitaire, le toit et les manchons; voir également les croquis et photos); que l'abri de type 'Horta' a un style rétro dont seule la couleur répond aux conditions minimales du modèle type EO telles qu'elles sont définies dans le cahier spécial des charges;

que, dans sa décision d'attribution concernant l'abri, la partie défenderesse aurait manifestement choisi le type 'Horta', soit un modèle qui ne répond pas aux conditions minimales imposées par le cahier spécial des charges, emportant ainsi la violation tant des dispositions de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 que des prescriptions du cahier spécial des charges; qu'il résulte de l'absence de critères d'attribution en matière d'esthétique que les variantes devaient répondre strictement aux conditions minimales du modèle de base prescrites par le cahier spécial des charges et que la partie défenderesse considérait dès lors que les offres ne pouvaient quand même pas différer sur ce point";

3.4.2. Considérant que la partie défenderesse soulève à bon droit que l'article 3 du chapitre III (pp. 32-34) du cahier spécial des charges n'énumère pas de conditions minimales auxquelles les variantes libres doivent également répondre, mais définit l'offre de base dont l'article 10, b, ne soumet les variantes libres qu'à l'application d'un nombre limité de prescriptions, à savoir les articles 3.2.b, c, d, f et g, et 4.2.f; que, dès lors, seules ces dernières dispositions doivent être considérées comme des conditions minimales prescrites par le cahier spécial des charges au sens

de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; qu'il n'est pas démontré que la variante de la s.a. J.C. DECAUX qui a été retenue est contraire à l'une de ces dispositions; que, plus précisément, aucune de ces dispositions ne concerne l'esthétique; que la référence que l'article 10, c, du chapitre III du cahier spécial des charges fait aux qualités esthétiques définies dans ce cahier et ses annexes vise uniquement une "équivalence"; que le moyen n'est pas sérieux;

3.5. Considérant que dès lors qu'il ressort de ce qui précède que l'une des conditions prévues à l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, n'est pas remplie, il y a lieu de rejeter la demande de suspension d'extrême urgence,

D É C I D E :

Article 1er.

La demande d'intervention dans la demande de suspension d'extrême urgence, formée par la s.a. J.C. DECAUX, est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens de la demande de suspension d'extrême urgence, liquidés à la somme de sept mille francs, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le trente novembre 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.