2010, adressé par l'appelante à l'intimée et destiné à faire application de la disposition précitée sont libellés comme suit :

« Le dossier est incomplet et ne répond pas de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé (dossier incomplet + analyse de risques trop générale et pas adaptée)

» Il s'agit de mesures particulières de sécurité (calcul détaillé du coût, des mesures et moyens de prévention)

» Il s'agit donc d'un manquement majeur » ;

Attendu qu'en vertu de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation exigée par ladite loi consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ;

Que la même disposition prévoit, en outre, que la motivation doit être adéquate ;

Attendu qu'il y a lieu d'entendre par motivation adéquate de l'acte administratif, toute motivation qui fonde raisonnablement la décision concernée (Cass., 9 mars 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 562) ;

Attendu que l'appelante reconnaît n'avoir pas motivé sa décision d'écarter l'offre de l'intimée, en se référant à un autre document ;

Qu'elle se défend d'avoir tenté de motiver cette décision *a posteriori* ;

Qu'il y a dès lors lieu de s'en tenir strictement aux motifs reproduits ci-dessus ;

Attendu que ces motifs ne contiennent aucun élément concret et précis d'appréciation permettant de savoir en quoi le dossier serait incomplet, en quoi il ne répondrait pas de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé et en quoi l'analyse de risques serait trop générale et inadaptée, et ce d'autant plus qu'il est établir que l'offre de l'intimée reprenait en annexe 7 un volumineux dossier comprenant les documents relatifs à la sécurité ;

Que cette motivation ne fonde dès lors pas raisonnablement la décision ayant consisté à considérer l'offre de l'intimée comme étant irrégulière et à écarter ladite offre en raison de son irrégularité ;

Qu'il s'agit donc d'une motivation inadéquate au sens de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 ;

Que c'est dès lors vainement que l'appelante soutient qu'elle n'avait pas « à donner les motifs de ses motifs » ;

Attendu que c'est à bon droit que le premier juge a considéré que l'appelante avait violé la loi précitée du 29 juillet 1991 ;

Que c'est dès lors également à bon droit que le premier juge a, de manière implicite mais néanmoins certaine, refusé, en vertu de l'article 159 de la Constitution, d'appliquer la décision de l'appelante d'écarter l'offre de l'intimée et que, partant, il a fait droit à la demande de cette dernière ;

Attendu qu'au vu des considérations qui précèdent, il s'impose de confirmer le jugement entrepris ;

[*Dispositif conforme aux motifs.*]

NOTE. — Cet arrêt confirme le jugement prononcé le 25 septembre 2013 par le tribunal de première instance de Charleroi, publié ci-contre. Les deux décisions sont commentées par D. Renders et K. Polet.

MARCHÉS PUBLICS
- Adjudication
- Décision d'attribution irrégulière
- Offre régulière la plus basse
- Indemnisation forfaitaire

Civ. Charleroi (2e ch.), 25 septembre 2013

Siég. : T. Delafontaine.

Plaid. : F. Gosselin et L. Maniscalo *loco* P. Bossard.

(s.a. Hullbridge Associated c. ville de Fleurus).

Il s'agit de la décision confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 12 décembre 2014, reproduit ci-avant (p. 340).

I. Les faits de la cause.

Attendu que les faits de la cause se résument comme suit :

— le 15 juin 2010, la ville de Fleurus publie aux *Bulletins des adjudications* un avis de marché n° 011554 visant des travaux de conservation et d'aménagement de l'académie de musique et des arts parlés de Fleurus ;

— le cahier spécial des charges auquel est annexé un plan de coordination sécurité-santé précise que le marché est passé par adjudication publique ;

— la s.a. Hullbridge Associated remet offre pour ce marché ;

— le 16 août 2010, à l'ouverture des offres, la demanderesse a remis l'offre la moins chère parmi les sept soumissionnaires qui ont remis l'offre, pour un montant total hors T.V.A. de 1.942.655,53 EUR ;

— le 29 septembre 2010, l'architecte P., auteur du projet pour le marché litigieux, s'adresse à la s.a. Hullbridge Associated comme suit :

« Dans le cadre de l'analyse "administrative" de votre soumission, le coordinateur sécurité et santé a constaté que votre dossier plan de sécurité et santé est incomplet et ne répond pas à ses demandes (analyse de risques trop générale et pas adaptée).

» Afin de pouvoir considérer votre offre comme régulière, vous devoir revoir votre dossier P.S.S. conformément aux demandes du coordinateur.

» Aussi, nous vous demandons de nous faire parvenir votre dossier P.S.S. modifié et/ou complété, dans un délai de douze jours ouvrables à dater de la réception de cette lettre, soit au plus tard pour le 18 octobre 2010 ».

— deux jours plus tard, l'auteur de projet s'adresse à nouveau à la s.a. Hullbridge Associated en ces termes :

« Par la présente, nous vous demandons de ne pas tenir compte du courrier qui vous a été adressé en date du 29 septembre 2010, celui-ci est nul et non avenu.

» En effet, il appartiendra au pouvoir adjudicateur de prendre la décision de la validation de votre offre, en matière de sécurité/santé, telle que remise lors de l'adjudication du 16 août 2010 » ;

— le 15 décembre 2010, la défenderesse décide d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre "régulière la plus basse", TWT Entreprises générales ;

— le 31 décembre 2010, la défenderesse informe le futur adjudicataire et les soumissionnaires évincés — dont la s.a. Hullbridge — de sa décision ; elle écrit à cette dernière :

« Votre offre a été déclarée irrégulière d'un point de vue coordination sécurité et santé.

» Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'irrégularité de votre offre, extrait de la décision d'attribution :

» Le dossier est incomplet et ne répond pas de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé (dossier incomplet + analyse de risques trop générale et pas adaptée).

» Il s'agit de mesures particulières de sécurité (calcul détaillé du coût, des mesures et moyens de prévention).

» Il s'agit donc d'un manquement majeur. » ;

— le 11 janvier 2011, la demanderesse demande à la défenderesse de détailler la motivation de la décision d'éviction en communiquant un rapport d'analyse auquel elle se réfère ;

— le 2 février 2011, la défenderesse refuse de faire droit à cette demande ;

— le 16 mars 2011, le conseil de la demanderesse s'adresse à la défenderesse pour contester sa décision d'éviction basée sur une irrégularité dans l'offre de sa cliente ; il regrette que le rapport complet d'analyse des offres et ses annexes n'aient pas été communiqués à la s.a. Hullbridge comme demandé, il relève que la décision d'attribution telle que communiquée à la s.a. Hullbridge par courrier du 31 décembre 2010 serait insuffisamment motivée et considère que les motifs d'éviction invoqués sont nébuleux et ne permettent pas de percevoir clairement la nature des griefs formulés, il considère que tous les documents requis par le cahier spécial des charges du marché ont été remis par la s.a. Hullbridge à la ville, il estime que le cahier spécial des charges de la défenderesse ne permet pas de répondre de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur de sécurité et de santé ;

— le 13 avril 2011, le conseil de la demanderesse réinterpelle le défenderesse ;

— le 21 avril 2011, le conseil de la défenderesse intervient pour préciser qu'il étudie le dossier et reviendra de façon circonstanciée sur ce dernier, ce qu'il fait par un courrier du 30 juin 2011 libellé comme suit :

« § 1er. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique : (...)

this jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

» 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée.

» L'entièreté de la décision d'attribution ne doit donc pas être communiquée au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière. Seul l'extrait de la décision portant sur l'irrégularité doit figurer dans le courrier d'information.

» Or l'extrait transmis reprend bien les motifs de l'écartement de l'offre de votre cliente, ceux-ci étant fidèlement repris du rapport négatif du coordinateur sécurité et santé (C.S.S.) :

» "Le dossier est incomplet et ne répond pas de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé (dossier incomplet/analyse de risques trop générales et pas adaptée). Il s'agit de mesures particulières de sécurité (calcul détaillé du coût, des mesures et moyens de prévention). Il s'agit donc d'un manquement majeur".

» 2. L'offre remise par la s.a. Hullbridge Associated ne comportait pas le document prévu à l'article 30, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, ou celui-ci était trop général et inadapté. Il s'agit d'un document qui réfère au plan de sécurité et de santé (P.S.S.) et dans lequel le soumissionnaire décrit la manière dont il exécutera l'ouvrage pour tenir compte de ce P.S.S.

» Or l'article 90 du cahier spécial des charges (C.S.Ch.) évoque expressément l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et stipule (pages 17 et 18) que ce document doit être joint à l'offre des soumissionnaires, sous peine de nullité absolue de celle-ci.

3. La circulaire du 18 décembre 2007 (et non du 27 décembre, date de sa publication), citée dans vos courriers, rappelle qu'il revient au C.S.S. de conseiller le pouvoir adjudicateur sur la conformité du document joint à l'offre. Si l'avis du C.S.S. n'est pas contraignant pour le pouvoir adjudicateur, ce dernier doit toutefois motiver sa décision d'attribution plus avant s'il décidé de s'en écarter.

» En l'espèce, le pouvoir adjudicateur se conforme à l'avis du C.S.S., qui suffit donc à motiver la décision d'attribution.

» La circulaire précise encore, outre le fait que ce document soit rendu obligatoire par le C.S.Ch., que lorsque le C.S.S. considère que le document est manquant ou incomplet sur des points qu'il considère comme essentiels, l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

» 4. En ce qu'elle reprend les motifs d'écartement du C.S.S., la décision d'adjudication est motivée de manière adéquate au regard de la loi du 29 juillet 1991, et communiquée conformément à la législation relative aux marchés publics.

» 5. Vous faites ensuite grief à ma cliente d'avoir édité un C.S.Ch. incomplet en ce qu'il ne reprenait pas de listes indicatives des travaux ou parties de travaux pour lesquels les soumissionnaires doivent préciser la manière dont ils les exécuteront.

» Il faut d'abord préciser que ces listes ne sont nullement obligatoires. La circulaire à laquelle vous faites référence est très précisément rédigée comme suit :

» Il est *conseillé* en vue de faciliter pour les soumissionnaires les tâches relatives à l'élaboration des documents visés et d'obtenir de leur part des renseignements utiles et précis, de faire en sorte que le coordinateur-projet fournisse les listes suivantes... (nous soulignons).

» Je vous renvoie pour le surplus au point 5 "analyse des risques" du plan de sécurité et de santé qui reprend, précisément sous forme de listes, les risques à prendre particulièrement en compte, photos à l'appui le cas échéant.

6. Rappelons que le C.S.Ch. exige, sous peine de nullité absolue des offres, que celles-ci reprennent les deux documents repris aux termes de l'article 30, alinéa 2, 1° et 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, à savoir :

» Un document qui réfère au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé ;

» Un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

» S'il n'est pas contesté que le calcul de prix figure bien dans l'offre de la s.a. Hullbridge Associated, le premier des documents n'a pu être retrouvé par le C.S.S. dans l'offre, ou s'y trouve de manière incomplète.

» Ainsi que l'indiquent le C.S.Ch. et l'article 30, ce document doit répondre aux contingences du chantier relevées dans le P.S.S. Il s'agit donc de mesures particulières, dans le sens où elles sont propres au chantier auquel elles s'appliquent.

» Il convient de faire la distinction entre ce document reprenant les mesures de sécurité et santé particulières à un chantier défini, et les plans particuliers de sécurité et de santé de ce même chantier. Les premières sont exigées aux termes de l'article 30, dès la remise des offres tandis que les seconds sont dressés par l'adjudicataire et ses sous-traitants.

» Les premières sont générales dès lors qu'elles portent sur l'ensemble du chantier, mais sont particulières dans le sens où elles sont propres au chantier en question. Les secondes sont particulières dans la mesure où elles s'appliquent à des parties bien précises du chantier, sous la responsabilité des différents entrepreneurs qui y travaillent.

» 7. L'offre remise par la s.a. Hullbridge Associated ne reprend que des mesures très générales, aucunement adaptées au chantier de l'espèce. Aucune réponse n'est spécifiquement apportée aux risques relevés par le P.S.S.

» Tout au plus, le document titré "analyse particulière des risques" reprend-t-il des caractéristiques et modes de travail généraux de l'entreprise, nullement adaptée aux risques du chantier.

» On y retrouve ainsi des descriptions des équipements de protection individuelle, des procédures d'urgence de l'entreprise, les méthodes de sécurité pour l'utilisation du matériel à main, etc. Par contre, aucune proposition de sécurité n'est apportée aux risques de passage de charroi dans le parking de l'académie, de l'aménagement de la voie d'accès en tenant compte de la spécificité des activités exercées sur le site ou encore sur le traitement des matériaux comportant de l'amiante, par exemple. Or, ces spécificités du chantier figurent bien dans le P.S.S. auquel il est demandé de répondre, sans pour autant devoir dresser de plans particuliers de sécurité et santé.

» 8. Dans ces circonstances, le C.S.S. ne pouvait raisonnablement trouver satisfaction dans la description de la manière dont la s.a. Hullbridge Associated entendait exécuter l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé et a donc très logiquement émis un avis négatif sur son offre.

» Ainsi qu'il a été expliqué ci-avant, l'absence de ce document ou son caractère incomplet constitue un manquement majeur qui entache l'offre d'une irrégularité substantielle.

» 9. Précisons encore que la décision d'attribution a été soumise à la tutelle générale de la Région wallonne le 30 décembre 2010, conformément aux articles L3'122-1 à 6 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

» Par courrier du 31 janvier 2011, la Région wallonne déclare n'avoir aucune mesure de tutelle à prendre à l'égard de cette décision et que celle-ci est dès lors devenue pleinement exécutoire. Aucune illégalité n'a donc été décelée par l'autorité de tutelle, ce qui est déjà un gage de bonne régularité de l'acte.

» 10. Quant à vos remarques portant sur le courrier du 9 septembre 2010 invitant votre cliente à revoir son dossier P.S.S. conformément aux demandes du coordinateur, il est évident que celui-ci relève d'une erreur d'appréciation de la part de l'auteur de projet.

» Les offres devaient être déposées pour le 16 août 2010. Il est clair, conformément à l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'aucune modification ne peut être apportée après l'ouverture des offres à cette date. Tout au plus arrive-t-il que le pouvoir adjudicataire demande certaines explications sur un document ou en corrige des erreurs matérielles manifestes.

» En l'espèce, si l'auteur de projet avait maintenu sa demande à la s.a. Hullbridge Associated de revoir, donc compléter son dossier, il aurait commis une infraction flagrante à la législation sur les marchés publics.

» C'est pourquoi il ne peut être fait grief à l'auteur de projet de s'être corrigé dès le 12 octobre 2010 par un courrier demandant à votre cliente de ne pas tenir compte de l'envoi du 9 septembre.

» 11. Eu égard à tous les éléments évoqués, ci-avant, je ne vois raisonnablement pas comment la décision d'attribution prise par ma cliente pourrait encore être déclarée irrégulière.

» Elle ne pourrait en tout état de cause plus être retirée.

» Pour le surplus, je vous rappelle que quiconque subit un dommage a pour obligation de tout faire pour limiter celui-ci. Dès lors qu'aucun recours en annulation de l'acte critiqué n'a été porté devant le Conseil d'État en temps utile et que le premier courrier de contestation a été envoyé après que cet acte soit devenu pleinement exécutoire, si bien que ma cliente n'aurait pu revenir sur sa décision, il ne peut être considéré que la s.a. Hullbridge Associated ait ne fut-ce que tenté de limiter son dommage.

this jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

La législation sur les marchés publics prévoit un délai de *standstill* durant lequel l'exécution du contrat est suspendue. Ceci est expressément mis en place afin que les soumissionnaires évincés puissent exercer un recours utile leur permettant d'éventuellement encore se voir attribuer le marché.

» Un recours judiciaire aussi tardif contre la décision d'attribution ne pourra en aucune manière permettre votre cliente de se voir désigner adjudicataire pour le marché en cause. Il devra donc s'analyser comme purement opportuniste, si bien que le forfait indemnitaire de 10 % du montant de l'offre prévu par l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 sera certainement jugé abusif et, sur la base de l'article 1151 du Code civil, réduit par le juge à un dommage réel presqu'inexistant.

» Si la s.a. Hullbridge Associated s'obstinait donc dans son intention de porter la cause devant les tribunaux, elle s'exposerait incontestablement, ainsi que ma cliente dans une moindre mesure, à des frais de justice importants et, comme vous le faites remarquer, à une publicité dommageable dans le cadre des marchés publics.

» C'est pourquoi je vous demande de reconsidérer avec votre cliente son intention de mener des actions judiciaires préjudiciables pour toutes les parties et qui ne déboucheraient certainement pas sur une issue qui lui soit favorable. » ;

— par courrier du 9 décembre 2011, le conseil de la s.a. Hullbridge demande au conseil de la ville de Fleurus de lui transmettre le document visé à l'article 30, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, au moyen duquel l'adjudicataire retenu au détriment de la s.a. Hullbridge décrivait la manière dont il allait exécuter l'ouvrage tout en tenant compte du plan de sécurité et de santé ;

— un rappel est adressé au conseil de la ville le 20 janvier 2012 ;

— par courrier du 20 janvier 2012, le conseil de la défenderesse communique au conseil de la s.a. Hullbridge la copie du dossier sécurité de l'offre retenue ;

— par courrier du 26 avril 2012, le conseil de la ville demande au conseil de la s.a. Hullbridge de lui indiquer les intentions de sa cliente ;

— par courrier du 16 août 2012, le conseil de la s.a. Hullbridge confirme au conseil de la défenderesse en tous points le contenu de sa mise en demeure du 16 mars 2011 en précisant :

« Je reviens à mon courrier du 18 juin dernier.

» Après vérification de la législation et analyse de la doctrine et de la jurisprudence, je vous confirme en tous points le contenu de la mise en demeure du 16 mars 2011 que j'avais adressée à votre cliente.

» Dans la mesure où il apparaît que le marché a été attribué à un concurrent sur la base de critères qui n'étaient pas expressément repris et en tous cas pas de façon assez précise dans le cahier spécial des charges, l'éviction de ma cliente s'avère irrégulière alors qu'elle était classée moins-disante.

» Outre que la motivation de la décision d'éviction s'avère inadéquate, elle repose assurément sur une erreur manifeste d'appréciation dans la mesure où le dossier de ma cliente était parfaitement complet au regard des spécifications du marché et des critères d'attribution.

» Je me permets d'ajouter que l'éviction de ma cliente pour les seuls motifs liés à des prétendues lacunes en matière de sécurité s'avère surprenante dès lors que ma cliente est passée depuis 2008 d'un niveau de fréquence d'accident "moyen/important" à un niveau de fréquence d'accident "inexistant" en 2010, ceci grâce à la politique d'entreprise en matière de sécurité et aux investissements réalisés par ma cliente en la matière (formations, réunions fréquentes avec les autorités publiques en matière de sécurité...), ce qui pourra être démontré par les statistiques "accident" communiquées à la fois par la compagnie d'assurance mais aussi par les félicitations que ma cliente a reçu de la CMAC.

» Cette politique de sécurité a pour conséquence sur sur Charleroi ma cliente est classée à ce jour parmi les meilleures entreprises en matière de gestion de la sécurité et d'accident du travail.

» Dès le moment où c'est pour un motif irrégulier qu'elle a été écartée du marché litigieux, je maintiens donc la demande d'indemnisation forfaitaire formulée dans la mise en demeure précitée.

» Je dois vous préciser qu'à défaut de réponse favorable de votre part pour le 15 septembre, j'ai reçu pour instruction de lancer citation, ce qui sera fait sans autre retard ni rappel de ma part.

» Je me permets à ce propos de vos rappeler que contrairement à ce que vous indiquez dans votre courrier du 30 juin 2011, l'allocation de l'indemnité forfaitaire de 10 % n'est nullement subordonnée à l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'État.

» Je vous prie de croire, mon cher confrère, en l'assurance de mes sentiments bien dévoués » ;

— le 4 octobre 2012, la demanderesse lance citation.

II. Objet et recevabilité de la demande.

Attendu que la demande de la s.a. Hullbridge Associated tend à entendre condamner la ville de Fleurus à lui payer, sur la base de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, une indemnité de 214.445 EUR correspondant à l'indemnisation forfaitaire de 10 % pour éviction irrégulière, outre les intérêts de retard sur cette somme calculées conformément à la législation sur les marchés publics, ainsi que les intérêts judiciaires et les entiers dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

Que cette demande, régulière en la forme, est recevable.

III. Discussion.

Attendu que la demanderesse fonde son action sur l'article 15 loi du 24 décembre 1993, estimant que la décision du collège communal de l'évincer, prise en décembre 2010, serait irrégulière en raison de l'absence de motivation formelle et de motivation interne, et parce qu'elle serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

Que, pour rappel, cette décision est motivée comme suit :

« Votre offre a été déclarée irrégulière d'un point de vue coordination sécurité et santé.

» Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'irrégularité de votre offre, extrait de la décision d'attribution :

» Le dossier est incomplet et ne répond pas de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé (dossier incomplet + analyse de risques trop générale et pas adaptée).

» Il s'agit de mesures particulières de sécurité (calcul détaillé du coût, des mesures et moyens de prévention).

» Il s'agit donc d'un manquement majeur ».

Attendu que l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, sur la base duquel la défenderesse a notifié, par courrier du 31 décembre 2010, sa décision de l'évincer du marché litigieux, est libellé comme suit :

« § 1er. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

» 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée ».

Qu'en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, toute décision administrative doit être motivée.

Que l'article 3 de cette loi est rédigé en ces termes : « La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ».

Attendu que la motivation formelle de l'acte administratif est adéquate lorsqu'elle est pertinente, précise, concrète, claire et suffisante.

Que la décision d'éviction d'un soumissionnaire, dans le cadre d'un marché public, doit être de nature à permettre au soumissionnaire évincé de comprendre, en droit et en fait, les raisons de cette éviction.

Qu'en l'espèce, la décision d'éviction notifiée à la demanderesse par la défenderesse repose sur le seul motif de l'irrégularité de son offre relativement à la coordination sécurité et santé, en ce que son dossier serait « incomplet » et ne répondrait pas « de manière satisfaisante aux demandes du coordinateur sécurité et santé ».

Que la demanderesse aurait aussi produit une « analyse de risque trop générale et pas adaptée ».

Que la décision d'éviction précise en outre « il s'agit d'une mesure particulière de sécurité (calcul détaillé du coût, des mesures et moyens de prévention), il s'agit d'un manquement majeur ».

Que la défenderesse, dans sa décision d'éviction, fait clairement référence aux demandes du coordinateur sécurité et santé.

this jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Qu'une motivation par référence à un avis ou à une proposition est admise, sous réserve du respect de trois conditions :

— il faut que le document auquel se réfère l'acte administratif soit lui-même pourvu d'une motivation adéquate ;

— le contenu du document auquel il est fait référence doit être connu du destinataire de l'acte administratif ;

— il doit apparaître sans conteste et sans ambiguïté que l'auteur de l'acte administratif, exerçant son pouvoir d'appréciation, a fait sienne la position adoptée dans le document de référence.

Que, comme le rappelle la demanderesse, la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'adjudicataire ou écarte un candidat n'est pas correctement motivée si cette décision n'indique pas pourquoi, en adjudication, le marché n'a pas été attribué comme en l'espèce à l'offre la moins chère, en se contentant de faire référence à un rapport préalable dont le contenu n'est pas repris et qui n'est pas joint en annexe à la décision.

Attendu que la décision d'éviction contenue dans le courrier de la défenderesse du 31 décembre 2010 ne précise en aucune manière pourquoi l'offre de la demanderesse serait irrégulière au niveau de la coordination sécurité et santé ni en quoi son dossier serait incomplet ou ne correspondrait pas aux demandes du coordinateur sécurité et santé.

Qu'elle ne précise davantage pourquoi son analyse de risques serait trop générale et pas adaptée.

Que le rapport du coordinateur sécurité et santé n'y est pas joint.

Que cette décision ne peut donc permettre à la demanderesse de comprendre les raisons de son éviction, alors que son offre était la moins-disante.

Que la décision litigieuse viole dès lors la loi du 29 juillet 1991.

Que le défaut de motivation formelle de l'acte administratif ne peut être corrigé, *a posteriori*, par l'autorité administrative.

Que l'éviction de la demanderesse est irrégulière.

Que la demande est fondée.

Que l'indemnité de procédure de base est toutefois fixée à 7.700 EUR.

Qu'il n'y a en outre pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement.

[*Dispositif conforme aux motifs.*]

Observations

Marché public attribué par adjudication : l'illégalité est source de réparation forfaitaire sans qu'une faute, un dommage et un lien causal aient à être démontrés

1. Le pouvoir adjudicateur peut, chacun le sait, attribuer un marché public par divers modes de passation[1].

L'un des modes consacrés par la loi est celui de l'adjudication. Le marché public passé selon ce mode doit être attribué au soumissionnaire le « moins-disant » : celui qui a remis l'offre régulière la plus basse. Tel est le sens de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services »[2].

2. Pour qu'elle soit régulière, l'offre est tenue de respecter les exigences de forme et de fond : celles consacrées par la législation et la réglementation applicables, mais aussi celles imposées par le cahier spécial des charges, qui comprend l'ensemble des prescriptions que le pouvoir adjudicateur a édictées pour l'attribution et l'exécution du marché.

Pour que l'offre soit la plus basse, il s'impose, par ailleurs, de tenir compte, non seulement des prix offerts par le soumissionnaire qui conteste, mais encore « des autres éléments chiffrables qui viendront, de manière certaine, augmenter ses débours »[3].

L'exemple classiquement avancé en la matière est celui de la taxe sur la valeur ajoutée[4], mais ce n'est, tant s'en faut, pas le seul[5].

3. Suivant les termes de la loi, la remise de l'offre régulière la plus basse fait naître, dans le chef du soumissionnaire le « moins-disant », un droit subjectif à l'obtention du marché, « sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10 % du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée de cette offre »[6].

L'indemnité forfaitaire de 10 % n'est toutefois due que si le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché public en cause : l'on sait, en effet, que, procédant d'une compétence discrétionnaire, le marché ne doit pas être attribué si le pouvoir adjudicateur le décide[7] et est en mesure de justifier cette attitude de manière régulière[8].

4. Les décisions annotées sont relatives à l'attribution d'un marché public de travaux par adjudication.

L'attribution est, en l'espèce, intervenue sous l'empire de la loi antérieure à celle désormais applicable. Mais, s'agissant du point de droit sous examen, la loi d'hier est identique à celle d'aujourd'hui[9].

(1) Pour une présentation sommaire des différents modes de passation de marchés publics, voy. notamment D. Renders, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 422-428.
(2) *M.B.*, 15 février 2007.
(3) Article 24, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006.
(4) Voy. notamment, à cet égard, G. Dereau, « L'attribution », *in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique - De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 562, n° 833. L'on précise cependant que « (...) lorsque, pour diverses raisons, le montant de la T.V.A. n'est pas connu de manière certaine, celle-ci ne peut pas être considérée comme un élément chiffrable » (P. Thiel, *Mémento marchés publics et P.P.P. 2015*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 661, n° 583 et la jurisprudence citée).
(5) Voy., à cet égard, les multiples exemples proposés par M.-A. Flamme, P. Matheï, P. Flamme, A. Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1A, 6e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, pp. 248-250.
(6) Article 24, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006. Au sujet des considérations qui ont conduit à cette disposition, voy. notamment les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 4 mars 1963 « relative aux marchés passés au nom de l'État » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1961-1962, n° 364, pp. 11-14) et les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 14 juillet 1976 « relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1975-1976, n° 723/1, pp. 19-21). L'on note que, sous l'empire de la loi du 4 mars 1963, les juridictions judiciaires allouaient des dommages et intérêts au soumissionnaire évincé qui avait proposé l'offre régulière la plus basse, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Le législateur a toutefois estimé que les indemnités allouées étaient souvent excessives. C'est la raison pour laquelle il a instauré, par le biais de l'article 12, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976, un mécanisme d'indemnisation forfaitaire de 10% du montant de l'offre qui, bien que régulière et la plus basse, a été écartée (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1975-1976, n° 723/1, p. 19 ; voy. également M.-A. Flamme, P. Matheï, P. Flamme, A. Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 261 et s. ; C. De Koninck, « De toepassing van de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10% bij een aanbestedingsprocedure wanneer het werkelijke bedrag van de (bestellings)opdracht niet vaststaat », obs. sous Cass., 29 septembre 2005, *C.D.P.K.*, 2006/2, pp. 417-418 ; P. Horemans, *L'indemnisation en droit des marchés publics*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 135-137).
(7) Voy. l'article 35 de la loi du 15 juin 2006.
(8) Sur les exigences de motivation formelle relatives à la décision de renoncer à attribuer le marché, voy., pour les marchés atteignant les seuils européens, les articles 4, 9°, et 5, 10°, de la loi du 17 juin 2013 « relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (*M.B.*, 21 juin 2013). Pour les marchés n'atteignant pas les seuils européens, voy. l'article 29, §§ 1er, 2, 3°, et 3, de la même loi. Pour un exposé général sur la motivation formelle en droit des marchés publics, voy. M. Maerevoet, *La motivation formelle des actes administratifs en matière de marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2011, 216 pp. ; également P.-O. Debroux, « Les marchés publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs », *in* P. Jadoul et S. van Drooghenbroeck (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 219-266. L'on souligne que si le pouvoir adjudicateur décide irrégulièrement de ne pas attribuer le marché public, puis de le relancer et d'attribuer ce dernier, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse dans le cadre de la première procédure doit pouvoir obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices subis en vertu, non plus de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006, mais des articles 1382 et suivants du Code civil (voy., en ce sens, Cass., 13 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1359 ; également Anvers, 23 février 2010, *NjW*, 2010, p. 790 et obs. J. Goossens, « Schadevergoeding bij overheidsopdrachten » ; Mons, 27 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1869-1870).
(9) Comp. l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 et 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 » (*M.B.*, 22 janvier 1994 ; à propos de l'article 15, voy. C. const., 10 novembre 2011, n° 173/2011 et obs. M. Vastmans, « L'indemnisation due au soumissionnaire évincé selon le mode d'attribution : réelle discrimination ou fausse analogie ? », *A.P.T.*, 2012, pp. 135-138). Les travaux préparatoires à l'adoption de la

this jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Les juridictions de fond successivement saisies de l'affaire ont, toutes deux, tranché celle-ci de la même manière : elles ont observé qu'un défaut de motivation formelle entachait la décision d'attribution litigieuse et ont, par ailleurs, constaté — implicitement, mais certainement — que le soumissionnaire évincé qui contestait la décision en justice avait déposé l'offre régulière la plus basse.

C'est dans ce contexte qu'elles concluent, l'une et l'autre, à la condamnation du pouvoir adjudicateur au paiement de l'indemnité forfaitaire de 10 %, augmentée des intérêts[10].

5. Les décisions ainsi rendues s'inscrivent dans la lignée d'une jurisprudence constante[11] — indirectement confirmée par un récent arrêt de la Cour de cassation[12] — dont on ne peut, avec d'autres[13], que partager l'enseignement.

C'est aussi l'occasion de souligner la simplicité et l'efficacité du mécanisme de réparation mis en œuvre par la loi sur les marchés publics, en cas de procédure d'attribution passée par adjudication. Dès lors, en effet, qu'une irrégularité est constatée, les 10 % précités sont dus au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

Ce dernier peut ainsi se garder d'avoir à livrer deux batailles délicates.

6. Le mécanisme en cause permet d'abord d'éviter d'avoir à s'interroger sur le point de savoir si toute illégalité est une faute, ce qui, hélas, est discuté tant en jurisprudence qu'en doctrine[14]. En cela, la loi sur les marchés publics se rapproche de l'article 11*bis*, nouveau, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »[15].

Aux termes de cette disposition, il est — on le sait — désormais possible de solliciter du juge administratif lui-même qu'il condamne l'autorité publique à verser une « indemnité réparatrice » compensant le dommage subi des suites de l'illégalité d'un acte administratif unilatéral dûment constatée par le Conseil d'État et dont la décision de ce dernier ne suffirait pas à réparer totalement le préjudice subi[16].

7. Mais le procédé permet aussi d'éviter un autre débat non moins épineux. L'on a déjà écrit que, dans le contentieux de la responsabilité civile extracontractuelle du fait d'administrer, la nature de l'irrégularité commise par l'autorité publique est susceptible de jouer un rôle majeur dans la détermination du lien causal.

En substance, si l'irrégularité qui entache l'acte administratif est de pure forme — par exemple, une insuffisance dans la motivation formelle de l'acte — il ne pourra être établi que, sans cette irrégularité, l'autorité aurait posé un acte administratif de contenu différent. En conséquence, la victime du dommage ne pourra démontrer l'existence d'un lien causal qu'en recourant au concept de la « perte de chance » éventuellement encourue. Elle sera ainsi contrainte d'établir que, si l'autorité n'avait pas adopté l'acte entaché d'irrégularité, il y a des chances — combien? — que celle-ci aurait pris un acte dont le contenu aurait été conforme aux espérances de la victime.

Si, en revanche, l'irrégularité qui entache l'acte administratif est de fond — par exemple, le non-respect des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination — il se pourrait, sans doute plus aisément — même si pas toujours — que, sans cette irrégularité, l'autorité aurait posé un acte administratif de contenu différent. En conséquence, la victime du dommage pourrait être en position de démontrer un lien causal entre l'illégalité commise et le dommage occasionné[17].

8. En se reportant aux circonstances de fait dans lesquelles les décisions commentées interviennent, l'on mesure qu'en l'absence du mécanisme d'indemnisation consacré à l'article 24 de la loi sur les marchés publics, le combat judiciaire aurait pu conduire à des discussions plus âpres pour un résultat plus incertain.

Le mécanisme de réparation forfaitaire ainsi décrit n'est toutefois de mise qu'en cas de procédure de passation par adjudication, où le prix constitue le seul critère d'attribution.

Dans le but d'améliorer la qualité générale des offres retenues, l'on note que la récente directive européenne du 26 février 2014 — dont la transposition doit être assurée pour le 18 avril 2016 — encourage précisément les législateurs nationaux à proscrire ou, tout au moins, à limiter le recours à ce mode de passation[18].

Un mode de réparation aisé en voie de disparition?

David RENDERS
Professeur à l'U.C.L.
Avocat au barreau de Bruxelles
Kevin POLET
Assistant à l'U.C.L.
Avocat au barreau de Bruxelles

loi du 15 juin 2006 confirment que l'article 24 « reprend l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, tel que déjà complété par une référence à la Convention civile sur la corruption, faites à Strasbourg le 4 novembre 1999, et ce par l'article 396 de la loi du 22 décembre 2003 » (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2005-2006, n° 51-2237/001, p. 39).

(10) L'indemnisation forfaitaire de 10 % est une obligation de somme au sens de l'article 1153 du Code civil, en sorte qu'une mise en demeure s'avère être nécessaire pour faire courir les intérêts (Cass., 15 décembre 1994, www.cass.be, *Arr. Cass.*, 1994, p. 1194 ; Cass., 12 février 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 220 ; Bruxelles, 26 juin 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 358 ; Cass., 24 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 326-327 et obs. W. Abbeloos).

(11) Voy. notamment Bruxelles, 19 avril 2005, inédit, extrait cité *in* Cass., 23 février 2007, www.cass.be, *Arr. Cass.*, 2007, p. 454 qui confirme le raisonnement tenu par la cour d'appel de Bruxelles. La cour d'appel juge que l'indemnité forfaitaire doit être automatiquement octroyée au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, « sans qu'une quelconque preuve supplémentaire du dommage subi par l'offrant non retenu et du lien causal entre la passation fautive et le dommage précité puisse être exigée » ; également Civ. Bruxelles, 16 mai 1989, *Entr. et dr.*, 1991, pp. 135-138 et note ; Cass., 29 septembre 2005, *C.D.P.K.*, 2006, pp. 416-417 et note C. De Koninck, « De toepassing van de forfaitaire schadevergoedingsregel van 10 % bij een aanbestedingsprocedure wanneer het werkelijke bedrag van de (bestellings)opdracht niet vaststaat » ; Cass., 24 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 326-329 et obs. W. Abbeloos ; Civ. Huy, 6 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 516 et les réf. citées.

(12) Voy. Cass., 13 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1359.

(13) Voy. notamment M.-A. Flamme, P. Mathieï, P. Flamme, A. Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, p. 260.

(14) Voy. notamment, à cet égard, D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 506-510 et les réf. citées. En droit des marchés publics, voy. A. Pirson, « L'unicité des concepts d'illégalité et de faute dans le droit des marchés publics : le point de vue de la Cour de justice et ses incidences en droit interne », obs. sous C.J.U.E., 30 septembre 2010, *Rev. Fac. dr. Ulg.*, 2014, pp. 543 et s. ; également Civ. Huy, 6 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 516-517 et Mons, 29 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1853 et s.

(15) L'on observe, avec intérêt, qu'à l'occasion des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 4 mars 1963, la section de législation du Conseil d'État avait émis l'idée que la section du contentieux administratif se voit reconnaître une compétence de pleine juridiction pour allouer une indemnité consécutivement au prononcé d'un arrêt d'annulation (avis de la section de législation du Conseil d'État du 19 mars 1962, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1961-1962, n° 364, pp. 46 et s.). Le législateur n'y a pas donné suite, estimant que l'élaboration d'une législation particulière ne permettait pas de modifier des lois générales de compétence (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1961-1962, n° 364, p. 13).

(16) Voy. notamment, à cet égard, D. Renders, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 532-540 ; H. Bocken, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht ? - De wijziging van artikel 144 Grondwet en de bevoegheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen », *T.O.O.*, 2013, pp. 428-438 ; S. Lust, « Schadevergoeding weldra ook mogelijk voor de Raad van State ? », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 1214-1216 ; C. Mathieu, « De nieuwe bevoegheid van de Raad van State : de schadevergoeding tot herstel — Vraag naar de implementeringswijze, doeltreffendheid en noodzaak », *Jura. Falc.*, 2013-2014, pp. 71-111 ; F. Glansdorff, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474-479 ; J. Sohier, *Manuel des procédures devant le Conseil d'État*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 156-158 ; J. Dujardin, M. Van Damme, J. Vande Lanotte et A. Mast, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 20e éd., Malines, Kluwer, 2014, pp. 1341-1343 ; S. Boullart et N. Vermeire, « Schadevergoeding tot herstel bij de Raad van State », *R.A.B.G.*, 2014, pp. 1440-1442 ; E. Brewaeys, « Raad van State - Procesrechtelijke vernieuwingen - Deel 2 », *NjW*, 2014, pp. 486-492.

(17) Voy. D. Renders, T. Bombois, B. Gors, C. Thiebaut et L. Vansnick, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 199-200.

(18) Voy. notamment le considérant 90 du préambule et l'article 67, § 2, *in fine*, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2004 « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *J.O.U.E.*, 28 mars 2014.

this jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques