

Agréation (lots regroupés)

Appel d'offres général — Scission fictive du marché en neuf lots — But évident de diminuer les exigences en matière d'agrégation — Attribution limitée à sept des neuf lots au soumissionnaire moins-disant pour l'ensemble des neuf lots (hors entretien) mais ne possédant pas l'agrégation dans la classe financière requise par l'importance des lots regroupés — Irrégularité substantielle de l'offre retenue — Absence de motivation formelle des décisions d'exclure de l'attribution de sept lots les postes relatifs à l'entretien et de différer l'attribution de deux lots.

SOMMAIRE

Il y a lieu, pour déterminer la classe d'agrégation financière requise, de prendre en compte l'importance réelle du marché, c'est-à-dire l'ensemble des lots attribués au même entrepreneur.

Il en résulte qu'au regard de l'agrégation la présomption que chaque lot constitue un marché distinct peut être renversée lorsque comme en l'espèce, la scission du marché en lots apparaît fictive parce qu'opérée à l'évidence dans le but de diminuer les exigences résultant de la réglementation de l'agrégation, laquelle est d'ordre public.

Doit donc être annulée l'attribution de 7 des 9 lots que comportait le marché à un soumissionnaire ne possédant pas l'agrégation dans la classe financière requise pour l'ensemble des lots regroupés.

Doivent également être annulées, pour absence de motivation formelle, les décisions d'exclure de l'attribution les postes relatifs à l'entretien ainsi que les lots 2 et 6.

CONSEIL D'ETAT, n° 54.046, 28 juin 1995, S.A. Arbel c/ Belgacom.

— Président : Mr. Closset.

— Conseillers d'Etat : Mrs. Leroy et Hanse.

— Plaid. : Maîtres Cahen, loco Maussion et Regout.

Erkenning (gegroepeerde percelen)

Algemene offerte-aanvraag — Kunstmatige splitsing van de opdracht in negen percelen — Duidelijk met de bedoeling de vereisten inzake erkenning te verminderen — Toewijzing van zeven percelen aan de laagste bieder voor het geheel van de negen percelen (zonder het onderhoud) — De laagste bieder heeft nochtans niet de erkenning in de financiële klasse die

voor de omvang van de gegroepeerde percelen vereist is — Substantiële onregelmatigheid van de gekozen offerte — Geen formele motivering van de beslissingen om de posten betreffende het onderhoud niet in de gunning van de zeven percelen op te nemen en om de gunning van twee percelen uit te stellen.

SAMENVATTING

Om de vereiste financiële erkenningsklasse te bepalen, moet rekening worden gehouden met de werkelijke omvang van de opdracht, zijnde het geheel van de aan dezelfde aannemer gegunde percelen.

Hieruit vloeit voort dat, op het gebied van de erkenning, het vermoeden dat elk perceel een afzonderlijke opdracht uitmaakt kan weerlegd worden wanneer blijkt, zoals in casu, dat de opsplitsing van de opdracht in percelen kunstmatig is omdat ze duidelijk tot doel had de vereisten van de erkenningsreglementering, die van openbare orde is, te verminderen.

De gunning van zeven van de negen percelen die de opdracht omvatte, aan een inschrijver zonder de erkenning in de vereiste financiële klasse voor het geheel der gegroepeerde percelen, wordt vernietigd.

Omdat zij niet formeel gemotiveerd zijn, moeten de beslissingen om de posten betreffende het onderhoud en de percelen 2 en 6 niet in de gunning op te nemen, tevens worden vernietigd.

RAAD VAN STATE, nr. 54.046, 28 juni 1995, inzake N.V. Arbel t/ Belgacom.

— Voorzitter: de Heer Closset.

— Staatsraden: de Heren Leroy en Hanse.

— Pl.: Meesters Cahen loco Maussion en Regout.

*

* *

« (...) »

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête se présentent comme suit:

1. Le 27 janvier 1992, la Régie des Télégraphes et des Téléphones (devenue entre-temps Belgacom), circonscription de Verviers, décide de procéder à un appel d'offres général pour l'entreprise, comprenant 9 lots, de fourniture et d'installation d'une plaine de jeux sur le site du Centre de vacances de Colonheid à Fraipont.

Selon le Cahier spécial des charges n° 7101657 régissant ce marché, "l'autorité compétente choisira l'offre régulière jugée la plus intéressante en fonction des critères d'attribution ci-après :

1. Valeur technique;
2. Eventuelles suggestions;
3. Montant de l'offre;
4. Garanties professionnelles et financières".

2. Le 4 mars 1992, lors de l'ouverture des offres, quatre firmes soumissionnent, dont trois - la S.P.R.L. Dubois, la S.A. Sogepiant et la requérante - pour l'ensemble des

9 lots et une - la S.A. Latour - pour les lots 5, 6, 7, 8 et 9.

3. Le 12 mars 1992, les soumissions de la S.P.R.L. Dubois et de la requérante font chacune l'objet d'un examen technique.

Pour ce qui concerne la soumission de la requérante, l'examen technique aboutit à la conclusion suivante :

"Dans son état actuel, cette soumission est loin de correspondre au C.S.C. De plus, le lot 2 est sujet à restriction. Des renseignements complémentaires sont obligatoires afin de mieux juger de la valeur exacte de la soumission".

Quant à l'offre de la S.P.R.L. Dubois, les services de la partie adverse estiment que :

"Dans son état actuel cette soumission est la plus conforme au C.S.C. Cependant, le lot 2 est sujet à une restriction. La modification des clauses de garantie peuvent être considérées (sic) comme étant un plus pour les jeux concernés. Les renseignements complémentaires permettront d'affiner le jugement sur la valeur de la soumission".

Les services de la partie adverse établissent également un tableau comparatif des montants des offres et de leurs variantes de même qu'un rapport motivé aux termes duquel il est proposé "de confier les travaux à l'entreprise Dubois".

4. Le 16 mars 1992, à l'invitation de la partie adverse semble-t-il, la S.P.R.L. Dubois lui communique un certain nombre de renseignements portant essentiellement sur les prix pour l'entretien et sur les lots.

5. Le 25 mars 1992, les services de la circonscription de Verviers de la partie adverse établissent une note interne.

6. Sur la base de cette note interne, le

service des bâtiments de la partie adverse émet, le 26 mars 1992, la proposition suivante :

"Je vous propose donc d'approuver sur le numéro de programmation 00010160 (aménagement plaine de jeux):

- les offres de la firme Dubois pour les lots 1, 3, 4, 5, 7, 8 et 9 à l'exception des postes pour l'entretien (voir annexe 3) soit pour des montants respectifs de 1.993.985 BEF, 349.120 BEF, 368.890 BEF, 1.499.500 BEF, 346.050 BEF, 340.200 BEF, 803.100 BEF;
- la variante pour la dissimulation des murs existants des bacs à sable par des billes de chêne neuves à placer verticalement, pour un montant de 364.600 BEF
- pour les lots 5, 7 et 8 le remplacement des pourtours en rondins ou poutres par des billes de chêne neuves à placer verticalement et ce, sans modification de prix et conformément à la variante pour les lots 5, 7 et 8;

En ce qui concerne les lots 2 et 6, nous ne donnons pas de suite immédiate et établirons un marché de gré à gré avec la firme Dubois sur la base de: (1.776.450 BEF):

- sa variante pour le lot 2 à l'exception du poste pour l'entretien soit pour un montant de 619.950 BEF;
- son offre pour le lot 6 pour un montant de 1.156.500 BEF;
- sa variante pour le lot 6 de remplacer les pourtours en rondins ou poutres par des billes de chênes neuves à placer verticalement et ce, sans modification de prix;
- sa proposition du 24/03/92 (voir annexe 4) de débiter les travaux le 01/09/92 pour les terminer le 30/09/92 soit avec un délai de 22 jours ouvrables, ces travaux seront exécutés en dehors de la période des vacances enfantines".

A la suite de cette proposition, le même service établit la décision motivée

d'attribution du marché, laquelle, après avoir énuméré pour chaque lot le montant des offres reçues, est libellée comme suit :

"Pour tous ces lots, les firmes proposent des jeux et des équipements différents.

En fonction des critères de choix précisés dans le Cahier spécial des charges et qui sont dans l'ordre décroissant d'importance :

- la valeur technique;
- les éventuelles suggestions;
- le montant de l'offre;
- les garanties professionnelles et financières; la R.T.T. a retenu les offres de la firme Dubois, dont les montants pour l'ensemble des lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9 sans entretien sont les moins chers".

7. Par lettres recommandées du 26 mars 1992, la partie adverse notifie à la S.P.R.L. Dubois l'approbation de chacune de ses soumissions pour les sept lots retenus.

Par lettre recommandée du 7 avril 1992, la partie adverse avise la S.P.R.L. Dubois de ce que les travaux doivent commencer le 13 avril 1992 pour se terminer le 17 juin 1992.

8. Par lettre du 10 avril 1992 de la partie adverse, reçue le 13 avril 1992, la requérante est informée de ce que son offre n'est pas retenue.

En réponse à la lettre du 14 avril 1992 de la requérante, la partie adverse lui communique le 24 avril 1992 le texte de la décision motivée, laquelle constitue l'acte attaqué;

Considérant que, à l'encontre de la décision attaquée en ce qu'elle attribue divers lots à la firme Dubois, la requérante prend un moyen, le troisième de sa requête, de la "violation de l'article 3 § 1er, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation des entrepreneurs de travaux, et des articles 2 et

3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux"; qu'elle soutient que "la firme Dubois ne disposait pas de l'agrégation requise pour pouvoir se voir attribuer un marché de l'importance de celui que constituent les 9 lots regroupés";

Considérant que la partie adverse répond que, "pour déterminer la classe exigée par les marchés divisés en plusieurs lots mais adjugés simultanément, il faut, au regard de l'article 23 § 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 (relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services), considérer que chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct", et que "le montant de chacun des lots attribués est loin d'atteindre le montant prévu pour la classe financière 1", classe dont elle possédait l'agrégation;

Considérant que, pour déterminer la classe d'agrégation requise lors de l'attribution d'un marché, il y a lieu de se référer au montant de la soumission retenue;

Considérant certes qu'en vertu de l'article 23 § 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, "chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct", en sorte que la classe d'agrégation requise doit être déterminée lot par lot;

Considérant cependant que la division d'un marché en lots même différents ne peut avoir pour objet d'éluder l'application des règles relatives à l'agrégation, lesquelles sont d'ordre public; qu'il y a lieu de prendre en compte l'importance réelle du marché, et non une scission en lots fictive et de nature à diminuer les exigences en matière d'agrégation;

Considérant que, en l'espèce, le Cahier spécial des charges prévoit expressément l'hypothèse de l'attribution séparée des lots; que les lots 2 et 6 n'ont pas été attribués et que les sept lots attribués à la firme Dubois ont fait l'objet d'une notification séparée; que, cependant, force est de

constater que les sept lots attribués ont été examinés conjointement par la partie adverse et qu'ils ont été attribués à la firme Dubois en raison de leur indissociabilité, après que la partie adverse eut estimé que "les aires de jeux ne sont pas dissociables des jeux", que "les aires de circulation doivent être implantées d'après l'emplacement exact des jeux et des niveaux prévus pour les installer", et que les travaux devaient être confiés à un même entrepreneur "pour des questions évidentes de responsabilités partagées" et "vu le délai imparti (qui ne permettait pas) de mettre deux entreprises sur une surface aussi exiguë"; que les travaux, indissociables pour être attribués à la même entreprise, devaient l'être également pour apprécier l'aptitude financière de celle-ci et donc la classe d'agrégation financière requise; que le moyen est fondé;

Considérant que, à l'encontre de la décision attaquée en ce qu'elle ne donne pas suite à son offre relative aux lots 2 et 6 et en ce qu'elle exclut le coût du contrat d'entretien, la requérante prend un moyen, le premier de sa requête, de la violation de l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, et de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle relève que "la décision ne contient aucun motif en ce

qui concerne la non-attribution de ces deux lots";

Considérant que la partie adverse s'abstient de répondre sur ce point;

Considérant que la décision ne comporte aucune motivation sur les deux points concernés; que le moyen est fondé;

Considérant que l'examen des autres moyens ne pourrait aboutir à une annulation aux effets plus étendus,

DECIDE:

Article 1er,

Est annulée la décision du 26 mars 1992 de la Régie des Télégraphes et des Téléphones :

- qui attribue à la firme Dubois les lots 1, 3, 4, 5, 7, 8 et 9 du marché de fourniture et d'installation d'une plaine de jeux sur le site du Centre de vacances de Colonheid situé route de Banneux, 6 à Fraipont;
- qui exclut de cette attribution les postes relatifs à l'entretien;
- qui exclut de toute décision d'attribution les lots 2 et 6.

(...) »

*

*

*

Rapport (extraits) de l'Auditeur Pierre Nihoul

Concernant l'absence de certaines pièces dans le dossier administratif

«Comme on le constatera à la lecture de l'exposé des faits, certaines pièces n'ont pas été déposées par la partie adverse dans le dossier administratif. Il s'agit des offres de la S.A. Sogepiant et de la S.A. Latour, de l'examen technique de ces deux offres et, surtout, de la demande de renseignements complémentaires adressée par la partie adverse à la S.P.R.L. Dubois après l'ouverture des soumissions.

Si ces pièces manquantes ne font pas obstacle à l'instruction du dossier et que dès lors il n'y a pas lieu de faire application de la présomption prévue par l'article 21, alinéa 3, des lois

coordonnées sur le Conseil d'Etat, il importe de rappeler qu'il n'appartient pas à l'auteur de l'acte querellé de trier les pièces du dossier administratif et de décider quelles en sont les pièces intéressantes. Par conséquent, la partie adverse est invitée à déposer les pièces susmentionnées.»

*
* *

Note interne des services de Belgacom contenant des éléments d'appréciation des offres pour les divers lots

“(…) Pour tous ces lots, les firmes proposent des jeux et des équipements différents.

3. Le tableau comparatif et le dossier d'examen des soumissions montrent avec évidence que pour les lots 1, 3, 4, 5, 7 et 8, l'entreprise Dubois est la plus intéressante. Les aires des jeux ne sont pas dissociables des jeux, pour des questions évidentes de responsabilités partagées concernant les déblais; il en ressort que les travaux doivent être confiés à la S.P.R.L. Dubois. La S.A. Latour n'a pas remis prix pour les jeux. La S.A. Arbel a remis un prix plus élevé pour l'ensemble des lots.

4. Le tableau comparatif et le dossier d'examen des soumissions montrent avec évidence que pour le lot 9, l'entreprise Latour est la plus intéressante. Cependant, notre préférence va à la firme Dubois car le plan d'implantation fourni dans le cadre de l'appel d'offres général était donné comme base de réflexion et non comme document d'exécution. Dès lors, les aires de circulation doivent être implantées d'après l'emplacement exact des jeux et des niveaux prévus pour les installer. Ne pas confier les travaux des aires de circulation à l'entrepreneur qui installe les jeux poserait un problème de responsabilité partagée avec la R.T.T. comme arbitre.

5. Le tableau comparatif et le dossier d'examen montrent que pour le lot 2, les prix ne sont pas comparables. Bien que l'entreprise Dubois soit la moins chère pour les lots 2 et 6, les prix remis ne correspondent pas aux travaux souhaités car un parcours santé de 700 m est beaucoup trop court par rapport aux exigences requises. Je propose donc de ne pas donner suite aux lots n° 2 et 6 mais de se baser sur les prix remis pour établir un marché ultérieur.

6. Le tableau comparatif montre avec évidence que les prix remis pour le contrat d'entretien sont préoccupants. Comme dans tout contrat d'entretien, les intérêts des parties sont trop différents pour que l'entrepreneur prenne un risque financier trop important.

La différence de prix est due à la compréhension divergente de la phrase du Cahier spécial des charges ayant trait au rapport de visite “ce rapport devra reprendre la liste des éléments devant être remplacés ou réparés avec leurs prix et la durée de l'intervention”. Dans ce cas, je propose de choisir le soumissionnaire sans se baser sur le contrat d'entretien. Ce dernier sera passé après la première année de garantie qui comprend d'office l'entretien de la plaine de jeux. (...)»

*
* *

Rappel du premier moyen d'annulation : l'insuffisance de motivation

« La requérante soutient que la décision attaquée viole l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ce qu'elle "n'est manifestement pas motivée à suffisance; qu'en effet, elle se borne à énumérer les différentes offres reçues et le prix remis par chacun des offrants et à constater que la R.T.T. a retenu les offres de la firme Dubois dont les montants pour l'ensemble des lots 1 à 9 sans entretien sont les moins chers, sans émettre aucune appréciation sur la valeur des offres au regard des autres critères de choix précisés dans le cahier des charges et particulièrement quant à la valeur technique des offres (premier critère d'attribution) et quant aux éventuelles suggestions formulées par les offrants (deuxième critère d'attribution)." »

Réponse de Belgacom

"L'examen des offres a fait ressortir le critère prix comme prépondérant une fois analysées les qualités respectives de celles-ci au regard des deux premiers critères d'attribution (la valeur technique et les éventuelles suggestions). (...)"

Réplique de la requérante

"- Cette décision ne contient aucun motif permettant de déterminer pourquoi la partie adverse aurait trouvé les offres de la firme Dubois plus intéressantes que les autres au regard des deux premiers critères de choix énoncés dans le Cahier spécial des charges.

- La décision ne contient aucun motif en ce qui concerne la non-attribution de ces deux lots (lots 2 et 6).
- La motivation formelle est tout aussi lacunaire en tant qu'elle concerne l'attribution des lots sur la base du montant des offres, après en avoir exclu le coût de l'entretien. La décision du 25 mars 1992 n'expose nullement les raisons pour lesquelles les travaux d'entretien ont été retirés du marché et les montants des offres comparés "sans entretien"."

Enfin, en réponse à l'argumentation de la partie adverse, la requérante soutient qu'

"on ne peut admettre qu'une autorité administrative trouve implicitement essentiel le critère du prix, au point de négliger de se prononcer sur les autres critères de choix dans la décision d'attribution du marché, lorsqu'elle a elle-même considéré, dans le Cahier spécial des charges, que ce critère du prix ne devait venir qu'en troisième position, après "la valeur technique" et "les éventuelles suggestions"."

Discussion

"(...) L'article 44 alinéa 7 de l'A.R. du 22 avril 1977 entend obliger l'autorité maître de l'ouvrage à expliciter formellement les raisons de sa décision: "L'objet de cette disposition est d'informer le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue des raisons pour lesquelles un concurrent a été préféré"¹.

(1) C.E., E.I.T., n°23.460, du 2 septembre 1983; Sogeco, n°23.896, du 20 janvier 1984.

Si la décision motivée ne doit pas reproduire in extenso les documents internes dans lesquels l'auteur de l'acte entrepris a puisé les motifs qui ont déterminé son choix, il faut toutefois que ceux-ci soient suffisamment exprimés dans cette décision ². Ces motifs doivent en effet permettre aux soumissionnaires évincés de découvrir en quoi l'offre de l'adjudicataire a été trouvée plus intéressante que la leur et, partant, pourquoi leur offre a été écartée ³.

Il importe également de rappeler que le défaut ou l'insuffisance de motivation formelle ne peut être corrigé a posteriori, devant le Conseil d'Etat, par la production des motifs de la décision dans le dossier administratif ⁴. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux motifs contenus dans des documents demeurés internes; il ne faudra considérer, pour apprécier la motivation formelle, que les motifs exposés dans la décision elle-même ⁵.

4.2. Selon certains auteurs, la loi du 29 juillet 1991, qui est visée par le moyen, imposerait "une obligation de motivation formelle plus contraignante que celle qui est inscrite dans l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 puisque désormais la "décision motivée" doit être incorporée dans la décision notifiée aux divers soumissionnaires" ⁶.

Dans son arrêt S.A. Interplant ⁷, le Conseil d'Etat ne s'est pas rallié à cette thèse en ces termes : "De wet van 29 juli 1991 schrijft voor dat de motivering in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat de motivering afdoende moet zijn. Deze wet wijzigt niets ten aanzien van de regels die bepalen wanneer de kennisgeving wel of niet is vereist en doet aldus geen afbreuk aan de wets- of verordeningbepalingen die een bijzondere specifieke regeling bevatten inzake de kennisgeving van een gemotiveerde beslissing".

4.3. La requérante dénonce, comme première insuffisance manifeste de la motivation querrellée, le fait que "la partie adverse ne pouvait se contenter de justifier en la forme sa décision par une référence, par ailleurs inadéquate, au montant des offres remises par la firme Dubois. Elle devait à tout le moins expliquer pourquoi, soit la firme Dubois surclassait les autres au regard des deux premiers critères d'attribution, soit il était impossible de départager les candidats sur la base de ces deux premiers critères".

4.3.1. Se conformer à l'exigence de motivation formelle prescrite par l'article 44, alinéa 7, précité implique que l'autorité, maître de l'ouvrage, motive en principe son choix de l'offre la plus intéressante au regard de chacun des critères d'attribution du marché.

Toutefois, le Conseil d'Etat a admis dans plusieurs arrêts que le pouvoir adjudicateur peut négliger, dans la "décision motivée", les critères pour lesquels les offres sont égales ou à tout le moins équivalentes et que la décision ne soit motivée qu'à l'égard des critères permettant de différencier les candidats ⁸.

(2) C.E., Lixon, n°29.226, du 27 janvier 1988.

(3) C.E., Entr. gén. travaux U. Couset, n°35.247, du 22 juin 1990.

(4) C.E., Pirlot, n°25.473, du 14 juin 1985; Acomol, n°28.414, du 16 juillet 1987; Sert, n°29.571, du 18 mars 1988; Louis, n°31.694, du 11 janvier 1989; Couset, précité.

(5) C.E., Dewandre, n°25.167, du 27 mars 1985; R. Andersen et P. Lewalle, La motivation formelle des actes administratifs, A.P.T., 1993/2, p. 83 et 84.

(6) D. Lagasse, L'incidence en matière de marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ..., A.P.T., 1993/2, p. 103.

(7) C.E., n°40.933, du 3 novembre 1992. Voy. dans le même sens le rapport de M. l'Auditeur J. Stevens avant C.E., S.A. Bouwbedrijf Reynders et S.A. De Coene Decor, n°42.232, du 9 mars 1993, in E.D., 1993, p. 191-192.

(8) C.E., S.A. Meunier, n°27.062, du 22 octobre 1986; C.E., S.A. Van Hopplynus, n°30.913, du 5 octobre 1988; C.E., S.A. Foraky, n°33.629 du 15 décembre 1989; C.E., S.A. Gazel, n°33.630, du 15 décembre 1989; C.E., Orbeta, n°38.458, du 10 janvier 1992, E.D., 1993, p. 194; C.E., S.P.R.L. Etablissements Douin et fils, n°42.130, du 3 mars 1993.

Certes, en vertu de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976, de l'article 44, alinéa 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et du Cahier spécial des charges, le maître de l'ouvrage doit choisir l'offre la plus avantageuse en tenant compte de tous les critères fixés par le Cahier spécial des charges. Toutefois, l'exigence d'une motivation formelle en matière d'appel d'offres a pour objectif d'explicitier en quoi l'autorité compétente a jugé l'offre retenue comme étant plus intéressante que les autres offres. Comme l'écrit P. Gilliaux, "la motivation peut ne pas faire mention des critères qui n'ont pas été déterminants, par exemple parce que l'administration a estimé que les offres se valaient pour ce qui les concerne" ⁹.

Il importe peu à cet égard que les critères de sélection soient classés ou mis sur un pied d'égalité par le Cahier spécial des charges, le Conseil d'Etat ayant admis une telle motivation dans l'une et l'autre hypothèse.

4.3.2. En l'espèce, le Cahier spécial des charges énumère, en son article 44 des dispositions complémentaires à l'arrêté royal du 22 avril 1977, les quatre critères d'attribution du marché dans un ordre décroissant d'importance sans toutefois prévoir une quelconque pondération entre eux.

Le motif avancé dans la décision motivée d'attribution du marché pour justifier le choix de la partie adverse en faveur de la firme Dubois est que "les montants pour l'ensemble des lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9 sans entretien sont les moins chers".

Ce disant, la partie adverse ne motive sa décision qu'au regard du troisième critère de sélection, à savoir "le montant de l'offre", sans justifier formellement son choix à l'égard des trois autres critères.

Une telle motivation laisse supposer que la partie adverse considère que ces trois autres critères ne sont pas déterminants pour choisir l'offre la plus intéressante, les offres déposées étant jugées à cet égard semblables ou à tout le moins équivalentes.

Or, cette motivation est en contradiction avec le dossier administratif. Ainsi qu'on le verra lors de l'examen du deuxième moyen, il ressort de la note du 25 mars 1992, laquelle constitue la pièce majeure sur laquelle se fonde la décision motivée (cf. infra), que pour ce qui concerne les sept lots attribués, l'offre de la firme Dubois a été considérée comme la plus intéressante au regard des trois premiers critères de sélection et pas seulement en fonction du critère "prix" comme le laisse supposer la décision motivée.

Par conséquent, la motivation formelle litigieuse apparaît comme insuffisante et inadéquate en ce qu'elle ne correspond pas aux motifs contenus dans le dossier administratif. »

*
* *

Concernant le deuxième moyen, tiré du non-respect des critères d'attribution

A. Réplique de la requérante

« (...) »

3. Par ailleurs, il se dégage de l'ensemble du dossier administratif, la nette impression que

(9) P. Gilliaux, rapport sous C.E., Orbeta, n°38.458 du 10 janvier 1992, déjà cité.

la partie adverse a tout d'abord décidé d'attribuer le marché à la S.P.R.L. Dubois puisqu'elle a cherché à "habiller" cette décision, une comparaison objective des mérites des soumissionnaires ne permettant pas l'attribution du marché à cette entreprise. On peut raisonnablement penser que la partie adverse a voulu avantager cette société parce qu'elle est établie dans la région de Verviers.

Le "rapport motivé" du 12 mars 1992 et la "note à Monsieur l'Ingénieur en chef" du 25 mars 1992 sont édifiantes à cet égard.

En effet, ils déclarent que le tableau comparatif des montants des offres « montre avec évidence que les prix remis pour le contrat d'entretien sont préoccupants » et concluent que « la plus sage décision dans ce cas étant de faire son choix en ne se basant pas sur le contrat d'entretien, de façon à pouvoir postposer la décision après la première année d'entretien. Si nous avons pleine satisfaction, on pourra toujours soit reconduire le contrat, soit y mettre fin, pour partir sur de nouvelles bases, ou encore effectuer ce travail nous-mêmes ».

Or, le rapporteur ne pouvait raisonnablement considérer que « les prix remis pour le contrat d'entretien sont préoccupants » alors que la requérante et la société Sogeplant avaient remis des prix modérés quasiment identiques pour ce poste, seule la S.P.R.L. Dubois ayant remis des prix très élevés à ce sujet.

Il est vrai que si l'on comprenait le coût de l'entretien dans le montant des offres, force était de constater que l'offre de la requérante était globalement la moins chère (9.818.500 BEF contre 10.824.395 BEF pour la firme Dubois et 10.008.500 BEF pour la firme Sogeplant).

En retirant le coût de l'entretien du montant des offres, l'offre de la S.P.R.L. Dubois devenait globalement, mais artificiellement, la moins chère, ce qui permettait de justifier l'attribution du marché à cette société, sur la base du troisième critère de choix.

Par ailleurs, c'est à tort que la note du 25 mars 1992 indique que pendant la première année, l'entretien de la plaine de jeux devait être effectué sous couvert de la garantie, de sorte que le contrat d'entretien pouvait être postposé d'un an.

En effet, le Cahier spécial des charges stipule que le contrat d'entretien « prendra effet à dater de l'acceptation de la réception provisoire » (AN 2, p. 8).

Le report d'un an de la conclusion du contrat d'entretien a donc clairement eu pour but de permettre d'en retirer le coût du montant des offres de la S.P.R.L. Dubois. Ce report permettait en outre d'attribuer ensuite le marché de l'entretien à la firme Dubois, sous la forme erronée d'une "reconduction de contrat".

Il n'est pas exact, ainsi que la partie adverse le dit pourtant dans son mémoire en réponse, que le cahier des charges ne prévoyait qu'une simple éventualité de contracter à propos de l'entretien. Les termes "un contrat d'entretien est souhaité par la Régie pour une durée de cinq ans renouvelable annuellement" ne permettent pas cette interprétation.

En effet, le poste relatif à l'entretien était inclus dans le métré sans aucune restriction.

Par ailleurs, l'entretien ne faisait pas l'objet d'un lot distinct mais seulement d'un poste des lots existants. La partie adverse ne pouvait dès lors décider de ne pas attribuer le contrat d'entretien et de ne pas en tenir compte pour l'appréciation du montant des offres remises. Ce

n'est que lorsque le marché a trait à plusieurs lots que l'autorité compétente a le droit de n'en attribuer que certains (art. 15 § 2 de la loi du 14 juillet 1976) .

En l'espèce, la partie adverse, en retirant le poste entretien du marché, a modifié un élément essentiel du marché après la remise des offres.

Il ressort ainsi du dossier administratif produit par la partie adverse:

- que la décision d'attribuer le marché, sans avoir égard au coût de l'entretien ne repose sur aucun motif légalement admissible;
- qu'en retirant ce poste du marché, après le dépôt des offres, la partie adverse a rompu l'égalité entre les soumissionnaires;
- et que ce retrait démontre l'existence d'un détournement de pouvoir constitutif d'un excès de pouvoir, la partie adverse ayant cherché, par ce moyen, à justifier l'attribution du marché à la S.P.R.L. Dubois.

4. La volonté de la partie adverse d'avantager la S.P.R.L. Dubois apparaît d'autres éléments encore du dossier.

Ainsi, alors que la partie adverse a constitué des lots distincts pour les jeux d'une part, et pour les aires de circulation d'autre part, l'attribution du lot 9 à la S.P.R.L. Dubois est justifiée, dans le "rapport motivé" et la note du 25 mars 1992, par la considération que «les aires de circulation doivent être implantées d'après l'emplacement exact des jeux et des niveaux prévus pour les installer. Ne pas confier les travaux des aires de circulation à l'entrepreneur qui installe les jeux poserait un problème de responsabilité partagée avec la R.T.T. comme arbitre».

Il faut savoir que pour le lot 9 relatif aux aires de circulation, la société Latour a remis un prix plus intéressant que la S.P.R.L. Dubois, cette dernière ayant remis l'offre la plus chère de toutes. Selon les critères de prix retenus par la partie adverse pour attribuer les autres lots à la firme Dubois, le lot 9 aurait dû être attribué à la société Latour.

Pour le lot 9, la décision ne repose donc pas non plus sur des motifs légalement admissibles.

5. Pour les lots 2 et 6, la partie adverse ne se fonde ni sur la valeur technique des différentes offres ni sur les suggestions formulées par les offerants mais décide de ne pas attribuer ces lots au motif que les prix remis par la seule entreprise Dubois ne correspondent pas aux travaux souhaités, tout en décidant que ces lots devront faire l'objet d'un marché ultérieur.

La note au Bureau des Marchés, du 26 mars 1992, indique clairement ce que la partie adverse entend par "marché ultérieur".

« En ce qui concerne les lots 2 et 6, nous ne donnons pas de suite immédiatement et établissons un marché de gré à gré avec la firme Dubois sur la base de 1.776.450 BEF ».

Pour ces lots également, le détournement de pouvoir et l'absence de motifs légalement admissibles sont donc manifestes.

Il échet enfin d'ajouter que la partie adverse n'a pas hésité à attribuer l'ensemble des lots 1, 3, 4, 5, 7, 8 et 9 à la S.P.R.L. Dubois nonobstant le fait qu'elle ne disposait pas de l'agrégation exigée par le cahier des charges (voy. le troisième moyen d'annulation à cet égard).

En outre, la partie adverse a permis à la seule firme Dubois de fournir des explications

concernant le montant des frais d'entretien repris dans son offre (voy. le quatrième moyen d'annulation à cet égard) .

Ces deux particularités du dossier confirment également l'existence d'un détournement de pouvoir au profit de la S.P.R.L. Dubois.

Le deuxième moyen d'annulation, tel que complété au vu du dossier administratif doit donc être déclaré fondé."

B. Discussion

"L'examen du deuxième moyen nécessite de distinguer ses deux premières branches de sa troisième branche .

a) Deux premières branches réunies

Il importe pour la bonne compréhension de la discussion de passer en revue séparément les motifs relatifs aux sept lots attribués et aux deux lots non attribués .

4.1. Quant aux sept lots attribués (lots 1,3, 4, 5, 7, 8 et 9).

4.1.1. Ainsi qu'il a déjà été dit, la partie adverse doit, dans le cadre d'un appel d'offres, examiner et comparer les offres au regard de tous les critères d'attribution du marché sous peine de méconnaître l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976.

Même si la décision motivée ne doit pas révéler l'existence d'un tel examen comparatif pour les critères de sélection vis-à-vis desquels les offres sont jugées équivalentes (cf. premier moyen), il reste que le dossier administratif doit faire apparaître que les soumissions ont fait l'objet d'un examen comparatif complet et sérieux même au regard des critères non repris dans la décision motivée.

4.1.2. Il ne ressort pas du dossier administratif que le critère "garanties professionnelles et financières" ait été abordé.

Toutefois, il s'agit du dernier critère de sélection, lequel n'est en outre aucunement précisé par le Cahier spécial des charges.

La partie adverse disposait dès lors d'un important pouvoir d'appréciation pour comparer les offres de ce point de vue et les estimer comparables ou équivalentes.

(...)

Pour six des sept lots attribués, Belgacom justifie donc son choix d'une part par référence au tableau comparatif et au dossier d'examen des soumissions et, d'autre part, en raison du caractère indissociable des lots.

(...)

Il en résulte que les différentes soumissions - du moins celles de la S.P.R.L. Dubois et de la requérante - ont été examinées sous l'angle de leur valeur technique, des éventuelles suggestions et de leur montants, lesquels constituent les trois premiers critères de sélection.

Pour ce qui concerne la comparaison des offres, la note du 25 mars 1992 ne contient certes qu'un classement par lot de celles-ci selon leur montant. Il ne s'ensuit pas pour autant que les offres n'auraient été comparées que sous cet angle.

En effet, ici aussi, il faut se référer, comme l'indique la note du 25 mars 1992, au dossier d'examen des soumissions du 12 mars 1992 dans lequel l'analyse de la valeur technique de chaque offre et de chaque variante se termine, sous la forme d'une conclusion, par une appréciation. La comparaison des offres procède dans ce cas d'une mise en balance de ces différentes appréciations sans que celle-ci ait été formalisée dans un tableau ou un classement, ce qui n'est ni requis ni indispensable. Sans doute la partie adverse est-elle particulièrement concise dans sa note du 25 mars 1992. Mais celle-ci ne doit pas être isolée, comme le fait la requérante, des documents préparatoires lesquels se prononcent, au terme d'un examen approfondi, sur la valeur technique de chaque offre et sur les suggestions.

Quant à la considération selon laquelle "la S.A. Arbel a remis un prix plus élevé pour l'ensemble des lots", elle apparaît surabondante ou, à tout le moins, de nature à conforter l'appréciation émise ab initio.

4.1.5. Le point 4 de la note du 25 mars 1992 est libellé comme suit:

"4. Le tableau comparatif et le dossier d'examen des soumissions montrent avec évidence que pour le lot 9, l'entreprise Latour est la plus intéressante.

Cependant, notre préférence va à la firme Dubois car le plan d'implantation fourni dans le cadre de l'appel d'offres général était donné comme base de réflexion et non comme document d'exécution. Dès lors, les aires de circulation doivent être implantées d'après l'emplacement exact des jeux et des niveaux prévus pour les installer. Ne pas confier les travaux des aires de circulation à l'entrepreneur qui installe les jeux poserait un problème de responsabilité partagée avec la R.T.T. comme arbitre."

Il s'ensuit que l'attribution du lot 9 est motivée, non pas par rapport au prix des offres, mais en raison de la complémentarité entre les aires de circulation et les jeux, équipements et aires pour lesquels l'offre de la S.P.R.L. Dubois était jugée la plus intéressante.

4.1.6. En conclusion, pour ce qui concerne les sept lots attribués, les offres ont été examinées et comparées au regard des trois premiers critères de sélection sans donner au critère du prix une prépondérance excessive et injustifiée. La partie adverse n'a dès lors pas opéré la confusion alléguée par la requérante entre la procédure de l'appel d'offres et celle de l'adjudication.

4.2. Quant aux deux lots non attribués (lots 2 et 6).

4.2.1. Le point 5 de la note interne du 25 mars 1992 est libellé comme suit:

"5. Le tableau comparatif et le dossier d'examen montrent que pour le lot 2, les prix ne sont pas comparables. Bien que l'entreprise Dubois soit la moins chère pour les lots 2 et 6, les prix remis ne correspondent pas aux travaux souhaités car un parcours santé de 700 m est beaucoup trop court par rapport aux exigences requises.

Je propose donc de ne pas donner suite aux lots n° 2 et 6 mais de se baser sur les prix remis pour établir un marché ultérieur."

4.2.2. Le premier motif de l'exclusion des lots 2 et 6 du marché tient à la non comparabilité des prix proposés.

Aucune appréciation n'est émise en ce qui concerne les deux premiers critères de sélection du marché à savoir, par ordre d'importance, la valeur technique et les suggestions éventuelles. Pourtant, il en aurait d'autant plus dû en être ainsi que la partie adverse estimait le critère prix non déterminant ou inopérant pour départager les offres.

Il s'ensuit que pour ces deux lots, la comparaison n'a été opérée qu'au regard du seul critère prix au mépris de l'obligation qu'a la partie adverse d'examiner tous les critères d'attribution dans leur ordre décroissant d'importance.

La partie adverse ne pourrait prétendre que les offres étaient équivalentes ou présentaient des différences négligeables à l'égard des deux premiers critères. En effet, d'une part, le dossier ne contient aucune appréciation de ce genre; en outre, elle serait contredite par l'examen des offres.

4.2.3. Comme second motif, la partie adverse soutient que l'entreprise la moins chère pour les lots 2 et 6 a remis des prix ne correspondant pas aux travaux souhaités.

En ne retenant que la soumission "la moins chère", la partie adverse paraît ainsi avoir d'abord sélectionné les offres sur la base du critère prix pour ensuite confronter le "moins-disant" aux autres critères d'attribution alors que le classement des critères contenu dans le Cahier spécial des charges appelait un examen comparatif des offres exactement dans l'ordre inverse.

Ce disant, la partie adverse a accordé, pour les lots 2 et 6, une prédominance excessive et injustifiée au critère prix. (...)"

*
* *

Les deux premières branches du deuxième moyen n'apparaissent pas fondées concernant les sept lots attribués mais bien à l'égard des lots 2 et 6 qui n'ont pas été attribués; la troisième branche du moyen critique l'exclusion des postes "entretien" - qui étaient appelés à constituer un contrat d'entretien intégré au marché - du montant des offres

"4.4. Tout d'abord, selon la requérante, la décision d'attribuer le marché, sans avoir égard au coût de l'entretien, ne reposerait sur aucun motif légalement admissible.

4.4.1. Le premier motif avancé par la partie adverse tient aux différences de prix entre les offres pour les postes "entretien", différences qui seraient "préoccupantes".

Ici aussi, il suit des considérations reproduites ci-dessus que la partie adverse a privilégié le critère "prix" pour évaluer cet élément du marché. Il n'est d'ailleurs fait référence qu'au "tableau comparatif", lequel n'a trait qu'au montant des offres, sans plus avoir égard au dossier d'examen des soumissions. La partie adverse ne pouvait examiner ce critère qu'après avoir apprécié et comparé les postes "entretien" des différentes offres au regard des deux premiers critères. Or, aucune évaluation de ce genre ne ressort du dossier administratif.

En outre, examinées sous le seul angle du coût, toutes les offres ne présentaient pas des prix "préoccupants". La requérante et la société Sogeplant avaient en effet remis des prix modérés quasiment identiques pour ces différents postes; seule la firme Dubois offrait des prix très

élevés, ce qui devait normalement entraîner son éviction du contrat d'entretien au profit de la requérante ou de la société Sogeplant¹⁰.

Enfin, il appartenait à la firme Dubois d'interroger la partie adverse en cas de difficultés éventuelles d'interprétation de la disposition du Cahier spécial des charges relative au rapport de visite. La partie adverse ne saurait tirer argument de la carence d'un soumissionnaire pour ne pas attribuer le contrat d'entretien.

Il s'ensuit que le caractère "préoccupant" des prix ne peut raisonnablement être retenu comme un motif légalement admissible de l'exclusion du contrat d'entretien.

4.4.2. La partie adverse retient, comme second motif, le fait que le contrat d'entretien "sera passé après la première année de garantie qui comprend d'office l'entretien de la plaine de jeux".

Cette appréciation est erronée au regard des clauses contractuelles précitées du Cahier spécial des charges, lesquelles spécifient que le contrat d'entretien "prendra effet à dater de l'acceptation de la réception provisoire" sans aucune allusion à la première année de garantie.

Par ailleurs, le Cahier spécial des charges ne prévoit pas que les garanties comprennent, dans leur première année, le contrat d'entretien.

Par conséquent, le second motif invoqué par la partie adverse n'apparaît pas non plus légalement admissible pour fonder l'exclusion du contrat d'entretien.

4.5. Ensuite, la requérante soutient qu'"en retirant ce poste du marché, après le dépôt des offres, la partie adverse a rompu l'égalité entre les soumissionnaires".

En prévoyant qu'"un contrat d'entretien est souhaité par la Régie pour une durée de cinq ans renouvelable annuellement", le Cahier spécial des charges n'a édicté qu'une simple éventualité de contracter dans le chef de la partie adverse.

Non seulement les termes précités ne permettent pas une autre interprétation. Mais en outre tel n'est pas l'objet du marché qui est défini comme une "entreprise de fourniture et d'installation d'une plaine de jeux" sans aucune allusion à une entreprise d'entretien.

Une telle entreprise n'a donc qu'un caractère accessoire et pouvait être distraite des lots pour être attribuée à un soumissionnaire distinct ou pour ne pas être attribuée.

A cet égard, il convient d'observer que le métré doit bien évidemment être lu en relation avec les clauses contractuelles spécifiées par après dans le Cahier spécial des charges.

Il s'ensuit qu'en retirant le contrat d'entretien, la partie adverse n'a pas rompu l'égalité entre soumissionnaires en modifiant un élément essentiel du marché après la remise des offres. (...)"

*
* * *

(10) La partie adverse ne peut même pas soutenir -ce qu'elle ne fait d'ailleurs pas- que le contrat d'entretien était indissociable du marché de sorte qu'il devait être attribué au soumissionnaire retenu pour les jeux et les équipements. Elle a en effet elle-même dissocié les deux en envisageant même de le confier après coup à une autre firme (rapport motivé du 12 mars 1992, page 2).

Concernant le troisième moyen, tiré de l'absence de l'agrération du soumissionnaire retenu dans la classe financière requise

Thèse de la partie adverse (Belgacom)

"Le Cahier spécial des charges requérait, à l'article 15 § 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, la catégorie G (entreprises générales de terrassements) ou la sous-catégorie G3 (plantations), et la classe financière 2 (travaux jusqu'à un montant maximum de 11.000.000 BEF).

Lors de l'attribution des marchés, la S.P.R.L. Dubois possédait l'agrération en sous-catégorie G3, classe financière 1, c'est-à-dire, pour l'exécution de travaux d'aménagement de jardins, de plantations, de placement de jeux etc. jusqu'à un montant de 5.500.000 BEF.

Selon les dispositions de l'article 23 § 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct. La doctrine, s'appuyant en cela sur la position arrêtée par la Commission d'Agrération, estime que pour déterminer la classe exigée par les marchés divisés en plusieurs lots, mais adjugés simultanément, il faut, au regard de l'article 23 § 2 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 précité, considérer que chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct (Flamme M.-A., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, n° 634, 8ème alinéa).

Cela s'est confirmé, puisque les lots n° 2 et 6 n'ont pas été attribués, et que les sept autres lots, tous adjugés à la S.P.R.L. Dubois, ont fait l'objet d'une notification propre; le montant de chacun des lots attribués est loin d'atteindre le montant prévu pour la classe financière 1.

3. Réplique de la requérante.

Les lots 1, 3, 4, 5, 7, 8 et 9, plus la variante pour la dissimulation des murs existants des bacs à sable par des billes de chêne, forment ensemble un marché d'un montant de 6.065.445 BEF.

Or, la S.P.R.L. Dubois n'est agréée qu'en classe 1, soit pour des marchés d'un montant maximum de 5. 500.000 BEF (article 3 § 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux).

La partie adverse répond à cela que la firme Dubois avait l'agrération requise parce qu'il faut apprécier celle-ci pour chacun des lots séparément.

Une telle solution est inacceptable en l'espèce parce qu'elle est contraire aux éléments de fait du dossier.

En effet, le Cahier spécial des charges indique que le soumissionnaire devra être agréé en classe 2. C'est ce que rappelle d'ailleurs la note à l'Ingénieur en chef du 25 mars 1992 qui, curieusement toutefois, n'y voit pas d'obstacle à l'attribution du marché.

S'il n'est pas permis à un cahier des charges de déroger aux dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 dans le sens d'une diminution des exigences imposées par cette réglementation, rien n'empêche en revanche que le cahier des charges soit plus sévère que cet arrêté royal.

Les offres de la S.P.R.L. Dubois auraient donc dû en tout cas être écartées pour non conformité du soumissionnaire aux exigences du cahier des charges.

Par ailleurs, s'il est vrai que les jeux ont fait l'objet de divers lots, il faut constater que cette séparation est artificielle et qu'en réalité la partie adverse a toujours voulu traiter le marché dans son ensemble. C'est pour cela qu'elle a exigé une agrégation en classe 2.

C'est en outre, globalement que le marché a été traité en réalité.

En effet, le motif avancé par la partie adverse dans la décision communiquée à la requérante, pour justifier l'attribution du marché à la S.P.R.L. Dubois, consiste à dire que les montants des offres de celle-ci, pour l'ensemble des lots, sont moins chers.

En outre, tant le "rapport motivé" du 12 mars 1992 que la note du 25 mars 1992 insistent à plusieurs reprises sur le caractère indissociable des aires de jeux et des jeux, nonobstant l'existence de lots distincts. Ils estiment que les travaux doivent être confiés à un seul entrepreneur pour des questions de responsabilité et parce que "vu le délai imparti, pour rappel 44 jours ouvrables, il n'est pas possible de mettre deux entreprises sur une surface aussi exigüe".

L'attribution du lot 9 à la firme Dubois est en outre uniquement justifiée par la considération que ce lot est indissociable des autres.

Les lots ne peuvent tour à tour et selon les besoins de la cause, être qualifiés d'indissociables pour justifier l'attribution de tous les lots à la firme Dubois puis de dissociables pour apprécier l'agrégation de cette même firme.

En réalité, ces lots sont indissociables dans l'intention de la partie adverse telle qu'elle ressort du texte du Cahier spécial des charges et de l'exécution qui en a été donnée.

Le marché ne pouvait donc être attribué valablement à la S.P.R.L. Dubois qui n'avait pas l'agrégation requise pour les lots groupés.

On relèvera en outre que la firme Dubois elle-même avait à tout le moins des doutes quant au caractère suffisant de son classement.

En effet, sur l'annexe à la soumission relative à l'agrégation, elle s'est bornée à indiquer qu'elle ressortissait de la sous-catégorie G3 Plantations, classe 1, sans compléter le questionnaire en ce qui concerne le caractère suffisant ou non de cette agrégation et la nécessité éventuelle de demander une dérogation.

On peut dès lors se demander dans quelle mesure la soumission de la S.P.R.L. Dubois était régulière alors qu'elle n'était pas complète sur ce point."

Discussion

"La matière de l'agrégation est d'ordre public et il ne peut y être dérogé par voie contractuelle. Toute clause du Cahier spécial des charges contenant une telle dérogation doit être considérée comme non écrite.

Or, selon l'article 7 § 1er, de la loi du 20 mars 1991 visée au moyen, le montant de la sou-

mission détermine la classe dont relève le marché ; l'article 3 § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 précitée précise que la classe d'agrément exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver.

Il s'ensuit deux conséquences :

1° la détermination par le Cahier spécial des charges de la classe dont relève le marché public à attribuer est provisoire dans la mesure où la classe d'agrément requise est définitivement déterminée sur la base du montant de la soumission retenue ¹¹. Rien n'empêche dès lors un entrepreneur non agréé dans la classe mentionnée à titre indicatif par le Cahier spécial des charges, de soumissionner ¹². Par conséquent, la classe 2 exigée en l'espèce par le Cahier spécial des charges représente seulement une estimation provisoire de la classe d'agrément requise et ne constitue pas un critère de régularité des soumissions contrairement à ce que soutient la requérante;

2° le maître de l'ouvrage ne peut en aucun cas déroger, par le biais du Cahier spécial des charges, au classement opéré par l'arrêté royal du 26 septembre 1991, que ce soit en diminuant ou en augmentant les exigences de cette réglementation. Serait donc illégale, car méconnaissant l'article 3 § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, la clause du cahier des charges qui exigerait, à peine de nullité, l'agrément dans une classe supérieure à celle déterminée par le montant de l'offre retenue ¹³.

4.3. Il convient donc de se référer au montant de la soumission retenue pour déterminer la classe d'agrément requise.

Le marché en cause étant constitué de sept lots attribués, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'on prend en considération le montant de chaque lot séparément comme le soutient la partie adverse - auquel cas aucune agrément n'est requise ¹⁴ - ou le montant de l'ensemble des sept lots, soit 6.065.445 BEF, comme le prétend la requérante - auquel cas le marché querellé relève de la classe 2 -, le soumissionnaire retenu étant pour sa part agréé en classe 1.

4.3.1. Ainsi que le relève l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi du 20 mars 1991, la réglementation en matière d'agrément a été arrêtée "en vue de garantir une bonne exécution des marchés publics de travaux (...). En tant que mesure préventive, l'agrément limite les charges en matière de surveillance et de contrôle incombant aux administrations adjudicatrices. En outre, l'agrément réduit considérablement les risques qui sont difficiles à éliminer par la voie de clauses contractuelles" ¹⁵. Cet objectif est attesté par les conditions auxquelles il y a lieu de satisfaire pour obtenir une agrément, lesquelles "sont conçues de façon à offrir au pouvoir public la garantie que celui qui exécute ses travaux est solide, fiable et à même d'exécuter les travaux selon les règles de l'art" ¹⁶.

(11) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, M.B., 18 octobre 1991, p. 23.287; R. Andersen, *ibidem*; M.-A. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 1986, p. 1.115, n° 631.

(12) C.E., Skirole, n° 16.216, du 24 janvier 1974; S.A. Chauffage et Hygiène, n° 25.288, du 3 mai 1985; S.A. Seghers, n° 33.108, du 3 octobre 1989.

(13) M.-A. Flamme, *op. cit.*, p. 1.115, n° 631.

(14) Les lots les plus importants atteignent respectivement 1.993.985 BEF (lot 1) et 1.499.500 BEF (lot 5) alors que l'article 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixe comme seuil minimal pour exiger une agrément un montant de 2 millions de francs pour les travaux rangés en sous-catégories.

(15) Pasin., 1991, p. 865.

(16) Pasin., 1991, p. 866.

A cet égard, poursuit l'exposé des motifs, "il est essentiel que l'agrération reflète le mieux possible la *situation réelle* de l'entrepreneur, tant pour les administrations adjudicatrices au niveau des garanties qu'elles obtiennent de par l'agrération que pour les entrepreneurs, afin de prévenir la concurrence déloyale" ¹⁷.

Par le système de l'agrération, l'on entend donc garantir l'aptitude réelle de l'entrepreneur à exécuter les travaux attribués.

4.3.2. Selon l'article 23 § 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, chaque lot fait l'objet d'un marché distinct, ce qui conduit logiquement à déterminer la classe d'agrération requise lot par lot ¹⁸ sans avoir égard en principe à l'attribution simultanée de plusieurs lots différents.

Toutefois, la division d'un marché en lots même différents ne peut avoir pour objet d'éluider l'application de la réglementation relative à l'agrération, laquelle est d'ordre public. Sous peine de méconnaître l'objectif rappelé ci-dessus de cette réglementation, l'aptitude de l'entrepreneur à exécuter les travaux attribués doit être réelle et, dès lors, être établie en fonction de l'importance réelle du marché.

La disposition figurant à l'article 23 § 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 apparaît dès lors comme une présomption *juris tantum*, du moins à l'égard des règles relatives à l'agrération, laquelle peut être renversée si la scission du marché en lots apparaît fictive et de nature à diminuer les exigences en matière d'agrération ¹⁹.

4.3.3. En l'espèce, le Cahier spécial des charges prévoit, expressément l'hypothèse de l'attribution séparée des lots. De même, les sept lots attribués à la firme Dubois ont fait l'objet d'une notification séparée.

Toutefois, les sept lots attribués ont été examinés conjointement par la partie adverse ²⁰. En outre, les sept lots ont été attribués à la firme Dubois en raison de leur indissociabilité.

Pour rappel, dans sa note du 25 mars 1992, la partie adverse estime que "les aires de jeux ne sont pas dissociables des jeux" et que "les aires de circulation doivent être implantées d'après l'emplacement exact des jeux et des niveaux prévus pour les installer".

Les travaux doivent être confiés à un même entrepreneur "pour des questions évidentes de responsabilités partagées" et parce que "vu le délai imparti, pour rappel de 44 jours ouvrables, il n'est pas possible de mettre deux entreprises sur une surface aussi exigüe".

Enfin, on peut relever qu'en estimant que les travaux relevaient de la classe financière 2, la partie adverse considérait elle-même dès l'abord que les travaux devaient être envisagés, de ce point de vue, comme un tout.

Etant qualifiés d'indissociables pour être attribués à la même entreprise, ils le sont également pour apprécier l'aptitude financière de celle-ci.

(17) Pasin., 1991, p. 874. C'est nous qui soulignons.

(18) Cf. M.-A. Flamme, op. cit., p. 1.122, n° 634.

(19) Cette présomption peut également être renversée pour ce qui est du seuil d'application rationae summae des directives communautaires en matière de marchés publics.

(20) Ainsi, le dossier d'examen des soumissions de base ne distingue pas entre les lots mais les regroupe par domaines.

Il s'ensuit que la classe d'agréation requise, déterminée en fonction du montant de l'ensemble des sept lots attribués, soit 6.065.445 BEF était la classe 2. Ce marché ne pouvait dès lors être attribué à la firme Dubois insuffisamment agréée.

Le moyen est fondé.

*
* *

Quatrième moyen, tiré de la violation de l'article 44 alinéa 5 de l'A.R. du 22 avril 1977 et du principe d'égalité en ce que Belgacom a alloué sept lots à la S.P.R.L. Dubois après lui avoir demandé, à plusieurs reprises semble-t-il, avant l'attribution du marché, de compléter son offre initiale

"(...) Comme le souligne la Commission Centrale des marchés en France, "les rapports avec les concurrents après le dépôt des offres ne peuvent être menés que de façon à ne pas défavoriser tel ou tel concurrent (...) cette phase doit respecter la stricte égalité vis-à-vis des intéressés" ²¹. La comparaison des offres doit en effet s'effectuer sur la base de soumissions également précisées ou complétées, s'il échet bien entendu ²².

Dans son arrêt S.A. Entreprises et Travaux ²³, le Conseil d'Etat a ainsi considéré que le fait pour l'administration d'avoir demandé au futur adjudicataire de préciser et de compléter la teneur de ses offres et de n'avoir pas fait de même avec les offres de la requérante ne viole pas le principe d'égalité entre les soumissionnaires si elle a pu considérer que de telles précisions ne devaient pas être demandées, le jury du concours n'ayant fait, à cet égard, aucune observation.

Il y va également d'une application du devoir de minutie dans le chef du maître d'ouvrage, lequel doit examiner et comparer les offres en connaissance de cause.

2.3. En l'espèce, par différentes notes, la firme Dubois a complété et précisé le 16 mars 1992 ses offres et variantes à l'invitation de la partie adverse semble-t-il. Tel n'a pas été le cas de la requérante.

Or, il ressort du dossier d'examen des soumissions du 12 mars 1992 que la soumission de la requérante contenait un certain nombre de points demandant un complément d'information; les services de la partie adverse concluaient par ailleurs l'examen de l'offre de la requérante en ces termes : "Des renseignements complémentaires sont obligatoires afin de mieux juger de la valeur exacte de la soumission".

Une appréciation similaire, mais rédigée en des termes moins contraignants, est émise à propos de la firme Dubois: "Les renseignements complémentaires permettront d'affiner le jugement sur la valeur de la soumission".

(21) Rapport   par M.-A. Flamme, op. cit., p. 513, n   250.7.

(22) Voy. C. E. Castelain, n   11.568, du 21 décembre 1965; S.A. Matagne et Mievis, n   17.004, du 2 mai 1975.

(23) C.E., n   24.063, du 2 mars 1984.

Or, curieusement, seule la firme Dubois est invitée à communiquer de tels renseignements. Le dossier administratif ne contient aucune explication de cette différence de traitement, laquelle apparaît dès lors injustifiée. Le devoir de minutie apparaît également violé, des éclaircissements au sujet des deux soumissions étant nécessaires, de l'aveu même des services de la partie adverse, pour apprécier celles-ci en parfaite connaissance de cause.

Le moyen est fondé.

(...) »