

**Audience publique du 5 avril 2006**

Recours formé par la société anonyme ..., ...  
contre une décision de l'administration communale de Bertrange  
en matière de marchés publics

---

**JUGEMENT**

Vu la requête inscrite sous le numéro 20339 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 26 août 2005 par Maître Arsène THILL, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ..., établie et ayant son siège social à L-..., tendant à l'annulation d'une décision de l'administration communale de Bertrange du 26 mai 2005 ayant annulé la décision d'adjudication d'un marché public du 29 avril 2005 relatif à des travaux d'installations audiovisuelles pour l'école de musique de Bertrange dont la société ... était bénéficiaire ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Tom NILLES, demeurant à Esch-sur-Alzette du 13 janvier 2006 portant signification de ce recours à l'administration communale de Bertrange ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 14 décembre 2005 par Maître Roger NOTHAR, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg pour compte de l'administration communale de Bertrange ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 13 janvier 2006 pour compte de la société anonyme ... ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif le 10 février 2006 pour compte de l'administration communale de Bertrange ;

Vu l'ordonnance du président de la première chambre du tribunal administratif du 20 février 2006 autorisant les parties à produire un mémoire additionnel ;

Vu le mémoire supplémentaire déposé au greffe du tribunal administratif le 15 mars 2006 par Maître Arsène THILL pour compte de la société anonyme ... ;

Vu le mémoire supplémentaire déposé au greffe du tribunal administratif le 16 mars 2006 par Maître Roger NOTHAR pour compte de l'administration communale de Bertrange ;

Vu les pièces versées au dossier et notamment la décision attaquée ;

Où le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maîtres Arsène THILL et Jean-Paul ESPEN, en remplacement de Maître Roger NOTHAR en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 22 mars 2006.

---

A la suite d'une soumission publique du 15 mars 2005 pour des travaux d'installations audiovisuelles de l'école de musique de Bertrange, le collège échevinal de la commune de Bertrange, lors de sa séance du 29 avril 2005, a retenu qu'une seule des sept offres soumises était complète et conforme au cahier des charges, à savoir l'offre de l'entreprise ... S.A.. Il a dès lors décidé à l'unanimité de charger l'entreprise ... S.A. de l'exécution des travaux en question au prix de son offre, soit 172.450,55 € TTC.

Cette décision fut portée à la connaissance de la société ... par courrier du collège échevinal du même jour.

Lors de sa séance publique du 24 mai 2005, le collège échevinal décida de procéder au retrait administratif de la décision prévue du 29 avril 2005 et de remettre en adjudication publique les travaux en question, ceci suite à une adaptation des clauses techniques du cahier des charges, garantissant une transparence parfaite au niveau de l'analyse technique de la conformité des offres à remettre.

Ladite décision est fondée sur les considérations et motifs suivants :

*« Revu sa délibération du 29 avril 2005 relative à la décision de charger l'entreprise ... S.A. de L-..., de l'exécution des travaux d'installations audiovisuelles de l'école de musique à Bertrange, au prix de son offre, soit 172.450,55 €, TTC, et ceci suite à une procédure de mise en adjudication publique ;*

*Revu les lettres motivées du 29.04.2005 relatives à la notification aux différents soumissionnaires de la décision d'adjudication du pouvoir adjudicateur aux différents soumissionnaires,*

*Vu les réclamations à l'égard de la décision précitée, intervenues dans le délai légal de 15 jours,*

*Considérant que les réclamations nous semblent justifiées en différents aspects de l'analyse technique,*

*Considérant que le bureau d'études YYY et le bureau acousticien XXX, dans leur lettre du 20.05.2005, estiment que suite à divers changements, les bases d'adjudication ont changé, ce qui nécessite une adaptation du descriptif du cahier des charges,*

*Considérant donc qu'il y a lieu de compléter et de préciser le cahier des charges en vue de faciliter l'analyse technique de la conformité des offres,*

*Considérant plus particulièrement qu'il y a lieu de procéder au retrait administratif de la décision d'adjudication du 29 avril 2005,*

*Considérant également qu'il échet, en vue de ne pas retarder l'exécution des travaux et fournitures sous titre, de remettre en adjudication les prestations relatives aux équipements audiovisuels,*

*Attendu qu'il y a lieu d'informer tous les soumissionnaires de la présente décision de retrait administratif, qui est susceptible d'un recours en annulation auprès du tribunal administratif,*

*Vu la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics,*

*Vu le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988,*

*Vu les dispositions du règlement grand-ducal du 08.06.1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes,*

*Après un échange de vues et sur base des motifs précités (...) » ;*

Cette décision fut notifiée à la société ... par courrier du collège échevinal du 26 mai 2005 avec l'information qu'une nouvelle adjudication publique sera publiée dans les quotidiens le samedi 28 mai 2005.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 26 août 2005, la société ... a fait introduire un recours tendant à l'annulation de la décision ci-avant visée du 26 mai 2005.

Aucun recours au fond n'étant prévu en la matière, le recours en annulation est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai prévus par la loi.

Quant au fond, la société ... conclut d'abord à l'illégalité de la décision litigieuse pour défaut de motivation et de violation afférente des dispositions de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où l'extrait du registre aux délibérations du collège échevinal du 24 mai 2005 serait à considérer comme faisant partie intégrante de la décision litigieuse, elle soutient que cet extrait serait vague, général et imprécis, étant donné qu'il y est question de changements au niveau des bases d'adjudication suite à « *divers changements* » nécessitant une adaptation du descriptif du cahier des charges, sans que pour autant la nature des changements intervenus ou encore le contenu des réclamations intervenues n'ait pour autant été indiqué. La motivation de la décision litigieuse serait ainsi inexistante ou du moins incomplète au point de valoir absence de motivation. Estimant que le défaut de motivation constitue un vice de forme qui s'analyse en une violation d'une forme destinée à protéger les intérêts privés, elle fait dès lors valoir qu'en présence d'une obligation expresse de motivation formelle, l'inobservation de cette formalité devrait entraîner l'annulation de l'acte.

En deuxième ordre de subsidiarité, la société ... fait valoir qu'il serait difficile de cerner le fondement juridique de la décision attaquée et que pour autant qu'il résiderait dans le

changement des bases de l'adjudication, il y aurait lieu de se reporter à l'article 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant notamment exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics qui énoncerait de manière limitative les motifs susceptibles de justifier l'annulation d'une adjudication et dont seule l'hypothèse prévue au point 3) pourrait éventuellement être rapprochée de la motivation imprécise figurant à l'extrait du registre aux délibérations du collège échevinal du 24 mai 2005. Elle relève encore à cet égard que ledit article 91 aurait pour vocation de s'appliquer uniquement pendant la période de mise en adjudication et non point à partir du moment où le marché a déjà été adjugé à l'un des soumissionnaires.

A titre subsidiaire, à supposer que la disposition en question serait susceptible d'être appliquée postérieurement à l'adjudication du marché, la société ... fait valoir que les conditions posées par le point 3) dudit article 91 ne se seraient pas réunies, étant donné que les bases d'adjudication n'auraient pas subi de changement substantiel et que leurs changements mineurs n'auraient pas été la suite de circonstances imprévues, mais auraient résulté de la négligence flagrante de l'un des conseils de l'administration communale de Bertrange, en l'occurrence le bureau XXX SC/SPRL, qui n'aurait pas remis un descriptif complet pour une ou plusieurs positions du cahier des charges, tel que cela se dégagerait de la lettre du bureau YYY à l'administration communale de Bertrange du 20 mai 2005.

Dans son mémoire en réponse l'administration communale de Bertrange signale d'abord qu'au vu de la complexité de la matière, le bureau d'études chargé par la commune de l'élaboration du cahier des charges s'était fait assister par un bureau spécialisé pour l'élaboration du volet acoustique du cahier des charges à respecter par les différents soumissionnaires. Or, à la suite de l'adjudication du marché à la société ..., il se serait avéré, lors de l'examen des réclamations introduites à la suite de cette décision d'adjudication, que le cahier des charges initialement élaboré par le bureau XXX n'avait pas été retranscrit intégralement dans le cahier des charges remis aux différents soumissionnaires, ceci en raison d'un problème informatique ignoré tant par l'administration communale que par les deux bureaux d'études. Il se serait encore avéré que du moins pour le volet acoustique, la conformité des différentes offres remises n'avait pas été vérifiée par rapport au cahier des charges remis aux différents soumissionnaires, mais par rapport à un cahier des charges dont seul le bureau XXX avait connaissance. Si ainsi l'offre de la société ... était en tous points conforme au volet acoustique du cahier des charges complet, il se serait néanmoins agité d'un pur hasard, alors que tout comme les autres soumissionnaires, elle ne disposait pas au départ du cahier des charges complet.

Dans la mesure où les offres des autres soumissionnaires étaient cependant conformes au cahier des charges qui leur avait été remis, à savoir une version du cahier des charges sous forme de prix unitaire en toutes lettres, très simplifié et ne contenant pas tous les détails des clauses techniques du matériel demandé, le collège échevinal n'aurait eu d'autre choix que de procéder au retrait administratif de sa décision d'adjudication, ceci d'autant plus que la société ..., tel que cela fut confirmé par la suite par le bureau XXX, avait constaté cette incohérence du cahier des charges et ce manque de détail et avait contacté directement ledit bureau pour recevoir les informations manquantes, de sorte à s'être vu remettre une version complète du cahier des charges.

Quant au premier moyen présenté à l'appui du recours, la commune rétorque que la sanction d'une omission de motiver une décision administrative consisterait, non pas, comme

le suggère la partie requérante, en l'annulation de l'acte, mais dans la suspension des délais de recours, la décision restant valable et l'administration pouvant produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif. Elle fait valoir qu'en tout état de cause l'argumentation fondée sur le défaut de motivation serait à rejeter, alors que la décision déferée serait motivée à suffisance de droit à partir de la délibération du collège échevinal du 24 mai 2005 annexée au courrier du 26 mai 2005.

Elle fait valoir ensuite que la décision critiquée ne serait pas une décision d'annulation prise par application de l'article 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précité, mais une décision de retrait administratif dont le but serait de réparer une erreur à la base de la décision en question. Dans la mesure où il serait établi en l'espèce que les offres des différents soumissionnaires, en ce qui concerne le volet acoustique, n'auraient pas été analysées par rapport au cahier des charges qui leur avait été remis, mais par rapport à un cahier des charges plus complet, dont la société ... était la seule à avoir connaissance, le jeu de la libre concurrence et les règles fondamentales régissant les soumissions publiques auraient manifestement été faussées, de sorte que dans ces conditions le retrait administratif se serait imposé.

Dans son mémoire en réplique la société ... précise qu'elle n'a pas reçu dès le début de la remise du cahier des charges une version complète de celui-ci, mais uniquement sur le tard, lors d'une réunion avec la société XXX en date du 12 mai 2005, tout en relevant qu'il lui demeurerait incompréhensible pour quelle raison les autres participants à la première adjudication n'auraient pas reçu ces informations en même temps qu'elle même.

Concernant ensuite la qualification de la décision attaquée, la demanderesse se réfère à la motivation de la décision litigieuse se dégageant de l'extrait du registre aux délibérations du collège échevinal de la commune du 24 mai 2005 où il est fait référence à la terminologie de l'article 91 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003. Elle relève en outre qu'il se dégagerait clairement de la prise de position de la commune que la décision critiquée a été retirée ou annulée non pas à cause d'une modification des bases d'adjudication, mais bien à cause d'une négligence grave commise par l'administration lors de la distribution des cahiers des charges de la première adjudication par les soins de ses propres conseils. Elle en déduit que la décision reposerait en tout état de cause partiellement sur de faux motifs.

La demanderesse insiste encore pour soutenir qu'il ne ferait pas de doute que l'adjudication du marché litigieux s'était formée entre elle et l'administration communale de Bertrange moyennant une convention en bonne et due forme qui ferait la loi entre elles et que l'administration communale serait par conséquent tenue d'exécuter cette convention où, le cas échéant, de convenir avec elle d'une résiliation bilatérale en bonne et due forme, tout en l'indemnisant du préjudice lui accru, étant donné qu'elle n'aurait pas à souffrir de conséquences d'une distribution imparfaite de la documentation du cahier des charges par l'administration communale ou l'un de ses conseillers lors de la première adjudication publique.

Elle estime finalement que le seul fait de vouloir après coup respecter les règles d'une saine concurrence ne devrait pas pour autant amener la création d'un préjudice financier important pour le bénéficiaire d'une adjudication en cas de retrait ou d'annulation d'une décision administrative d'attribution d'un marché public.

Dans son mémoire en duplique l'administration communale relève d'abord que les frais de signification par voie d'huissier du mémoire en réplique de la demanderesse seraient à considérer comme étant frustratoires étant donné que les mémoires pourraient valablement être notifiés par télécopie. Elle demande par conséquent que ces frais ne soient pas pris en considération pour le calcul des frais et dépens de l'instance.

Tout en relevant que cela ne concernerait pas la présente affaire, elle insiste néanmoins qu'aucune faute ne pourrait être reprochée à l'administration communale qui ne serait pas un spécialiste en la matière, raison pour laquelle elle aurait par ailleurs eu recours aux services d'une société spécialisée. Quant à la qualification de la décision litigieuse, elle fait valoir que dans la délibération du collège échevinal versée au dossier il est précisé qu'il a été décidé de procéder au « *retrait administratif* » de la décision d'adjudication du 29 avril 2005.

Concernant ensuite les prétendus faux motifs retenus à la base de la décision litigieuse, elle relève que la même délibération du 24 mai 2005 renvoie expressément aux différentes réclamations à l'égard de la décision d'adjudication du 29 avril 2005 et soutient que le fait que d'autres éléments de motivation se sont ajoutés à la motivation principale, à savoir le bien-fondé des réclamations, ne préjudicierait en rien la légalité de la décision attaquée.

Quant à la prétention de la demanderesse qu'une convention en bonne et due forme se serait formée entre parties, l'administration communale renvoie à l'article 90 (4) de la nouvelle loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics pour soutenir qu'il existe un délai d'au moins quinze jours entre la décision d'adjudication et la conclusion du contrat et que dans la mesure où en l'espèce aucun contrat de ce type n'aurait été conclu, l'argumentation y relative développée par la partie demanderesse serait à rejeter purement et simplement comme n'étant pas fondée. A titre subsidiaire, même à supposer qu'une telle convention ait été conclue, elle estime qu'il s'agirait d'une question d'exécution du marché, ou d'une convention, soumise au droit civil et échappant au contrôle du juge administratif. Pareillement, la question de savoir si oui ou non la société ... a subi un préjudice financier du fait du retrait administratif serait étrangère à la présente instance, étant donné que le juge administratif ne serait pas compétent pour se prononcer sur une question de droit civil.

Dans leur mémoire supplémentaire, les parties développent plus en avant leurs prises de position respectives au sujet de l'existence ou non d'une convention en bonne et due forme entre elles, ainsi que des conséquences à en dégager le cas échéant.

Il est constant que la décision litigieuse date du 24 mai 2005 et consiste, d'après son libellé précis et explicite, à procéder « *au retrait administratif de la décision du 29 avril 2005 relative à l'exécution des travaux d'installations audiovisuelles de l'école de musique à Bertrange confiés à l'entreprise ... S.A.* », de sorte à s'analyser clairement en une décision de retrait de l'adjudication du marché ayant eu lieu le 29 avril 2005, étant entendu qu'au-delà de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'annuler une *mise* en adjudication pour les motifs prévus à l'article 91 du même règlement grand-ducal, se situant à un stade préalable à l'adjudication du marché, le retrait d'une décision administrative, en dehors des cas où la loi en dispose autrement, est en principe possible sous condition de s'inscrire dans les prévisions de l'article 8 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes qui dispose comme suit :

*« En dehors des cas où la loi en dispose autrement, le retrait rétroactif d'une décision ayant créé ou reconnu des droits n'est possible que pendant le délai imparti pour exercer contre cette décision un recours contentieux, ainsi que pendant le cours de la procédure contentieuse engagée contre cette décision.*

*Le retrait d'une telle décision ne peut intervenir que pour une des causes qui aurait justifié l'annulation contentieuse de la décision ».*

Ledit règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ayant par ailleurs été expressément visé par la décision litigieuse, l'argumentation de la partie demanderesse fondée sur le non-respect allégué des dispositions de l'article 91 du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003 ayant trait à l'hypothèse spécifique de l'annulation d'une mise en adjudication, non pertinente en l'espèce, laisse d'être fondée.

Il est encore constant à partir du libellé de la décision litigieuse que le litige sous examen a pour objet une décision de retrait d'une décision d'adjudication, distincte et préalable à la conclusion même du contrat avec l'adjudicataire qui, d'après les dispositions de l'article 90 (4) du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003, a lieu seulement après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents suivant les dispositions du paragraphe 3 du même article, ceci moyennant apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission produit par l'adjudicataire, étant entendu que la question de la conclusion du contrat avec l'adjudicataire est en tant que telle étrangère au litige sous examen.

La même conclusion s'impose encore relativement aux développements de la demanderesse en rapport avec le préjudice subi en raison de la prise de la décision de retrait litigieuse, étant donné que cette question, au-delà de son incidence éventuelle dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours, non utilement contestée en l'espèce, échappe encore à la compétence des juridictions administratives qui ne sont appelées à examiner une décision administrative dans le cadre d'un recours en annulation que sous le seul aspect de sa légalité.

Concernant le premier moyen tiré du défaut de motivation allégué de la décision litigieuse et fondé sur une violation des dispositions de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité, il y a lieu de relever d'abord que s'agissant d'une décision qui dans son résultat revient à révoquer ou modifier une décision antérieure en l'absence de toute demande afférente de l'intéressé, elle rentre clairement dans les prévisions de l'alinéa 2 de l'article 6 invoqué par la demanderesse, de sorte qu'au-delà de l'obligation générale de motivation inscrite à l'alinéa premier du même article, elle « **doit formellement** indiquer les motifs par énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base ».

S'il est certes vrai que conformément aux dispositions de l'article 7 du même règlement grand-ducal du 8 juin 1979, les délais de recours tant contentieux, qu'administratifs ne courent qu'à partir de la communication des motifs lorsque la décision doit être motivée, il n'en reste pas moins que cette incidence légale sur les délais de recours dans l'hypothèse d'une communication différée, voire inexistante des motifs, s'analyse juridiquement en un effet légal de l'absence de motivation d'une décision, valable de manière générale par rapport à toute décision administrative qui doit baser sur des motifs légaux, sans que le libellé dudit article 7 ne permette pour autant d'ériger cet effet légal en la seule sanction possible d'une

violation des dispositions spécifiques du deuxième alinéa de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité, étant entendu que la sanction de droit commun en matière de violation de la loi et des formes destinées à protéger les intérêts privés est en matière administrative l'annulation.

L'exigence d'indication formelle des motifs étant limitée par la loi à l'énoncé sommaire seulement de la cause juridique qui sert de fondement à la décision et des circonstances de fait à sa base, force est de constater en l'espèce que la décision litigieuse du 24 mai 2005, en ce qu'elle fait état de la nécessité de compléter et de préciser le cahier des charges en vue de faciliter l'analyse technique de la conformité des offres, ainsi que surtout au caractère justifié en différents aspects des réclamations qui sont intervenues dans le délai légal de quinze jours à l'égard de la décision d'adjudication du 29 avril 2005, répond, - certes de justesse -, aux exigences légales de motivation, étant entendu que les éléments sommaires énoncés ont été suffisamment précis pour permettre aux personnes intéressées de prendre le cas échéant inspection du dossier administratif et notamment du contenu des réclamations visées par la décision litigieuse. La motivation de la décision litigieuse ayant pour le surplus été explicitée en cours d'instance contentieuse et la partie demanderesse ayant pu prendre position, de manière détaillée, par rapport aux différents points explicités par la commune, aucune lésion de ses droits ne saurait être retenue en l'espèce.

Il se dégage des considérations qui précèdent que le premier moyen basé sur un défaut allégué de motivation laisse d'être fondé.

Il se dégage du dossier administratif ainsi que des arguments échangés en cours d'instance contentieuse, que le motif de retrait réside dans le fait qu'il s'est avéré seulement après l'adjudication du 29 avril 2005 que l'évaluation des dossiers de soumission fut effectuée par rapport à un cahier des charges différent de celui qui fut soumis au départ à l'ensemble des soumissionnaires, et que seul la société ..., à la suite d'une demande de renseignements de sa part adressée au bureau d'études XXX, s'était vue communiquer le cahier des charges complet par rapport auquel les dossiers de soumission ont pourtant été évalués.

Or, l'examen des offres consistant à vérifier les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, notamment quant au bien-fondé des prix et quant à l'exactitude des calculs, par rapport aux conditions du cahier des charges qui leur a été remis et non pas par rapport à un cahier des charges différent dont ils ignorent les clauses, la vérification des offres n'a en l'espèce à l'évidence pas eu lieu suivant les règles légales inscrites au chapitre XVIII du règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003, étant entendu que le fait même que le cahier des charges complet remis à la société ... et utilisé par le bureau d'études pour l'évaluation des offres était distinct de celui remis aux autres soumissionnaires n'est pas utilement contesté.

La cause de retrait s'analysant ainsi en une cause qui aurait justifié l'annulation contentieuse de la décision d'adjudication, la décision litigieuse s'inscrit dans les prévisions de l'article 8 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité.

Dans la mesure où la question du préjudice accru à la demanderesse du fait de ce retrait et des circonstances qui l'ont généré, relèvent non pas du contentieux administratif mais s'analysent en des questions de responsabilité civile, il y a lieu de constater qu'à défaut



de tout autre moyen susceptible d'énervier la légalité de la décision litigieuse, le recours en annulation laisse d'être fondé.

**Par ces motifs,**

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond le dit non justifié et en déboute;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 5 avril 2006 par :

Mme Lenert, vice-président,  
Mme Lamesch, premier juge,  
M. Sünner, juge,

en présence de M. Schmit, greffier en chef.

Schmit

Lenert