

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 200.316 du 1^{er} février 2010

G./A.195.314/VI-18.518

En cause : **1. la société anonyme ETABLISSEMENTS
MAURICE WANTY,
2. la société anonyme T.R.B.A.,**

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue du Gouvernement, n° 50,
7000 Mons,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
de droit public Intercommunale pour la gestion
et la réalisation d'études techniques et économiques,**
en abrégé IGRETEC,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme GALERE,
2. la société anonyme SOCIETE POUR
LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX
D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE,**
en abrégé SODRAEP,
formant ensemble la société momentanée
GALERE/SODRAEP,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 25 janvier 2010 par la société anonyme ETABLISSEMENTS MAURICE WANTY et la société anonyme T.R.B.A., qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision

prise par la SCRL IGRETEC, [...] par laquelle en date du 6 janvier 2010, il a été décidé que l'offre des requérants était irrégulière, et que l'offre déposée par la société momentanée Galère/Sodraep était la moins-disante, cette dernière étant dès lors désignée comme adjudicataire du marché relatif aux travaux d'extension du Parc d'Activités Economiques de Jumet";

Vu l'ordonnance du 26 janvier 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 28 janvier 2010 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 28 janvier 2010 par laquelle la société anonyme GALERE et la société anonyme SOCIETE POUR LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE, en abrégé SODRAEP, formant ensemble la société momentanée GALERE/SODRAEP, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Céline DELHOUX, loco Me Eric BALATE, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Mes Véronique BERTRAND et Nathalie SCHMITZ, avocats, comparaisant pour les parties intervenantes;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. QUANT A L'INTERVENTION

Considérant que rien ne s'oppose à l'intervention de la société anonyme GALERE et de la société anonyme SOCIETE POUR LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE, en abrégé SODRAEP, formant ensemble la société momentanée GALERE/SODRAEP, en tant qu'attributaires du marché litigieux, dans la présente procédure;

II. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 22 octobre 2008, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un marché public de travaux, à passer selon la procédure d'adjudication publique, concernant des travaux d'extension du parc d'activités économiques de Jumet.

2. Le 2 décembre 2008, la partie adverse publie un avis rectificatif, lequel contient notamment le texte modificatif suivant :

" III.2.1.- Situation propre des opérateurs économiques :
En vue de la sélection qualitative, l'entrepreneur annexera obligatoirement à son offre une déclaration sur l'honneur attestant qu'il ne se trouve pas dans une des situations visées par l'article 69 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996.".

3. Le 15 décembre 2008, lors de l'ouverture des offres, il est constaté que cinq offres ont été déposées, dont celle des requérantes qui apparaît comme étant la deuxième moins-disante, à savoir :

1. S.M. Eurovia/Fodetra :	6.257.429,94 €
2. S.A. Colas Jouret :	5.839.095,39 €
3. S.M. Wanty/TRBA :	5.877.353,46 €
4. S.M. Galère/Sodraep :	5.892.553,12 €
5. S.M. Eraerts/Denul/Travexploit :	6.507.025,55 €

4. Le 20 octobre 2009, le marché est attribué à la société momentanée GALERE/SODRAEP.

5. Le 22 octobre 2009, les requérantes reçoivent de la partie adverse la lettre suivante :

" Dans le cadre de l'adjudication susmentionnée, nous avons le regret de vous signaler que votre offre n'a pas été sélectionnée en raison de l'absence :

* Du document exigé pour la sélection qualitative au point III.2.1. de l'avis rectificatif paru au bulletin des adjudications du 02 décembre 2008 et au journal officiel de l'union européenne du 5 décembre 2008 (déclaration sur l'honneur attestant que l'entrepreneur ne se trouve pas dans une des situations visées par l'article 69 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996). En vertu de la circulaire du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, les fournisseurs et des prestataires de services, tous les documents exigés par le pouvoir adjudicateur dans

l'avis de marché en vertu des articles 17 à 20, 43 à 46 et 69 à 73 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doivent être joints à l'offre. Si la production du document manquant résulte de la seule initiative du candidat ou du soumissionnaire (exemple : déclaration sur l'honneur), le pouvoir adjudicateur doit apprécier l'absence de cette pièce plus sévèrement que si la production dépend d'un tiers (exemple : déclaration bancaire), d'autant que la demande de déclaration sur l'honneur en lieu et place de tous les documents visés dans l'A.R. du 8 janvier 1996 a pour objectif de faciliter le travail des soumissionnaires;

* D'agrément en sous-catégorie C6-classe 5. Vous indiquez faire appel au S.A. Sowal 92 et ETWAL sans toutefois annexer leurs certificats d'agrément. Après vérification, nous avons constaté que la S.A. Sowal 92 possède bien l'agrément en sous-catégorie C6-classe 5. Toutefois, nous n'avons aucun engagement dans le chef du sous-traitant, seul habilité à régulariser l'offre du soumissionnaire quant aux exigences relatives à l'agrément, quant à sa participation au présent marché."

6. Le 5 novembre 2009, les requérantes introduisent un recours en suspension d'extrême urgence contre cette décision.

7. Le 10 novembre 2009, à la suite de l'introduction de cette requête, la partie adverse décide de retirer son acte et de réexaminer les offres. Par arrêt n° 197.808 du 13 novembre 2009, le Conseil d'Etat juge que le recours est devenu sans objet.

8. Le 6 janvier 2010, la partie adverse attribue le marché à la société momentanée GALERE/SODRAEP et rejette l'offre des requérantes pour les motifs suivants :

" [...]

Les S.M. WANTY/TRBA et ERAERTS/DENUL/TRAVEXPLOIT n'ont pas joint la déclaration sur l'honneur attestant que l'entrepreneur ne se trouve pas dans une des situations visées par l'article 69 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996.

En vertu de la Circulaire du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, tous les documents exigés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché, en vertu des articles 17 à 20, 43 à 46 et 69 à 73 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doivent être joints à l'offre. Si la production du document manquant résulte de la seule initiative du candidat ou du soumissionnaire (exemple : déclaration sur l'honneur), le pouvoir adjudicateur doit apprécier l'absence de cette pièce plus sévèrement que si la production dépend d'un tiers (exemple : déclaration bancaire), d'autant que la demande de déclaration sur l'honneur en lieu et place de tous les documents visés dans l'A.R. du 8 janvier 1996 a pour objectif de faciliter le travail des soumissionnaires.

En l'espèce, il ressort du cahier spécial des charges qu'en vue de la sélection qualitative, l'entrepreneur devait annexer à son offre une déclaration sur l'honneur attestant qu'il ne se trouve pas dans une des situations visées par l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Dès lors, puisque le pouvoir adjudicateur a défini les documents qui devaient être joints dans le cahier spécial des charges, ces documents doivent être fournis à peine de fausser l'appréciation quant à la capacité des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé.

Il s'ensuit que les attestations sur l'honneur n'étant pas jointes par ces deux soumissionnaires, leur candidature mérite d'être déclarée irrégulière.

Il importe peu à cet égard qu'une référence inexacte ait été faite à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 alors que cette disposition concerne le marché de service et qu'en l'espèce il s'agit d'un marché de travaux de sorte que c'est l'article 17 de l'arrêté royal qui est d'application.

Les articles 69 et 17 sont rédigés, en effet, de la même manière (comp. les arrêts S.A. Entreprises Philippe Rousseaux, n/ 97.319 du 29 juin 2006 et S.A. Collignon, n/ 160.374 du 21 juin 2006).".

Il s'agit de la décision attaquée qui est notifiée aux requérantes par lettre recommandée du 8 janvier 2010;

III. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que, comme les requérantes le relèvent, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

A. PREMIER MOYEN

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen de "la violation de l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics"; qu'elles font valoir que l'article 69 de l'arrêté royal précité s'applique aux règles de sélection qualitative pour les marchés publics de services et non de travaux, que cette disposition "servant de fondement pour ici, d'une part requérir un document et d'autre part, ne pas sélectionner une offre, est dépourvue de toute pertinence puisque, de l'aveu même du premier avis de marché il s'agit d'un marché de travaux et non de services", qu'il ne peut être question de ne pas sélectionner une offre dès lors que ce défaut de sélection se fonde sur le non-respect d'une disposition légale inapplicable au cas d'espèce;

Considérant qu'en vertu de l'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, en cas de marché de travaux passé selon la procédure d'adjudication publique comme en l'espèce, il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires sur la base des renseignements et documents prévus aux articles 17 à 19 du même arrêté royal; que pour sa part, l'avis rectificatif de marché se réfère à "une des situations visées par l'article 69 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996", lequel est applicable aux marchés de services; que cette erreur de référence, admise par la partie adverse dans la décision attaquée, est restée sans conséquence pour les parties requérantes dès lors que le régime juridique des causes d'exclusion qui est édicté par l'article 69 est le même que celui prescrit par l'article 17; qu'en outre, l'avis rectificatif se réfère aux "situations visées par l'article 69", lesquelles sont identiquement les mêmes que celles énoncées par l'article 17; qu'enfin, cette erreur n'a pas empêché d'autres soumissionnaires de produire le document exigé; qu'à première vue, le moyen n'est pas sérieux;

B. DEUXIEME MOYEN

Considérant que les requérantes prennent un deuxième moyen de "la violation du principe des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 20 § 3 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, de la violation du principe «patere legem quam fecisti», de l'erreur manifeste d'appréciation, et du principe de bonne administration"; qu'elles soutiennent que l'acte attaqué doit indiquer les motifs, de droit et de fait, exacts, pertinents et

admissibles en droit qui justifient le défaut de sélection d'un candidat sur la base d'un document manquant, qu'en l'espèce, l'acte querellé se fonde "sur une interprétation erronée des termes de la circulaire du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, se retranche sans motivation aucune sur le principe d'appréciation de la capacité des soumissionnaires et sur le principe d'égalité de traitement, de manière insuffisante sur la validité de l'inexactitude de la référence à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996";

Considérant que la sélection qualitative dans les marchés de travaux s'effectue, selon l'article 16 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, "sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque entrepreneur" requis notamment en vertu de l'article 17 du même arrêté; que lorsque les documents du marché exigent à cet effet la production de pièces, comme c'est le cas de l'avis rectificatif, celles-ci doivent être fournies en annexe à l'offre; qu'en constatant que les requérantes n'ont pas produit en annexe à leur offre la déclaration requise, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé les principes visés au moyen; que l'article 20, § 3, du même arrêté offre une faculté au pouvoir adjudicateur qui n'est pas tenu de l'exercer; qu'en tout état de cause, cette disposition ne permet pas de régulariser une offre ne respectant pas les modalités et exigences imposées pour son introduction; que par ailleurs, la partie adverse a indiqué à suffisance dans la décision attaquée les motifs pour lesquels elle n'a pas sélectionné l'offre des requérantes; qu'enfin, la troisième critique se confond avec le premier moyen qui n'a pas été jugé comme étant sérieux; qu'à première vue, le moyen n'est pas sérieux;

C. TROISIEME MOYEN

Considérant que les requérantes prennent un troisième moyen "de la violation de l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'erreur manifeste d'appréciation et de bonne administration, ainsi que de la rupture de l'égalité entre les candidats"; qu'elles font valoir que "l'acte querellé, concernant particulièrement la motivation de l'appréciation des justifications des prix anormalement bas et hauts de l'offre du candidat qui s'est vu attribué le marché, se lit comme suit : «bien que le soumissionnaire, n'apporte pas de justification à ce prix anormalement bas au regard de l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur décide de le prendre en considération eu égard au faible montant de ce poste par rapport au montant global de l'offre»", que l'article 110, § 3, prévoit de manière exhaustive et limitative les justifications qui peuvent être prises en compte par

le pouvoir adjudicateur, qu'en l'espèce, la justification de certains prix anormalement bas et hauts de l'offre retenue in fine par le pouvoir adjudicateur ne répond pas au prescrit de l'article 110, § 3, ne constitue pas une motivation adéquate, pertinente et admissible mais bien plus rompt, en l'absence d'objectivité des critères d'appréciation, l'égalité entre les soumissionnaires;

Considérant qu'il ressort de l'examen des deux premiers moyens que c'est à juste titre que la partie adverse n'a pas sélectionné l'offre des requérantes; que n'étant pas sélectionnées, les requérantes n'ont pas intérêt à soulever un moyen relatif à l'irrégularité de l'offre retenue, l'étape de la sélection qualitative se situant en amont de l'examen de la régularité de l'offre ainsi que le prévoit l'article 110, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; qu'à première vue, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des conditions requises pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme GALERE et la société anonyme SOCIETE POUR LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE, en abrégé SODRAEP, formant ensemble la société momentanée GALERE/SODRAEP, est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 300 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
premier février deux mille dix par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.