

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 209.569 du 7 décembre 2010

G./A.198.282/VI-18.886

En cause : **la société anonyme VALENTI GARDEN COMPANY,**

ayant élu domicile chez
Me Jean LAURENT, avocat,
Rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles

contre :

**l'Institut Bruxellois pour la Gestion de
l'Environnement**, en abrégé I.B.G.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 19 novembre 2010 par la société anonyme VALENTI GARDEN COMPANY, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision de date inconnue par laquelle l'Institut Bruxellois pour la Gestion de l'Environnement, en abrégé I.B.G.E., a considéré que son offre relative au marché de services concernant l'entretien d'espaces verts "Zone Est" ne répondait pas aux exigences de sélection qualitative;

Vu l'ordonnance du 22 novembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 30 novembre 2010 à 10 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jean LAURENT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

1. Le 19 juillet 2010, la partie adverse publie un avis, dans le Bulletin des adjudications, concernant un marché public de services relatif à l'entretien d'espaces verts "Zone Est" comprenant six lots à passer selon une procédure d'adjudication publique avec publicité.

2. La requérante soumet une offre le 9 septembre 2010.

3. Le 5 novembre 2010, la partie adverse lui notifie la décision attaquée de date inconnue comportant la motivation suivante :

" [...]

Les éléments suivants ont été contrôlés :

- [...]

- Liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années (minimum 10 marchés de 70.000 € TVAC pour le lot 1, de 45.000 € TVAC pour le lot 2, de 200.000 € TVAC pour le lot 3, de 20.000 € TVAC pour le lot 4, de 45.000 € TVAC pour le lot 5, de 60.000 € TVAC pour le lot 6), indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés :

- S'il s'agit de services à des autorités publiques, la justification est fournie par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente;
- S'il s'agit de services à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le prestataire de services;

- [...]

Examen :

Il apparaît, à l'analyse de ces éléments, que :

- Le soumissionnaire Valenti Garden Company ne satisfait pas aux critères pour les raisons suivantes : document insuffisant, ensuite de quoi son offre a été écartée.
- Le soumissionnaire a fourni une liste des principaux services exécutés sans indiquer le montant, la date et sans y avoir joint les justificatifs. [...]"

Considérant que la requérante soulève un premier moyen pris "de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation formelle des actes administratifs, du principe de bonne administration, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité"; qu'elle fait valoir que la motivation de l'acte attaqué est stéréotypée car elle est identique à celle contenue dans plusieurs autres décisions par lesquelles la

partie adverse a écarté les offres qu'elle avait soumises dans le cadre d'autres marchés publics; qu'elle estime que la motivation est lacunaire et ne lui permet pas de comprendre en quoi elle ne dispose pas des compétences techniques suffisantes pour exécuter le marché public litigieux; qu'elle ajoute qu'elle a déjà presté des services pour la partie adverse et que les références demandées dans le cahier spécial des charges et qu'elle n'a pas mentionnées, sont celles concernant les services déjà prestés pour la partie adverse; qu'elle considère qu'elle pouvait juger raisonnable que la partie adverse ne se demande pas à elle-même ses propres justificatifs; qu'elle estime déraisonnable et disproportionné le fait que la partie adverse ait écarté son offre; qu'elle précise que la production des documents manquants n'était pas prescrite à peine de nullité de l'offre; qu'elle soutient également que la partie adverse n'était pas tenue d'écarter son offre et que les principes généraux du raisonnable et de proportionnalité imposaient qu'elle ne l'écarte pas alors qu'elle pouvait aisément établir la capacité technique de la requérante; qu'enfin, elle indique que le principe de bonne administration commandait à la partie adverse de lui demander les documents manquants;

Considérant que la partie adverse répond que la requérante n'a pas communiqué les références exigées dans le cahier spécial des charges et qu'en outre, le nombre de références invoqué est insuffisant car il en fallait dix par lot et qu'il y en a neuf pour l'ensemble des six lots; qu'elle précise que la requérante n'a pas mentionné la date de réalisation des marchés concernés et n'a pas produit de certificat de bonne exécution; que la partie adverse ajoute que la motivation de l'acte attaqué est suffisante et que la requérante ne la conteste pas sur le fond dès lors qu'elle admet ne pas avoir communiqué les références exigées; qu'elle fait valoir que les critiques, émises par la requérante à l'encontre de la décision litigieuse, attestent qu'elle a parfaitement compris les raisons pour lesquelles son offre a été écartée; qu'elle considère qu'elle n'était pas tenue de demander à la requérante de compléter son offre et qu'en outre, dans une procédure d'adjudication, elle ne pouvait pas lui demander de préciser son offre; qu'elle estime qu'il appartient aux soumissionnaires de constituer leurs offres et non au pouvoir adjudicateur de le faire à leur place; que la partie adverse soutient que la requérante ne précise pas quelles sont les références qui auraient dû être prises en compte d'initiative par le pouvoir adjudicateur de sorte que son intérêt au moyen n'est pas avéré; que la partie adverse ajoute que la requérante a commis de nombreux manquements dans le cadre de l'exécution de marchés publics qu'elle lui avait attribués antérieurement; qu'elle précise que le fait de ne pas avoir prescrit la production des références concernées à peine de nullité, ne l'empêchait pas de constater que la requérante ne démontrait pas qu'elle répondait aux exigences de sélection qualitative et que, sur ce point, la requérante confond la sélection qualitative et la régularité des offres;

Considérant que le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires, en vue de démontrer leur capacité technique, de fournir une liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années qui devait mentionner au moins dix marchés pour chacun des six lots; que le cahier spécial des charges requérait également que les soumissionnaires précisent la date d'exécution des services concernés, leurs montants ainsi que leurs destinataires et qu'ils produisent des pièces justificatives attestant la prestation de ces services; que la liste, produite par la requérante dans son offre, ne comporte pas le nombre exigé de marchés par lot, ne précise pas la date d'exécution des services mentionnés, ni leurs montants; qu'en outre, la requérante n'a pas présenté de pièces justificatives démontrant la prestation de ces services; qu'il ressort clairement et suffisamment de la motivation de la décision attaquée que c'est en raison de ces manquements de la requérante que la partie adverse a estimé qu'elle ne démontrait pas, conformément au prescrit du cahier spécial des charges, qu'elle répondait aux exigences de sélection qualitative; que la motivation de l'acte entrepris ne peut être qualifiée de stéréotypée sous le seul prétexte que la partie adverse aurait motivé de la même façon certaines décisions relatives à d'autres marchés publics pour lesquels la requérante aurait soumissionné; qu'il ressort en effet de l'examen du dossier administratif et de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse a procédé à un examen concret de l'offre que la requérante lui a présentée et a justifié adéquatement la décision litigieuse au regard des défauts qui entachaient son offre; que, par ailleurs, en raison de la déficience importante de l'offre de la requérante quant à la démonstration de sa capacité technique, les principes généraux, invoqués à l'appui du moyen, n'imposaient pas à la partie adverse, à supposer même que dans d'autres circonstances ils aient pu l'y contraindre, d'avoir égard aux services que la requérante aurait prestés pour elle antérieurement et au sujet desquels elle n'apporte pas davantage de précisions dans sa requête que dans son offre, ou de demander à la requérante de compléter son offre sur ce point ; qu'enfin, la critique selon laquelle le cahier spécial des charges ne prescrivait pas la production des pièces manquantes à peine de nullité est dénuée de pertinence; que la partie adverse n'a pas déclaré nulle l'offre de la requérante ; qu'elle s'est limitée à décider légalement qu'en ne produisant pas les informations requises, la requérante ne démontrait pas, conformément aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle disposait de la capacité technique requise et qu'elle ne répondait donc pas aux critères de sélection qualitative; que le premier moyen n'apparaît pas sérieux;

Considérant qu'à l'audience, la requérante soulève un second moyen; qu'elle soutient que l'acte attaqué n'aurait pas été adopté par un fonctionnaire habilité pour prendre une telle décision et qu'à tout le moins, la partie adverse n'établit pas l'existence d'une délégation de compétences;

Considérant que la partie adverse soutient que ce moyen nouveau n'est pas recevable; qu'elle indique ne pas en avoir été informée à un moment où elle aurait pu disposer du temps nécessaire pour préparer utilement sa défense; qu'elle en conclut que le respect de ses droits de la défense s'oppose à ce que ce moyen soit jugé recevable;

Considérant que, *prima facie*, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inséré par l'article 2 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, présente un caractère spécifique; qu'en effet, le législateur a justifié sa volonté d'imposer le recours à une telle procédure d'extrême urgence et d'exclure celui à une procédure de suspension ordinaire en précisant que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31); qu'en égard à cette volonté du législateur de prescrire une telle procédure, à mener dans des délais réduits et limitée à des irrégularités manifestes, un moyen nouveau d'ordre public ne peut être soulevé qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience; qu'en l'espèce, tel n'est pas le cas; que le conseil de la partie adverse n'ayant pas été informé de ce moyen nouveau à un moment où il aurait pu interroger sa cliente au sujet de l'existence de délégations de compétences avant l'audience, il n'a pu être débattu au cours de celle-ci de tous les aspects relatifs à cette critique de légalité; que le moyen nouveau est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Yves HOUYET.