

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 209.599 du 8 décembre 2010

G./A.198.222/VI-18.880

En cause :

1. BALLAST NEDAM INFRA B.V.,
2. BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL
ENGINEERING N.V.,
ayant formé une société momentanée Ballast Nedam
Infra BV/Ballast Nedam Environmental Engineering N.V.,

ayant élu domicile chez
Mes Peter FLAMEY et Joost BOSQUET, avocats,
Jan van Rijswijcklaan, n° 16,
2018 Antwerpen,

contre :

la Société Publique d'Aide à la Qualité
de l'Environnement, en abrégé la SPAQUE,

ayant élu domicile chez
Me Charles BULLMAN, avocat,
boulevard Mayence, n° 17,
6000 Charleroi.

Partie intervenante :

la société anonyme ACLAGRO,

ayant élu domicile chez
Me Rika HEIJSE, avocat,
Kortrijksesteenweg, n° 867,
9000 Gand.

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

Vu la demande introduite le 10 novembre 2010 par BALLAST NEDAM INFRA B.V. et BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL ENGINEERING N.V., ayant formé une société momentanée Ballast Nedam Infra BV/Ballast Nedam Environmental Engineering B.V., qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision, en date du 25 octobre 2010, du conseil d'administration de la société publique d'aide à la qualité de l'environnement (ci-après la SPAQUE), portant l'attribution du marché public de travaux "Réhabilitation du site «Cockerill Sambre II» à Couillet- Etape 1- Elimination des

noyaux de pollution (Zone ICDI) et sécurisation géotechnique" à la société anonyme ACLAGRO;

Vu la requête introduite le 2 décembre 2010 par laquelle la société anonyme ACLAGRO demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence;

Vu l'ordonnance du 17 novembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 2 décembre 2010 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Joost BOSQUET et Jean-François DE BOCK, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Mes François VISEUR et Gilles DELACROIX, loco Me Charles BULLMAN avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Rika NEIJSE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur 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 de la demande sont les suivants :

1. La SPAQUE fait publier au Bulletin des Adjudications du Moniteur belge (25/08/2010) et au Journal officiel de l'Union européenne (24/08/2010) un avis de marché ayant pour intitulé : "Réhabilitation du site «Cockerill Sambre II» à Couillet – Elimination des noyaux de pollution (Zone ICDI) et sécurisation géotechnique". La date limite pour la réception des offres est fixée au 11 octobre 2010.

2. A l'ouverture des soumissions, le 11 octobre 2010, six offres sont recueillies, parmi lesquelles celle de la société ACLAGRO et celle des requérantes qui ont constitué ensemble une société momentanée ayant ce marché pour objet.

3. Le 25 octobre 2010, le conseil d'administration de la SPAQUE décide d'écarter, pour irrégularité, l'offre des requérantes et d'attribuer le marché à la société ACLAGRO. Il s'agit de l'acte attaqué.

4. Le 27 octobre 2010, la SPAQUE adresse aux requérantes par télécopieur et par envoi recommandé une lettre rédigée comme suit :

" [...] Le Conseil d'administration de SPAQuE s'est prononcé, en date du 25 octobre 2010, sur l'attribution du marché mentionné sous objet et pour lequel vous avez soumissionné. Je suis au regret de vous informer que votre offre a été jugée irrégulière, et ce pour les motifs figurant dans la décision motivée d'attribution du marché jointe en annexe [...]"

En annexe de ce courrier, est joint une "Note au Conseil d'administration de la société SPAQuE", dans laquelle la recevabilité des offres est analysée comme suit :

" Le dépouillement des offres a permis de constater que la S.M. BALLAST NEDAM Infra - BALLAST NEDAM Environmental Engineering n'avait pas remis l'ensemble des documents requis. En effet, la société BALLAST NEDAM Infra n'a pas remis la preuve de l'existence d'une police d'assurance, ni sa déclaration bancaire, ni sa déclaration sur l'honneur concernant son chiffre d'affaires annuel global et son chiffre d'affaires annuel relatif à des travaux de nature similaire à ceux prévus au présent marché, au cours des trois derniers exercices écoulés. La fiche technique relative à la mise en stock contrôlée des produits excédentaires et/ou identifiés comme contaminés issus du pré-tri et du concassage n'a pas non plus été remise.

Les cinq soumissionnaires restants ont remis l'ensemble des documents requis et en langue française.

En conséquence, l'offre de la S.M. BALLAST NEDAM Infra - BALLAST NEDAM Environmental Engineering est déclarée irrecevable. Les cinq offres restantes ont été déclarées recevables."

Considérant qu'à l'audience du 2 décembre 2010, l'avocat de la société anonyme ACLAGRO a déposé une requête par laquelle celle-ci demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence; qu'en qualité d'attributaire du marché elle a intérêt à intervenir; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que les requérantes soutiennent que l'acte attaqué viole les dispositions légales et réglementaires applicables au marché concerné, ainsi que les documents du marché; qu'en vertu de 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, elles sont donc recevables, pour autant qu'elles justifient de l'intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué, à demander la suspension de l'exécution de celui-ci selon la procédure de l'extrême urgence et sans devoir apporter la preuve d'un

risque de préjudice grave difficilement réparable; que la demande est recevable ratione temporis, ayant été introduite dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/11 de la même loi;

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la demande, déduite de ce que l'offre des requérantes étant irrégulière, celles-ci n'auraient pas intérêt à poursuivre la suspension de la décision d'attribution du marché à la société ACLAGRO;

Considérant que la partie intervenante soulève également une exception d'irrecevabilité, tirée de ce que la demande ne porterait que sur la décision d'attribution du marché à la société ACLAGRO, et non sur la décision qui déclare l'offre des requérantes irrégulière, laquelle serait celle qui porterait préjudice aux requérantes; que celles-ci n'ayant pas attaqué la décision écartant leur offre, elles seraient sans intérêt à demander la suspension de la décision d'attribution du marché;

Considérant, sur les deux exceptions réunies, que la décision de la partie adverse, d'écarter, en raison de son irrégularité, l'offre des requérantes constitue un élément de l'opération complexe aboutissant à la désignation de l'attributaire du marché public; que les requérantes sont recevables à invoquer l'illégalité de cet élément de l'opération lors de leur recours contre la décision finale; qu'elles ont un intérêt à obtenir le marché et, en conséquence, à poursuivre la suspension de l'attribution du marché à un soumissionnaire concurrent, pour autant toutefois que leur offre ait été jugée à tort irrégulière par la partie adverse; que l'examen de l'intérêt est donc lié à celui du fond;

Considérant que les requérantes prennent un moyen unique de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, des articles 18 et 19 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, de l'article 1.11 du cahier spécial des charges, des principes généraux de bonne administration, en l'occurrence, l'obligation de motivation matérielle et de minutie ainsi que de l'absence des fondements requis en droit et en fait; qu'elles reprochent à l'acte attaqué d'avoir écarté leur offre en raison d'une irrégularité tenant à ce qu'elles n'auraient pas déposé des pièces imposées par le cahier spécial des charges; que, dans une première branche, elles font valoir que les documents requis par la sélection qualitative ont tous été présentés par au moins une des deux sociétés constituant la société momentanée, et que, compte tenu de la gestion intégrée de celle-ci, d'un patrimoine commun et de la solidarité entre les deux associés prévus par le contrat de société momentanée, joint à l'offre, ces documents devaient être jugés suffisants ; que, dans une deuxième branche, elles font valoir que les "éléments techniques et procéduraux relatifs à la

mise en stock contrôlée des produits excédentaires et/ou identifiés comme contaminés issus du pré-tri et du concassage", même s'ils ne faisaient pas l'objet d'un fiche spécifique, figuraient bien dans d'autres fiches jointes à l'offre;

Considérant que l'acte attaqué déclare irrégulière l'offre des requérantes, en ce que, notamment, la société BALLAST NEDAM Infra, "n'a pas remis la preuve de l'existence d'une police d'assurance";

Considérant que le cahier spécial des charges dispose, en son article 1.13, comme suit :

" 1.13. Contenu de la soumission

Le soumissionnaire est invité à compléter, à signer et à faire parvenir obligatoirement et sous peine de nullité au pouvoir adjudicateur, dans les conditions reprises au présent article, l'ensemble des documents suivants :
[...]

3. la preuve de l'existence d'une police d'assurance dont question à l'article 1.32 infra (dont le modèle est fourni en annexe du cahier spécial des charges);
[...]"

L'article 1.32. du cahier spécial des charges est rédigé comme suit :

" 1.32. Assurances

L'entrepreneur connaît parfaitement les risques pouvant être encourus par son entreprise ou causés par elle.

Il déclare, dès la remise de son offre et ultérieurement par la signature des divers documents contractuels, reconnaître et accepter les conditions suivantes :

- Le soumissionnaire décharge le pouvoir adjudicateur de toute responsabilité en cas de dommages qui pourraient être causés au cocontractant lui-même ou aux membres de son personnel ou à des tiers, du fait ou à l'occasion de ses travaux. Cette décharge de responsabilité profite également aux assureurs et au personnel du pouvoir adjudicateur.

- Le soumissionnaire garantit le Pouvoir adjudicateur, ainsi que son personnel et les assureurs du Pouvoir adjudicateur, contre tout recours de son personnel ou des tiers. Cette garantie vise tout dommage de nature quelconque et quelle qu'en soit la cause, y compris le cas où l'entrepreneur et/ou ses sous-traitants, ainsi que leurs préposés, utiliseraient, même avec l'autorisation du Pouvoir adjudicateur, du matériel lui appartenant ou se serviraient de ses installations.

- Le soumissionnaire assume vis-à-vis du Pouvoir adjudicateur, l'entière responsabilité des dommages de quelque nature que ce soit qui pourraient être causés au Pouvoir adjudicateur, aux membres de son personnel ou à des tiers par lui, ses préposés, ses sous-traitants et leurs préposés, du fait ou à l'occasion de ses travaux.

En application des dispositions qui précèdent, il est notamment précisé que le Pouvoir adjudicateur décline toute responsabilité en cas de perte, de vol, dégradation des biens appartenant à l'entrepreneur, ses préposés, ses sous-traitants et leurs préposés.

Avant d'entreprendre des travaux de quelque nature que ce soit pour le compte du Pouvoir adjudicateur, l'entrepreneur doit être titulaire, jusqu'à la réception définitive des travaux, des polices ci-après :

- une police d'assurance loi garantissant la réparation des accidents de travail et des accidents sur le chemin du travail dont seraient victimes les membres de son

personnel et ce même s'ils travaillent sous l'autorité, la direction et la surveillance du Pouvoir adjudicateur.

- une police d'assurance responsabilité civile offrant des garanties suffisantes vu l'importance des travaux (capital assuré au minimum de 2.000.000 Euro par sinistre, dégâts corporels et matériels confondus).

- Ces garanties s'appliquent également aux dommages causés au Pouvoir adjudicateur par eau, incendie, explosion.

- Cette police couvre en outre les éventuels troubles de voisinage subis par un tiers durant les périodes de construction, montage, essais et entretien; et ce pour autant que ceux-ci résultent du fait de l'exécution ou de l'exploitation de l'ouvrage réalisé.

- Pour autant que la responsabilité de l'assuré soit engagée, la police sort également ses effets en cas d'accidents causés par le personnel, le matériel et les marchandises mis à la disposition de l'entrepreneur par le Pouvoir adjudicateur.

- Les membres du personnel du Pouvoir adjudicateur sont tiers à l'égard de l'entrepreneur.

La remise de l'offre par le soumissionnaire et ultérieurement la signature des divers documents contractuels du marché, en ce compris le présent cahier des charges, implique un accord complet sur les dispositions figurant dans ledit cahier des charges et, en outre, pour les assureurs du soumissionnaire, l'engagement de maintenir en vigueur les polices précitées, ces polices ne pouvant cesser d'être en vigueur qu'à l'expiration d'un délai de 15 jours, suivant la réception par le Pouvoir adjudicateur de la lettre recommandée, par laquelle la Compagnie intéressée l'informerait que la (ou les) police(s) émise(s) pareille cessera(en)t d'être en vigueur.";

Considérant qu'il n'est nullement contesté que la société momentanée constituée par les requérantes n'a joint à son offre comme preuve de l'existence de la police d'assurance requise par le cahier spécial des charges qu'une attestation établie par la compagnie ZURICH INSURANCE au profit de la seule BALLAST NEDAM Environnemental Engineering, c'est-à-dire d'un seul des membres de la société momentanée; qu'il n'apparaît nullement de cette attestation, ni d'aucun autre document joint à l'offre des requérantes, que la responsabilité de BALLAST NEDAM Infra dans le cadre de l'exécution du marché serait assurée par la compagnie ZURICH INSURANCE ou par tout autre compagnie d'assurances ; que la solidarité, entre les deux membres de la société momentanée, invoquée par le requérantes pour justifier que le document requis ne l'ait été que par une seule des deux sociétés partenaires, et qui résulte effectivement des termes de leur contrat de société momentanée, n'a pas pour effet que la responsabilité de la BALLAST NEDAM Infra envers les tiers serait garantie par la police d'assurance faisant l'objet de l'attestation établie au profit de la seule BALLAST NEDAM Environnemental Engineering; que le dépôt de la preuve de l'existence d'une police d'assurance est, selon le cahier spécial des charges et de manière non contestée par les requérantes, une condition de régularité de l'offre;

Considérant que l'absence de la preuve d'une police d'assurance couvrant la responsabilité du soumissionnaire suffit à fonder la décision déclarant l'offre de celui-ci irrégulière, cette preuve à joindre à l'offre étant prescrite à peine de nullité par le cahier spécial des charges;

Considérant que l'offre des requérantes étant irrégulière, elles sont sans intérêt à poursuivre la décision d'attribution du marché à la partie intervenante,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ACLAGRO dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 237,5 euros chacune.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Luc DETROUX.