

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.160 du 28 décembre 2010

G./A.198.468/VI-18.914

En cause : **la société anonyme S.P.E.,**

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

contre :

la commune de Woluwé-Saint-Pierre,

ayant élu domicile chez
Me Geoffroy GENERET, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 10 décembre 2010 par la société anonyme S.P.E., qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

" la décision de la commune de Woluwé-Saint-Pierre :

- du 9 novembre 2010 de ne pas sélectionner la S.A. S.P.E. pour le marché de fourniture d'électricité pour la période courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013, qui lui a été notifiée par un courrier recommandé daté du 25 novembre, ainsi que
- la probable décision, de date inconnue mais vraisemblablement du même jour, d'attribuer ce marché à un concurrent de S.P.E.";

Vu l'ordonnance du 10 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 21 décembre 2010 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M^{me} Odile DAURMONT, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes Patrick THIEL et Virginie DOR, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Geoffroy GENERET, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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;

Considérant que le marché, passé par adjudication publique, dans le cadre d'un marché conjoint, a pour objet la fourniture d'énergie électrique verte en haute et basse tension pour les bâtiments communaux, les équipements de voirie et la Résidence Roi Baudouin pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013; que l'avis de marché a été publié le 15 juillet 2010 au Bulletin des adjudications; que le 21 septembre 2010, la partie adverse a décidé d'attribuer le lot n° 1 à la requérante et le lot n° 2 à la société anonyme ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS; que le 29 octobre 2010, l'autorité de tutelle a suspendu l'exécution de cette délibération; que le 9 novembre 2010, la partie adverse a retiré la décision du 21 septembre 2010 et a attribué les deux lots du marché public à la société anonyme LAMPIRIS; qu'il s'agit de la décision attaquée;

Considérant que la requérante prend un second moyen qu'elle rédige comme suit :

" Le moyen est pris de la méconnaissance :

- de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, [...] notamment de ses articles 14 et 65/4 et 65/5;
- de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, [...] notamment de ses articles 42, 43, 44, 45, 46, 46bis, 47;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- du cahier spécial des charges, notamment de son article 3;
- du principe de proportionnalité;
- du principe de légitime confiance;
- du principe de transparence.

En ce que, le soumissionnaire a fourni la preuve demandée dans les limites de ce que lui imposent les dispositions visées au moyen (preuve par présomption, preuve par l'inscription sur la liste officielle des fournisseurs d'électricité),

Alors que (première branche), le pouvoir adjudicateur a balayé ses preuves sans autre explication, méconnaissant le caractère probant d'une preuve par présomption, des conditions d'octroi de la licence;

Alors que (deuxième branche), le pouvoir adjudicateur n'a pas formulé des exigences claires et précises en termes de mode de preuve admissible; que partant, le soumissionnaire ne pouvait pas soumissionner en connaissance de cause et ne pouvait pas se douter que les preuves qu'il a versées ne seraient pas suffisantes;

Alors que (troisième branche), refuser les preuves versées par la requérante revient en réalité à exiger le contrat lui-même et que ceci est contraire à l'article 46 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et au droit au respect du secret des affaires.";

Considérant que la partie adverse fait notamment valoir ce qui suit :

- " Cependant, il semble que la requérante perd de vue qu'avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur est tenu de contrôler l'exactitude de la déclaration sur l'honneur en demandant au soumissionnaire retenu, les documents prouvant son exactitude; ce qui implique tacitement mais nécessairement que l'attestation sur l'honneur n'est pas une preuve en soi mais une simple présomption. Or, le cahier spécial des charges précisait de manière expresse la nécessité de produire une preuve de l'existence des documents sollicités.

Ainsi, si l'article 44 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose en matière de capacité économique que «(...) si pour une raison justifiée, le fournisseur n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur», le soumissionnaire sera néanmoins obligé d'apporter des documents tels que son bilan, son attestation ONSS, son attestation récente du greffe du Tribunal de Commerce, ... pour se voir attribuer le marché qu'il convoite.

Or, il ressort de la requête de la partie requérante que cette dernière n'entend, quoiqu'il en soit, pas fournir le contrat d'accès au réseau de distribution d'électricité de la Région de Bruxelles-Capitale, en se retranchant notamment derrière la protection du secret d'affaires.";

qu'elle ajoute que :

- " la S.A. LAMPIRIS a fourni ce document sans difficulté et que la S.A. ELECTRABEL a fourni une déclaration sur l'honneur identique à celle de la requérante mais à laquelle était jointe un avenant au contrat d'accès au réseau de distribution d'électricité qui démontre l'existence d'un tel contrat.";

qu'elle souligne le caractère temporaire d'une attestation sur l'honneur; qu'elle estime que dans ces circonstances, la requérante n'a pas intérêt au moyen; qu'elle considère par ailleurs que la production du contrat d'accès ne pourrait compromettre les secrets techniques ou commerciaux de la requérante; que selon elle, "Il suffisait pour la requérante de produire soit un avenant du contrat d'accès au réseau, soit de produire les dernières dispositions de ce contrat d'accès qui ne contient que des articles sans importance stratégique comme les règles à respecter en cas de cession ou faillite [...] du fournisseur d'électricité.";

Considérant, sur les trois branches réunies du second moyen, que le cahier spécial des charges exige, sous peine d'exclusion, "la preuve [que le soumissionnaire] a conclu un contrat d'accès aux réseaux de distribution d'électricité de la Région de Bruxelles-Capitale" mais qu'il ne détermine pas précisément quel mode de preuve est admissible; qu'il n'exige pas la production du contrat même; qu'à cet égard, les soumissionnaires ont réagi de la manière suivante :

- la requérante a déposé une déclaration sur l'honneur que "la S.P.E. a contracté tous les contrats de détenteur d'accès auprès du GRD concerné par le présent marché et qu'elle dispose en outre de la licence de fourniture en Région de Bruxelles-Capitale";
- Electrabel a déposé une déclaration sur l'honneur qu'elle "a conclu les contrats d'accès demandés avec le gestionnaire de réseau de distribution d'électricité de Bruxelles-Capitale (Sibelga)" et l'"avenant n° 1 au contrat d'accès au réseau" signé en 2004;
- enfin l'adjudicataire a déposé la première et la dernière pages (seulement) d'un contrat non daté;

qu'en conclusion, aucun soumissionnaire n'a déposé le contrat même;

Considérant que l'exclusion automatique d'un soumissionnaire dont l'offre serait incomplète du point de vue de la sélection qualitative ne peut être admise que si les exigences du pouvoir adjudicateur quant aux modes de preuve admissibles sont énoncées avec précision, ce qui n'est pas le cas en l'espèce; que dès lors que le cahier spécial des charges ne définit pas le mode de preuve admissible, la déclaration sur l'honneur pouvait être utilisée par les soumissionnaires spécialement au stade de la sélection qualitative; qu'il s'ensuit qu'en l'espèce, une preuve admissible a été produite par la requérante; que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas purement et simplement l'écarter sans la renverser ou au moins, interroger le soumissionnaire; qu'en effet, si cette preuve ne satisfaisait pas pleinement la partie adverse, celle-ci pouvait, en vertu de l'article 46, § 3, 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 "inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter"; qu'en l'espèce, la partie adverse a écarté d'office l'offre de la requérante sur le simple constat que celle-ci n'apporte pas la preuve de l'existence du contrat d'accès; qu'il s'ensuit que le second moyen est sérieux;

Considérant que selon la partie adverse, "Dans l'hypothèse où les actes attaqués seraient censurés par votre Conseil, il convient de considérer que toute

l'administration de la partie adverse, ses voiries et la Résidence Roi Baudouin seront alors privées d'alimentation électrique dès le 1^{er} janvier 2010, soit dans quelques jours"; qu'elle souligne que dans cette hypothèse, il ne sera plus possible d'assurer la continuité dans la distribution d'électricité pour les bâtiments communaux, les équipements de voirie et la Résidence Roi Baudouin; qu'elle estime en effet qu'il serait matériellement impossible de procéder à la réfection de la procédure d'attribution du marché ainsi qu'au soumissionnaire choisi suite à cette réfection de réaliser les opérations techniques en vue d'assurer la distribution d'électricité; qu'elle insiste sur les risques majeurs en termes de sécurité publique (équipements de voirie); qu'elle conclut à une rupture manifeste de la balance des intérêts au détriment non seulement de la commune mais aussi et surtout de la population concernée;

Considérant qu'à l'audience, la partie adverse a déposé une pièce n° 19 qui consiste dans une lettre du 17 décembre 2010 par laquelle la société LAMPIRIS informe la partie adverse qu'elle est avertie du présent recours et fait connaître ce qui suit :

" Afin de vous être agréables et de faciliter la fourniture à compter du 1^{er} janvier 2011, nous avons pris une série de mesures préparatoires (envoi de «switches»), à titre conservatoire.

Etant donné que nous n'avons reçu aucune commande ferme et définitive de votre part, nous sommes contraints de retirer au plus vite ces switches conservatoires. Ceci sera réalisé à défaut de recevoir de votre part, dans la journée, une demande univoque de la Commune d'être fournie par nos soins, temporairement, à compter du 1^{er} janvier 2011.

Nous tenions à vous faire part du risque que tout ou partie des points de fourniture visés au cahier des charges ne soient plus fournis par un fournisseur commercial, ce qui entraînerait pour la Commune des désavantages financiers et/ou techniques sérieux.";

Considérant d'une part, que ce n'est pas le fournisseur qui peut couper la distribution d'électricité mais le gestionnaire de réseau; que dans ce secteur, il existe un fournisseur par défaut; que le contrat avec le fournisseur actuel peut être prorogé en cas d'urgence; que le cas échéant, il peut être fait application par la partie adverse de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics; que d'autre part, la partie adverse se contente d'allégations mais ne peut démontrer concrètement en quoi les règles imposant la continuité du service public de la distribution d'électricité ne joueraient pas en l'espèce, ni expliquer que la lettre produite par elle à l'audience et visée ci-dessus constituerait l'annonce d'une coupure de cette distribution; que dans ces conditions, les éléments avancés par la partie adverse ne sont pas de nature à empêcher la suspension de l'exécution de la décision attaquée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision de la commune de Woluwé-Saint-Pierre du 9 novembre 2010 de ne pas sélectionner la S.A. S.P.E. en vue de l'attribution du marché de fourniture d'électricité pour les bâtiments communaux, les équipements de voirie et la Résidence Roi Baudouin pour la période courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013 et d'attribuer ce marché à la société anonyme LAMPIRIS.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.