

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 214.583 du 13 juillet 2011

G./A.200.930/VI-19.164

En cause : **la société anonyme NPA,**
ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Julie BOCKOURT, avocats,
0place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

1. la commune de Bouillon,

ayant élu domicile chez
Mes Michel KAISER et
Marie VASTMANS, avocats,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

2. la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Robert JOLY, avocat,
avenue du Val Saint-Georges, n° 2,
5000 Namur.

**LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,**

Vu la requête unique introduite le 1^{er} juillet 2011 par la société anonyme NPA, qui demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du 15 juin 2011 (...), par laquelle la commune de BOUILLON a renoncé à passer le marché relatif aux travaux d'aménagement du Quai des Saulx et a décidé de lancer un nouveau marché, et de la décision du 14 juin 2011 du Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville annulant la délibération du collège communal d'attribution du marché du 20 avril 2011, portée à la connaissance de la SA NPA par la décision du collège communal du 15 juin 2011";

Vu l'ordonnance du 4 juillet 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 juillet 2011 à 10 heures 30;

Vu les notes d'observations et les dossiers administratifs;

Entendu, en son rapport, M. David DE ROY, Conseiller d'État, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes Julie BOCKOURT et André DELVAUX, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Sarah BEN MESSAOUD loco Mes Michel KAISER et Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, et Me Robert JOLY, avocat, comparaissant pour la seconde partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DELVAX, Auditeur au Conseil d'État;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

1. Par un avis publié au Bulletin des Adjudications du 4 février 2011, la première partie adverse a lancé un marché de travaux relatif à l'aménagement du Quai des Saulx à Bouillon.

Les documents du marché indiquaient qu'était requise, dans le chef des soumissionnaires, une agréation en classe 3, catégorie D (Entreprises générales de bâtiments).

Les travaux à réaliser portaient sur l'aménagement d'un espace public : installation de chantier, démolitions et terrassements, ouvrages de sol et revêtements, murs, plantations, mobilier, électricité, ...

2. Six offres ont été déposées :

SA NPA	497.122,57 EUR
DAMILOT	517.893,60 EUR
SA KRINKELS	604.341,00 EUR
SPRL HOMEL FRERES	541.688,88 EUR
SA ROISEUX + SA HONS	499.337,64 EUR
SA THERET ET FILS	527.397,84 EUR

Cinq soumissionnaires ont fourni une attestation d'agrération en catégorie D.

La requérante a joint à son offre deux certificats d'agrération pour les classes 1 (sous catégories B1-G3-G5), 2 (catégorie G), 4 (sous-catégories C2-D1) et 5 (catégorie C, sous-catégories C1-C5-E1), ainsi qu'une note relative à l'agrération, libellée comme suit :

- " - Il est demandé de fournir la preuve d'une agrération en Classe D.
- La plupart des travaux à réaliser relève de l'agrération en Classe C selon l'Arrêté Royal du 26/03/1991.
- Notre entreprise possède les agrérations requises pour ce type de marché. Les preuves de ces agrérations sont jointes en annexe".

3. Par une décision du 20 avril 2011, la première partie adverse a attribué le marché à la société NPA, laquelle avait remis l'offre régulière la plus basse.

La première partie adverse renvoie à cet égard au rapport d'analyse des offres rédigé par son auteur de projet :

- " L'entreprise NPA ne possède pas la preuve de son agrération en Catégorie D - Classe 3 demandée par le Cahier spécial des charges.
L'entreprise NPA mentionne en annexe 9 de son offre que «la plupart des travaux à réaliser relève de l'agrération en Classe C (...)» et qu'[elle] possède par conséquence les agrérations requises pour ce type de marché.
Après vérification,
 - compte tenu du caractère principal des travaux à réaliser du ressort de la catégorie C pour laquelle le soumissionnaire possède l'agrération;
 - compte tenu du caractère accessoire des travaux à réaliser du ressort de la catégorie D - de plus, les travaux de gros-œuvre (ouvrages divers de murs) à réaliser sont davantage du ressort de la sous-catégorie D1 pour laquelle le soumissionnaire possède l'agrération;il apparaît, comme précisé par l'entreprise NPA en annexe 9 de son offre, que la plupart des travaux du présent marché relève de la Catégorie C et ce conformément à l'Arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux et à l'Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agrération des entrepreneurs. Considérant l'extrait du Mémento 2011 sur les marchés publics et PPP de Me Patrick THIEL - pages 269 et 270 :
«Lorsque le Pouvoir Adjudicateur a, erronément, indiqué une catégorie d'agrération dans le cahier spécial des charges, il ne faut pas s'arrêter à cette mention. Il importe d'analyser, concrètement, la nature des travaux pour déterminer la catégorie d'agrération qui doit être respectée. Un marché de travaux ne peut pas être attribué à un entrepreneur qui dispose de l'agrération mentionnée dans le cahier spécial des charges, mais qui n'est pas celle correspondant à la nature des travaux qui y sont décrits. Le Pouvoir Adjudicateur qui, à l'occasion de l'attribution, prend en considération l'agrération nécessaire au vu de la réalité des travaux et passe outre la mention erronée faite dans son cahier spécial des charges, ne commet pas une faute à l'occasion de l'attribution du marché (Gand, 30 janvier 2009, RG 2001/AR/831, Juridat)».
En conséquence, l'offre de l'entreprise NPA doit être considérée comme recevable car la réalité des travaux démontre que la catégorie mentionnée dans le Cahier spécial des charges (soit la Catégorie D) est erronée et qu'il y a lieu de prendre en considération la Catégorie C".

4. Par un courrier du 27 avril 2001, la première partie adverse a transmis sa délibération à la seconde partie adverse, en application des articles L3122-1 à -6 du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation. Le 14 juin 2001, le Ministre wallon des Pouvoirs locaux et de la Ville a pris un arrêté annulant la délibération du collège communal de la première partie adverse du 20 avril 2001 et l'a notifié à celle-ci le jour même. Il s'agit du second acte attaqué, motivé comme suit :

" Considérant que le cahier spécial des charges et l'avis de marché approuvés par la délibération du Conseil communal du 21 octobre 2010 prévoyaient que les soumissionnaires devaient être agréés en catégorie D (entreprise générale de bâtiment);

Considérant que tous les soumissionnaires, hormis le soumissionnaire désigné, ont remis un certificat d'agrération dans cette catégorie;

Considérant que l'adjudicataire ne disposait, quant à lui, pas de l'agrération en catégorie D, mais d'une agrération en catégorie C;

Considérant qu'il ressort du rapport d'attribution que la commune s'était rendu compte de la discordance précitée;

Considérant que la délibération du Collège communal de Bouillon a donc, en pleine connaissance de cause, attribué le marché susvisé à une entreprise non agréée dans la bonne catégorie, alors que la candidature aurait dû être écartée pour non respect des critères de sélection qualitative;

Considérant au surplus que, d'après le rapport d'analyse des offres, le Conseil communal se serait trompé de catégorie d'agrération, en prévoyant une agrération en catégorie D dans les documents du marché au lieu d'une agrération en catégorie C;

Considérant que, dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicataire se doit de publier un avis rectificatif au Bulletin des Adjudications, ou, si cela s'avère impossible, de recommencer la procédure, afin de rectifier l'erreur et de permettre aux soumissionnaires potentiels de prendre connaissance de la modification;

Considérant également, qu'il ne peut en aucun cas attribuer le marché sur base de dispositions non prévues dans les documents du marché;

Considérant que, dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a donc pas respecté les règles qu'il avait lui-même fixées;

Considérant dès lors que le pouvoir adjudicateur a violé le principe de transparence et d'égalité de traitement applicable en matière de marchés publics;

Considérant, en conséquence, que la délibération précitée du Collège communal du 20 avril 2011 est illégale,

A R R Ê T E :

Article 1 - La délibération précitée du Collège communal de Bouillon du 20 avril 2011 par laquelle il attribue le marché par adjudication publique relatif aux travaux d'aménagement du Quai des Saulx à l'entreprise NPA est ANNULÉE.

Article 2 - Mention du présent arrêté sera faite en marge de l'acte annulé".

5. Par une décision du 15 juin 2011, la première partie adverse a renoncé à passer le marché et a décidé de lancer un nouveau marché, en indiquant notamment ce qui suit :

" Attendu que dans son courrier du 14/06/2011, la DG05 (Direction du Patrimoine et des Marchés publics des Pouvoirs Locaux) ne partage pas le point de vue exposé par Me Patrick THIEL dans le Mémento 2011 sur les marchés publics et PPP précité;

Vu l'Arrêté du Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville du 14/06/2011 annulant la délibération du Collège communal d'attribution du marché du 20/04/2011 et selon lequel en cas d'erreur dans la catégorie d'agrément mentionnée dans le cahier des charges «le Pouvoir adjudicateur se doit de publier un avis rectificatif au Bulletin des Adjudications, ou, si cela s'avère impossible, de recommencer la procédure, afin de rectifier l'erreur et de permettre aux soumissionnaires potentiels de prendre connaissance de la modification».

Attendu que l'erreur dans la Catégorie d'agrément n'a été découverte qu'à l'ouverture des offres;

Vu le C.D.L.D.;

DÉCIDE

De renoncer à sa décision d'attribution du marché du 20/04/2011 et décide de recommencer la procédure de marché public comme préconisé par la Direction du Patrimoine et des Marchés publics des Pouvoirs Locaux".

Il s'agit du premier acte attaqué;

Considérant que l'arrêté par lequel une autorité de tutelle annule la décision d'attribution d'un marché public prise par une commune n'est pas une décision prise par une autorité adjudicatrice au sens des articles 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que la suspension de son exécution ne peut être ordonnée que si la demande tendant à cette fin satisfait aux exigences édictées par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973; qu'aux termes de cette disposition, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable"; qu'en l'espèce, la requérante ne fait état d'aucun préjudice grave et difficilement réparable que l'exécution immédiate du second acte attaqué risquerait de lui causer;

Considérant que, faute de satisfaire à l'une des conditions posées par l'article 17 § 2, des lois sur le Conseil d'État, précitées, la demande de suspension ne peut être accueillie, en tant qu'elle porte sur le second acte attaqué;

Considérant que la circonstance que la demande ne peut être accueillie en tant qu'elle porte sur le second acte attaqué, n'exclut pas que la légalité de celui-ci soit, en vertu de l'article 159 de la Constitution, contrôlée à titre incident, dès le stade de l'examen de la demande de suspension ainsi limité; qu'en effet, l'annulation, par le second acte attaqué, de la décision d'attribution du marché public prise initialement

par la première partie adverse constitue l'un des motifs de fait du premier acte attaqué; que, par conséquent, si l'illégalité de cette annulation devait être établie, elle pourrait vicier, en ses motifs, le premier acte attaqué;

Considérant que la première partie adverse estime que la requérante ne justifie pas d'un intérêt à contester le premier acte attaqué, dès lors que cette décision, qui ne constitue que l'exécution du second acte attaqué, ne lui cause pas un grief complémentaire à celui qui résulte de ce second acte;

Considérant que si l'illégalité du second acte attaqué devait être établie, elle vicierait, en ses motifs, le premier acte attaqué dont la requérante aurait alors avantage à obtenir l'annulation, celle-ci ayant pour conséquence que la précédente décision d'attribution du marché litigieux, qui lui était favorable, produirait à nouveau tous ses effets; que la requérante a donc bien intérêt à l'annulation du premier acte attaqué, de sorte que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie;

Considérant que la requérante soulève un moyen unique, pris de la violation de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 98 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 7 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux et des articles 4 et 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991, précitée, du principe de libre concurrence et de l'erreur manifeste d'appréciation au vu des circonstances de l'espèce; qu'elle y soutient, en s'autorisant d'un arrêt du Conseil d'État, n° 25.909 du 26 novembre 1985, et d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand le 30 janvier 2009, que, dans le cadre de l'attribution d'un marché public de travaux, l'agrément requise est déterminée par la nature réelle des travaux et non par la catégorie de travaux que le pouvoir adjudicateur aurait erronément visée et que, par conséquent, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché en passant outre l'erreur de catégorie reprise dans les documents du marché; qu'à l'inverse, la décision de relancer un nouveau marché viole le principe de libre concurrence, dès lors que, par suite de la communication à tous les soumissionnaires de la décision d'attribution qui contient l'ensemble des prix remis, ces soumissionnaires ont connaissance de ces prix, en sorte qu'une réadjudication sur des bases identiques ne pourrait avoir lieu que dans une concurrence faussée; qu'enfin, les griefs formulés par le moyen le sont tant à l'égard du premier acte attaqué que du second;

Considérant que la seconde partie adverse fait valoir qu'il incombait au pouvoir adjudicateur de respecter les principes de concurrence, d'égalité des soumissionnaires et de transparence, au regard desquels il ne pouvait empêcher

concrètement que d'autres entreprises disposant de l'agrération correspondant à la nature réelle des travaux puissent participer à la procédure d'attribution du marché; qu'elle expose, par ailleurs, que le second acte attaqué participe de l'obligation qui s'impose à l'autorité de tutelle de prévenir le risque de collusion entre le pouvoir adjudicateur et des entreprises, lequel – sans être établi en l'espèce – ne peut être tout à fait exclu en pareil cas de figure; qu'enfin, elle conteste la pertinence de la jurisprudence citée par la requérante à l'appui de son moyen;

Considérant que la requérante n'expose nullement en quoi la disposition de l'article 98 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 aurait été violée;

Considérant que si, comme le soutient la requérante, c'est la nature réelle des travaux qui détermine l'agrération requise, et non la catégorie et la classe visées erronément, il ne s'en déduit pas que le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché en passant outre l'erreur de catégorie reprise dans les documents du marché; que le second acte ne paraît pas méconnaître les dispositions légales et réglementaires relatives à l'agrération des entrepreneurs de travaux, et dont la violation est invoquée par le moyen, en annulant la décision d'attribution du marché aux motifs qu'elle a été prise sur la base de dispositions non prévues dans les documents du marché, et en faveur de la requérante dont la candidature aurait dû être écartée pour non respect des critères de sélection qualitative; que le premier acte attaqué ne paraît pas davantage violer ces dispositions, dès lors que la première partie adverse, qui devait avoir égard à l'annulation décidée par la seconde partie adverse et aux motifs de cette annulation, ne pouvait persister dans sa volonté d'attribuer le marché au seul entrepreneur dont l'agrération correspondait à la nature réelle des travaux;

Considérant qu'en vertu de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode; que l'opportunité de refaire la procédure est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur; que, pour qu'une telle décision ne soit pas prise de façon arbitraire, elle doit reposer sur des motifs admissibles en droit et en fait; qu'en l'espèce, la première partie adverse a pris cette décision après avoir constaté l'annulation, par la seconde partie adverse, de la décision d'attribution du marché et avoir admis auparavant que les exigences édictées par le cahier spécial des charges en matière d'agrération étaient erronées; que, dans ces circonstances, il n'apparaît pas *prima facie* que le premier acte attaqué ne reposerait pas sur des motifs admissibles; que la disposition de l'article 18 précité ne paraît pas davantage être méconnue par le second acte attaqué, aux termes duquel la seconde partie adverse considère que, lorsqu'il constate que les documents du marché sont entachés d'une

erreur, le pouvoir adjudicateur se doit de publier un avis rectificatif au Bulletin des Adjudications ou, si cela s'avère impossible, de recommencer la procédure, afin de rectifier l'erreur et de permettre aux soumissionnaires potentiels de prendre connaissance de la modification;

Considérant, enfin, qu'il ne peut être raisonnablement soutenu que la décision, prise par le premier acte attaqué et recommandée par le second, de renoncer à l'attribution du marché litigieux et de relancer une nouvelle procédure de passation violerait le principe de libre concurrence, en ce que le jeu de la concurrence serait inévitablement faussé, au motif que tous les soumissionnaires qui ont fait offre au cours de la première procédure ont une parfaite connaissance des prix offerts par leurs concurrents; qu'à première vue, cette décision a été prise conformément au prescrit de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, qui en prévoit expressément la possibilité, sans exclure celle-ci lorsque les soumissionnaires ont, au terme de la première procédure, eu connaissance des prix offerts par leurs concurrents; que, si la requérante peut légitimement s'interroger sur la compatibilité de cette disposition légale avec le principe de libre concurrence, en toutes circonstances, et particulièrement lorsque, comme en l'espèce, les prix remis au cours de la première procédure sont connus de l'ensemble des soumissionnaires, elle ne peut faire grief à la première partie adverse d'avoir fait usage de cette faculté que lui réserve expressément le législateur, ni à la seconde de lui avoir adressé cette recommandation; qu'il se conçoit, du reste, difficilement que la première partie adverse, qui choisit de relancer une procédure d'attribution du marché portant sur le même objet, définisse des exigences en matière d'agrément des entrepreneurs, autres que celles que – de son propre aveu – elle aurait dû définir; que, par conséquent, la définition d'exigences différentes de celles qui avaient été précédemment imposées devrait, de toute évidence, susciter la remise d'offres par des entrepreneurs étrangers à la première procédure et l'abstention de certains de ceux qui y avaient participé, de sorte que, telle que redoutée par la requérante, l'incidence sur le jeu de la concurrence peut sembler hypothétique;

Considérant qu'en aucun des griefs qu'il formule, le moyen n'est sérieux,

D É 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le treize juillet deux mille onze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'État, Président f.f.,
M ^{me}	Florence VAN HOVE,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Florence VAN HOVE.

David DE ROY.