

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.392 du 6 mai 2013

G./A.197.307/VI-18.739

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ENTREPRISE DE DEMOLITIONS
NICOLAS BRAEM,**

ayant élu domicile chez
Me Thierry RADELET, avocat,
avenue Léon Jourez, n° 73,
1420 Braine l'Alleud,

contre :

la ville de Comines-Warneton.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 30 juillet 2010, la société privée à responsabilité limitée ENTREPRISE DE DEMOLITIONS NICOLAS BRAEM demande l'annulation de la "décision prise par le Collège échevinal de la commune de Comines-Warneton en séance du 7/12/2009 et notifiée par courrier daté du 2/6/2010 en tant qu'elle informe la requérante de la décision prise par le Collège échevinal de la commune de Comines-Warneton de ne pas réserver une suite favorable à l'offre de prix émise par la requérante quant à l'attribution du marché relatif à la rénovation du S.A.R./MC 71 dit «Atelier Bricoltout», marché public de travaux. Lot 1 A : démolitions."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 19 février 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 20 mars 2013.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Thierry RADELET, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Cédric VANYSACKER, secrétaire communal, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

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

III. 1. Dans le cadre de la rénovation du site d'activité économique désaffecté, dit "Atelier Bricoltout", le conseil communal de la partie adverse, par une délibération du 14 septembre 2009, a choisi le mode de passation par adjudication publique et a fixé les conditions d'un marché de travaux scindé en trois lots : lot 1A démolitions, lot 1B ouvrages extérieurs, lot 1C travaux connexes.

Le lot 1A est estimé à 271.657,22 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise, en abrégé T.V.A.C.

Le cahier spécial des charges (p. 2 et 3) prescrit au chapitre de la sélection qualitative :

" D. Capacité technique et financière
Le soumissionnaire doit obligatoirement être agréé dans la catégorie des travaux qu'il exécute et dans la classe correspondant à sa soumission.

Sont en principe requis pour le lot 1A : Catégorie G ou sous-catégorie G5 (classe 2 ou supérieure) ou C ou D ou E (classe 5 ou supérieure). (...)"

L'article 7 de la délibération du 14 septembre 2009 porte que :

- " En vue de la sélection qualitative, les soumissionnaires seront invités à fournir :
1. le certificat d'agrément en catégorie G5, classe 2, d'après l'estimation, sans préjudice de la loi du 20.03.1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs ; (...)"

III. 3. L'avis de marché, publié le 13 octobre 2009, contient la même exigence.

III. 4. Le 25 novembre 2009 lors de la séance d'ouverture des offres, quatre offres ont été déposées qui, pour le lot 1A, comportent les montants suivants :

- Nicolas BRAEM :	67.763,54 euros H.T.V.A.;
- CNOCKAERT :	68.732,00 euros H.T.V.A.;
- DE MEYER;	168.551,00 euros H.T.V.A.;
- CARDOEN:	82.798,60 euros H.T.V.A.

La copie de l'offre de la requérante pour le lot 1A ne comporte aucune précision concernant l'agrément comme entrepreneur et ne permet pas de préciser si y était ou non joint un dossier établissant que celle-ci remplissait les conditions d'agrément en sous-catégorie G5, classe 2, requise pour l'attribution du lot 1A. Ni dans la requête, ni dans le mémoire en réplique, la partie requérante n'apporte d'élément probant à cet égard.

Il convient de noter par ailleurs que pour le lot 1C, la firme BRAEM est la seule à faire offre au montant de 29.651,81 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, en abrégé H.T.V.A.

III. 5. Le rapport d'analyse des soumissions, lot 1A, indique :

- " 2. Analyse administrative par soumissionnaire
BRAEM
(...)
• pas d'agrément – pas de sous-traitant agréé
(...)
Conclusion
• Les entreprises Braem et Cardoen, n'étant pas agréées dans la sous-catégorie G5 réclamée dans l'avis de marché (alors que le montant de leur soumission est supérieur à 50.000,00 €) doivent être écartées
• Les autres offres sont recevables (...)"

III. 6. Une délibération du collège communal du 7 décembre 2009 de la partie adverse a désigné la société anonyme CNOCKAERT comme adjudicataire du lot 1A,

sans cependant notifier cette décision dans l'attente de "toutes les autorisations nécessaires".

Faisant suite à une mesure d'instruction de l'auditorat, la partie adverse a communiqué le 31 août 2012 une copie de cette délibération.

III. 7. Le 22 janvier 2010, la partie adverse adresse à la commission d'agrération des entrepreneurs, un courrier commençant comme suit :

" Comme convenu lors de nos différents entretiens téléphoniques relatifs à l'objet repris sous rubrique, nous avons l'honneur de vous faire parvenir en annexe de la présente, le dossier de demande d'équivalence au nom de la S.P.R.L. N. BRAEM et comprenant en simple exemplaire : (...)".

Faisant suite à une mesure d'instruction de l'auditorat, la partie adverse a transmis au Conseil d'Etat, copie de la lettre, et la commission d'agrération a transmis une copie comportant en annexe le dossier, dossier qui apparaît lacunaire au regard des exigences de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, et de l'article 6 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs, et de l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors de demandes d'agrération, d'agrération provisoire, de transfert d'agrération ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux.

III. 8. Par lettre recommandée du 23 mars 2010 la partie adverse a invité la requérante, mais aussi la société CNOCKAERT, à lui signaler s'il lui était possible de maintenir les prix de ses soumissions relatives aux travaux de rénovation du site dit "Atelier Bricoltout", jusqu'à la fin du mois de juin 2010, en invoquant le fait que l'arrêté ministériel comportant la promesse ferme de subside ne serait pas signé avant cette date. La lettre ne précise pas à quel lot se rapporte la demande, mais il résulte de la pièce n° 6 du dossier administratif que le lot 1C avait été attribué à la requérante pour un montant de 29.711,81 euros, le Ministre de l'Environnement de la Région wallonne ayant marqué son accord sur cette attribution par lettre du 26 mai 2010.

III. 9. A la suite de la lettre adressée le 22 janvier 2010 par la partie adverse à la commission d'agrération, transmettant le dossier de demande d'équivalence au nom de la société privée à responsabilité limitée Nicolas BRAEM, la commission d'agrération, par une lettre datée du 31 mars 2010, informe la partie adverse de l'avis négatif donné provisoirement par la Commission sur la base du dossier transmis par la partie adverse et considéré comme incomplet, même dans la perspective de l'octroi d'une classe 1.

III. 10. Par une lettre du 26 mai 2010 le Ministre de l'Environnement de la Région wallonne a notifié à la partie adverse son accord concernant l'attribution des cinq lots du marché et sur l'attribution du subsidé.

III. 11. Le 2 juin 2010 la partie adverse a notifié par un pli recommandé à la société CNOCKAERT, sa délibération du 7 décembre 2009, lui attribuant le lot 1A, nouant de ce fait le contrat.

III. 12. A la même date elle a informé par pli recommandé à la poste, la partie requérante que le "Collège échevinal, en séance du 07.12.2009 (31^{ème} objet), n'a pas réservé une suite favorable à votre offre de prix relative à l'objet repris sous rubrique (lot 1A : démolitions. Non attribution de marché.)".

La communication faite sur la base de l'article 21bis, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, tel qu'il était applicable, contient l'indication de voies de recours.

La partie requérante n'a, semble-t-il, pas formulé de demande écrite en vue de recevoir communication des motifs de la décision le concernant, conformément à l'article 25 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, applicable à ce marché annoncé avant le 25 février 2010.

III. 13. Le 13 juillet 2010 la commission d'agrément a informé la partie adverse de ce que :

- le Ministre de l'Economie, des P.M.E., du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles de la Région wallonne avait décidé en date du 2 juillet 2010, de considérer qu'il n'a pas été établi, au vu des pièces jointes à l'appui de la demande, que les conditions d'agrément visées à l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 étaient remplies dans le chef de la société Nicolas BRAEM;
- à la suite de la demande de révision de l'avis défavorable de la Commission d'agrément du 23 février 2010, introduite par la société Nicolas BRAEM par lettre du 28 avril 2010, le ministre avait marqué son accord pour considérer, à la suite de l'avis définitif de la commission, que la société Nicolas BRAEM possède les capacités pour exécuter un marché rangé en classe 1, sous-catégorie G5.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation du principe général des droits de la défense.

La partie requérante soutient que la décision attaquée a été prise le 7 décembre 2009 alors qu'elle avait introduit un dossier d'agrément pour les travaux envisagés auprès de la commission d'agrément des entrepreneurs. Elle relève que la partie adverse ne l'a pas entendue sur la suite de sa demande d'agrément, méconnaissant ainsi les principes généraux des droits de la défense.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

En ordre principal, il y a lieu d'observer que le principe général des droits de la défense n'est pas applicable dans la matière faisant l'objet du présent litige : sélectionner un cocontractant potentiel.

Subsidiairement, s'agissant en l'espèce d'effectuer des rectifications ou des corrections à une offre sur la base des articles 111 et 112 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, aucune disposition légale n'impose au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec le soumissionnaire concerné.

Le premier moyen n'est pas fondé.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

La partie requérante fait valoir que la partie adverse a pris la décision attaquée au motif que la requérante n'était pas agréée et cela, avant même que la commission d'agrément des entrepreneurs ne se soit prononcée sur sa demande d'agrément. Elle invoque une circulaire du 28 mars 2001 selon laquelle la loi du 20 mars 1991 visée au moyen prévoit notamment comme mode de preuve de la capacité des entrepreneurs la production d'"un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agrément à prendre en

considération; ce dossier doit également être impérativement transmis, par le pouvoir adjudicateur, à la Commission d'agrération des entrepreneurs".

Elle soutient enfin que la condition d'agrération doit être remplie seulement au moment de la passation du marché.

Dans son dernier mémoire, elle relève que la partie adverse a transmis les pièces en cause "avec retard".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Contrairement à l'affirmation de la partie adverse dans son mémoire en réponse selon laquelle on ne trouve "aucune trace de ce «dossier» dans l'offre déposée par la S.P.R.L. BRAEM.", il apparaît de la lettre du 22 janvier 2010, adressée par la partie adverse à la commission d'agrération des entrepreneurs, qu'un "dossier de demande d'équivalence au nom de la SPRL N. BRAEM" a bien été introduit par la partie adverse à cette date.

Il résulte de la lettre du 31 mars 2010 adressée par la commission d'agrération à la partie adverse que ce dossier a été traité comme s'agissant d'un dossier visé à l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 20 mars 1991.

La partie adverse s'est donc acquittée de l'obligation prévue à l'article 8 de 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, de transmettre les pièces justificatives que l'entrepreneur a jointes à sa soumission, pour avis à la commission. Mais elle n'a pu le faire "immédiatement" comme l'impose la disposition précitée, le dossier étant incomplet ainsi qu'il est indiqué ci-après.

A la date de la notification de la commande à la société CNOCKAERT le 2 juin 2010, la requérante n'avait pas obtenu du gouvernement régional wallon la décision visée à l'article 6 de la loi du 20 mars 1991, constatant que sont remplies les conditions d'agrération pour le marché considéré, de sorte qu'au jour de la conclusion du marché, la requérante n'avait pas démontré sa capacité d'effectuer des travaux relevant de la sous-catégorie G5.

Il ressort, des pièces communiquées par la commission d'agrération, que le dossier visant à prouver que la requérante remplissait les conditions d'agrération était manifestement incomplet, à telle enseigne que les services de la partie adverse ont dû s'employer à le compléter. La requérante ne se trouvait donc pas dans la

situation visée à l'article 3, § 1^{er}, 2°, de la loi du 20 mars 1991 et il n'y avait dès lors pas d'obligation de transmettre pour avis un dossier incomplet à la commission d'agrément des entrepreneurs.

Le deuxième moyen n'est pas fondé.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Arguments de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 1^{er} et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La partie requérante fait valoir que la notification du 2 juin 2010 informe seulement la requérante du fait que le collège échevinal, en sa séance du 7 décembre 2009, n'a pas réservé une suite favorable à son offre de prix.

Selon elle, la décision attaquée ne comporte aucune motivation de la décision en cause et est en totale contradiction avec les actes posés par l'autorité administrative.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a informé la partie requérante, par pli recommandé à la poste, que le "Collège échevinal, en séance du 07.12.2009 (31^{ème} objet), n'a pas réservé une suite favorable à votre offre de prix relative à l'objet repris sous rubrique (lot 1A : démolitions. Non attribution de marché.)"

Cette communication faite sur la base de l'article 21bis, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, contient l'indication de voies de recours, mais ne devait pas comporter d'éléments de motivation de la décision.

La partie requérante ne prétend pas et n'établit pas qu'elle a formulé une demande écrite en vue de recevoir communication des motifs de la décision la concernant, conformément à l'article 25 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, applicable à ce marché annoncé avant le 25 février 2010.

Au surplus, la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 7 décembre 2009, qui fait référence au rapport d'examen des offres et donc au motif de non-sélection de la partie requérante, est adéquatement motivée.

Le troisième moyen n'est pas fondé.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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 six mai deux mille treize par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.