

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.366 du 12 juillet 2013

A.209.223/VI-19.996

En cause : **la Société anonyme DELTA THERMIC,**
ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq 35,
4031 Liège,

contre :

le Centre public d'action sociale de Wavre,
ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Virginie DOR
et Thomas CAMBIER, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société anonyme D-FI,
ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

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

Vu la demande introduite le 20 juin 2013 par la société anonyme (S.A.) DELTA THERMIC, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 30 avril 2013 par le centre public d'action sociale de Wavre d'attribuer le marché public ayant pour objet des travaux concernant la reconstruction de la maison de repos «La Closière», lot 2, chauffage/sanitaire/ventilation à la S.A. D-FI";

Vu la requête introduite le 5 juillet 2013 par laquelle la S.A. D-FI demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence;

Vu l'ordonnance du 21 juin 2013, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 10 juillet 2013 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Entendu, en son rapport, M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me J.-L. TEHEUX, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Mes V. DOR et TH. CAMBIER, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et Me A.-L. DURVIAUX, loco Me E. BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. JANS, 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 la partie requérante expose comme suit les faits de la cause :

" 1. Par avis du marché publié le 27 février 2013 [...], la partie adverse lance une procédure d'adjudication publique afférente à l'attribution d'un marché public de travaux ayant pour objet l'exécution de travaux de chauffage, sanitaire et ventilation dans le cadre de la restructuration de la maison de repos «La Closière». Il s'agit du lot 2.

2. Conformément à l'avis de marché (point III.2.3) et au cahier spécial des charges (article 2.2. pièce 2), les soumissionnaires doivent être agréés en sous-catégories D16 ou D17 ou D18 ainsi qu'en classe 7.

L'agrément en classe 7 autorise, conformément à l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, l'entrepreneur à exécuter des travaux d'un montant maximum de 5.330.000 €.

Les sous-catégories sont, par contre, définies dans l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux comme suit :

« D16 : Installations sanitaires et installations de chauffage au gaz par appareil individuel
D17: Chauffage central Installations thermiques
D18: Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air».

3. En l'espèce, la requérante dépose une offre pour la réalisation de ces travaux d'un montant de 3.909.192,11 €.

Conformément aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la partie adverse procède à l'ouverture des offres. Il résulte du classement établi lors de cette ouverture que la requérante se classe 3^{ème} (page 5 du rapport d'attribution [...]).

Après correction des erreurs matérielles, arithmétiques et des omissions, la requérante se classe 2^{ème} (page 12 du rapport d'attribution [...]).

4. Par courrier du 5 juin 2013 adressé par la partie adverse à la requérante [...], cette dernière apprend que son offre n'a pas été retenue; celle-ci n'étant pas la moins-disante. Est joint à ce courrier la décision d'attribution du marché à la S.A.D FI pour un montant de 3.710.276,84 € et le rapport d'attribution des offres [...];

Considérant que, par requête introduite le 5 juillet 2013, la S.A. D-FI, bénéficiaire de l'acte attaqué, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de "la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux"; qu'elle expose que l'article 2.2 du cahier spécial des charges précise que les travaux concernés "sont rangés dans la catégorie D16 ou D17 ou D18 et l'administration considère qu'ils rentrent dans la classe 7" et que cette disposition attire par ailleurs spécifiquement l'attention des soumissionnaires sur le respect des dispositions applicables en matière d'agrément en ce compris l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux; qu'après avoir cité l'alinéa 1^{er} de l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, elle procède à la ventilation des différents postes de métré entre les sous-catégories D16, D17 et D18 et, sur la base des prix de son offre, arrive au résultat suivant : sous-catégorie D16 : 44% du marché, sous-catégorie D17 : 27% du marché, sous-catégorie D18 : 29% du marché; qu'elle en conclut que la sous-catégorie dans laquelle les travaux devaient être rangés est la sous-catégorie D16, qui représente "la partie la plus importante du marché", soit près de 45%; qu'elle fait valoir que la S.A. D-FI, adjudicataire du marché, est agréée en classe 3 sous-catégorie D16 et qu'elle n'a donc pas la classe suffisante pour pouvoir obtenir le marché puisqu'il convenait d'être agréé en classe 7 sous-catégorie D16; que la requérante en déduit que le marché aurait dû lui être attribué puisque l'offre de la S.A. D-FI aurait dû être écartée;

Considérant que la requérante n'expose pas en quoi la décision attaquée violerait l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993; que le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque la violation de cette disposition;

Considérant que l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux dispose comme suit :

- " La catégorie ou sous-catégorie dans laquelle un marché comprenant des travaux, classés dans différentes catégories et/ou sous-catégories doit être rangé est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché.

Dans le cas où l'ouvrage comprend des travaux de nature différente, dont l'importance relative est plus ou moins égale, celui-ci pourra être classé dans plusieurs des catégories ou sous-catégories concernées. En toute hypothèse, l'adjudicataire ne devra être agréé que dans l'une des catégories ou sous-catégories prévues";

Considérant que le pouvoir adjudicateur indique, dans le cahier spécial des charges, que "les travaux de la présente entreprise sont rangés dans la catégorie D16 ou D17 ou D18 et l'Administration considère qu'ils rentrent dans la classe 7" (article 2.2.); qu'il demande ensuite que la preuve soit fournie que l'agrément du soumissionnaire soit "valable pour les travaux correspondant aux catégories de classes selon l'article 3.10." (article 2.2.1.); que dans le rapport d'adjudication, il est mentionné que "Tous les soumissionnaires présentent une classe en rapport avec les montants des travaux à réaliser" (page 8); qu'il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur a classé "l'ouvrage" dans trois sous-catégories; qu'il n'a donc pas appliqué l'alinéa 1^{er}, mais bien l'alinéa 2 du § 7 de l'article 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991;

Considérant que l'argumentation contenue dans le moyen consiste, en substance, à soutenir que la partie adverse a méconnu l'alinéa 1^{er} du § 7 de l'article 5, pour le motif que cette disposition lui imposait de ranger les travaux concernés dans la sous-catégorie D16, laquelle représente la "partie la plus importante" du marché; que cette argumentation ne peut être considérée comme pertinente que s'il s'avère que c'est à tort que la partie adverse a appliqué l'alinéa 2 de la disposition précitée et qu'elle aurait dû appliquer l'alinéa 1^{er} ;

Considérant que, selon les termes dudit alinéa 2, l'ouvrage "pourra être classé" dans plusieurs des catégories ou sous-catégories concernées lorsqu'il "comprend des travaux de nature différente, dont l'importance relative est plus ou moins égale"; qu'il y a lieu de constater que contrairement à l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 n'utilise pas le terme "montant"; qu'il peut s'en déduire que l'importance respective des travaux n'est pas déterminée uniquement par leur montant et que d'autres critères peuvent être pris en considération, comme, par exemple, la complexité technique de certains travaux ou, à l'inverse, leur caractère répétitif; que d'autre part, selon ses propres termes, l'alinéa 2 s'applique lorsque l'importance relative des travaux est "plus ou moins égale"; que le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation tant

pour déterminer l'importance relative des travaux que pour évaluer s'ils sont d'importance plus ou moins égale;

Considérant qu'en égard au pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, la circonstance, alléguée par la partie requérante, que la sous-catégorie D16 représente la partie la plus importante du marché n'est pas, à elle seule, de nature à empêcher la partie adverse d'estimer que l'importance relative des travaux est plus ou moins égale; qu'il en est ainsi même en prenant en considération, dans l'offre de l'adjudicataire, la ventilation sur laquelle se fonde la requérante et que les autres parties contestent; que, dans sa requête, la société requérante n'apporte aucun autre élément permettant d'établir que la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les différents travaux étaient d'importance plus ou moins égale et, partant, appliquer l'alinéa 2 plutôt que l'alinéa 1^{er} du § 7 de l'article 5; qu'en application dudit alinéa 2, elle a pu attribuer le marché à une entreprise agréée en sous-catégorie D17 classe 7;

Considérant que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la partie adverse demande la confidentialité de deux pièces du dossier, à savoir le tableau récapitulatif établi par l'auteur de projet (pièce 11) et l'offre de l'attributaire (pièce 12), conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat; qu'elle expose notamment ce qui suit :

" Ces offres sont couvertes par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (article 65/26 précité) et une concurrence loyale entre les entreprises (article 65/10).

En effet, à ce stade de la procédure, si Votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que la partie adverse devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Il convient donc d'éviter que les offres des compétiteurs soient accessibles à chacun des soumissionnaires, ce qui aurait pour conséquence d'altérer la concurrence dans le cadre de ce marché et de futurs marchés dans ce secteur d'activités .

35. Par ailleurs, c'est également dans le respect des articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 que la partie adverse joint à son dossier administratif le tableau de ventilation des prix de l'offre de l'attributaire en tant que pièce confidentielle, à l'attention unique de Votre Conseil et de l'Auditorat";

Considérant que la S.A. D-FI demande que la confidentialité soit attachée à son offre; qu'elle fait valoir que "cette demande de confidentialité se justifie par le fait que la structure des prix est une information couverte par la notion de secret des

affaires; un opérateur économique a donc intérêt légitime à ne pas la communiquer à un de ses concurrents dans le cadre d'une procédure contentieuse";

Considérant que, sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires; que pour le même motif, il y a lieu de soustraire, à ce stade, à la consultation des autres parties, comme le sollicite la partie adverse, le tableau récapitulatif établi par l'auteur de projet,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. D-FI dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

L'offre de la société anonyme D-FI ainsi que le tableau récapitulatif des offres établi par l'auteur de projet (pièce 11 du dossier administratif) sont soustraits, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution de l'acte attaqué est rejetée.

Article 4.

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 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président f.f.,
M^{me} MOREL, greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

C. MOREL.

I. KOVALOVSKY.