

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.850 du 20 mars 2014

G./A.211.479/VI-20.137

En cause : **la société anonyme EUROVIA BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Me Olivier JADIN, avocat,
rue Jules Destrée, n° 72,
6001 Marcinelle.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 28 janvier 2014, la société anonyme EUROVIA BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise en séance de son Collège échevinal du 17 décembre 2013 par la ville de Charleroi et notifiée par lettres recommandées du 14 janvier 2014, reçues en ses bureaux le 16 janvier 2014, de ne pas la «sélectionner» et d'attribuer, dans le cadre du marché dénommé «Entités : Voiries communales - Droit de tirage 2010 - 2012 - Dossier n° 3», [...] les lots 1 et 3 à la S.A. WANTY, le lot 4 à la S.A. COLAS BELGIUM et de reporter l'attribution du lot 2 à la S.A. WANTY à l'exercice 2014".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 janvier 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 mars 2014 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 14 mars 2014, la partie requérante poursuit l'annulation de la décision précitée du 17 décembre 2013.

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

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Olivier JADIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMAERT, a été entendue 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

Le marché à lots litigieux a pour objet "la rénovation des voiries par des travaux de raclage/pose tapis, de reprofilage de chaussée et de purge [...] dans l'entité de Charleroi". Il est divisé en quatre lots. Le mode de passation est celui de l'adjudication publique.

La requérante a soumissionné pour les quatre lots.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèse de la requérante

Le moyen unique est exposé et développé comme suit :

- " Pris de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement en son article 15, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, plus particulièrement en son article 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, plus particulièrement en son article 101 et du Cahier spécial des Charges n° 2012/VOIRIE/31 applicable au marché, plus particulièrement en son article 7.2) et de l'excès de pouvoir commis, en ce que :

alors que l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 dispose en son alinéa 1^{er} que :

«Lorsque l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué, en adjudication publique ou restreinte, au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10 p.c. du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre»,

et que l'article 3 § 1^{er} de la loi du 20 mars 1991 stipule que :

«Les marchés de travaux visés à l'article 2, dont l'importance dépasse un montant fixé par arrêté royal [actuellement 75.000 € HTVA pour les travaux rangés en catégories et 50.000 € pour les travaux rangés en sous-catégories] ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de l'attribution du marché :

1° soit sont agréés à cet effet;

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci»,

la partie adverse a exclu de la comparaison des offres, et donc du processus décisionnel d'attribution du marché, notamment la requérante, alors que celle-ci, soumissionnaire le moins disant pour le lot 1 et le lot 2, disposait d'une agréation en classe C 5 (Revêtements hydrocarbonés et enduisages) conforme aux exigences réglementaires, dont elle apportait la preuve en sa soumission.

* développement du moyen unique

Il apparaît établi, par le procès-verbal de la séance du Collège communal en date du 17 décembre 2013, que la requérante a déposé les offres les moins-disantes pour le lot 1, au montant de 1.089.090,75 €, TVA comprise, et pour le lot 2, au montant de 490.184,52 €, TVA comprise.

L'agréation dont elle bénéficie en sous-catégorie C5, classe 5, lui permet de se voir confier des marchés de «Revêtements hydrocarbonés et enduisages» d'un montant maximum, TVA non comprise, de 1.810.000 €, conformément à l'article 3 § 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991.

Ce plafond n'est nullement atteint en l'occurrence, que l'on considère chaque lot séparément, ainsi que le voudraient la logique et le mode de présentation du dossier qui a été adopté par la partie adverse, ou même que l'on considère globalement les lots 1 et 2 [dont la valeur globale s'établit à (1.089.090,75 € + 480.184,52 €) soit 1.569.275,27 € tva comprise, ou 1.296.921,71 € hors TVA].

Des motifs de la décision d'attribution, il apparaît que la partie adverse a interprété l'article 7 de son Cahier spécial des Charges n° 2012/VOIRIE/31 comme faisant obligation aux soumissionnaires d'apporter la preuve de leur agréation en catégorie C, sous-catégorie 5 et dans la classe correspondante au montant total des lots soumissionnés, qu'ils aient vocation, au vu des résultats constatés à l'ouverture des offres, de les obtenir ou non.

Ainsi interprété, l'article 7 du Cahier spécial des Charges et l'application qui en a été faite par la partie adverse sont contraires à la loi.

Il convient tout d'abord de noter que la requérante est notamment agréée, à l'heure actuelle, en classe 8 en catégorie C «Entreprises générales de travaux routiers» et en sous-catégorie C1 «Travaux d'égouts courants».

L'article 3 § 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi [sur l'agréation des entrepreneurs] dispose explicitement que:

«La classe d'agrération exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver».

La doctrine précise très naturellement, à ce propos, que :

«L'indication de cette classe dans l'avis d'adjudication ou dans le Cahier spécial des Charges est nécessairement provisoire car elle se fonde sur l'estimation de la dépense par le maître de l'ouvrage ou par son auteur de projet.

C'est finalement le montant de la soumission retenue qui détermine définitivement la classe financière dans laquelle l'entrepreneur doit être agréé, et ce conformément au § 4».

[Flamme, Mathéi e.a., Commentaire pratique de la réglementation des Marchés publics, Tome 1B, 6^{ème} édition, page 1688]

Par ailleurs, l'article 101 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 prévoit, en son premier paragraphe, que :

«Lorsque le cahier spécial des charges comprend plusieurs lots, le soumissionnaire peut remettre offre pour un ou plusieurs d'entre eux.

Il remet offre pour chacun des lots qu'il a choisi.

Ces offres peuvent être consignées dans un document unique si le cahier spécial des charges le permet ».

Il convient de déduire de cette formulation que :

«(...) en vertu de l'article 101 de l'arrêté royal n° 1 [lire : l'arrêté royal du 8 janvier 1996], chacun des lots fait l'objet d'un marché distinct en sorte que la classe d'agrération requise doit être déterminée lot par lot, même si plusieurs lots sont attribués au même entrepreneur.

(Procès-verbal de la réunion du 22 novembre 1983 de la Commission d'Agrération ; avis approuvé par le Ministre le 23 décembre 1983.

La Commission attire l'attention sur le fait qu'en toute hypothèse l'administration doit vérifier dans ce cas si l'entreprise, à qui plusieurs lots seront attribués, ne dépasse pas le volume maximum des travaux qu'elle est autorisée à exécuter simultanément)».

[Flamme, Mathéi e.a., op. cit., page 1689].

En l'occurrence, ce dernier risque était inexistant, dès l'instant où le montant total des lots mis en adjudication, évaluable sur base des prix constatés à l'ouverture des offres, avoisinait 3 millions d'euros, alors que l'article 3 § 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 autorise un soumissionnaire agréé en classe 5 à exécuter simultanément des marchés pour un montant global de 14.500.000 €.

Il apparaît au demeurant que, dans un premier temps, la partie adverse avait manifestement souscrit à ce raisonnement, puisqu'elle avait invité la requérante à justifier certains de ses prix unitaires, pour les deux lots susceptibles de lui être attribués, indiquant de ce fait qu'elle prenait en considération la soumission déposée, avant de se raviser sans motif ou explication valable.

La décision d'attribution du 17 décembre 2013, fondée sur une interprétation erronée des dispositions visées au moyen unique et s'appuyant sur une clause contractuelle dépourvue de légalité, doit donc être suspendue, le moyen unique étant sérieux".

IV. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait notamment valoir les arguments suivants :

" 1. L'article 7.2 du cahier spécial des charges :

Cet article précise que «le soumissionnaire est également tenu d'apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'entrepreneurs de travaux dans la catégorie C, sous-catégorie 5 et de classe correspondante au montant total du ou des lots soumissionnés.» [...].

Cet article est clair et ne doit donc pas être interprété.

La partie adverse a clairement exprimé sa vision du marché et ses exigences, d'ailleurs déjà précisées dans l'avis de marché, page 6/17, III.2.2 capacités économiques et financières, repris dans un encadré [...].

La requérante ne pouvait donc ignorer qu'il lui fallait une agrément supérieure à la classe 5 puisqu'elle postulait pour les quatre lots de sorte que le montant des lots soumissionnés, même à retenir chaque offre moins disante, était supérieur au montant maximum de 1.810.000,00 € de la classe 5 et qu'il lui fallait donc produire une agrément d'une classe supérieure.

Elle ne l'ignorait pas et n'a rien trouvé à y redire puisqu'elle a, semble-t-il, sollicité son agrément en classe 8.

La thèse de la requérante est donc non pertinente.

Au demeurant, force est de constater que la requérante a mal appréhendé le cahier spécial des charges et aurait du, compte tenu de ce qu'elle ne disposait que d'une agrément de classe 5, limiter les lots auxquels elle soumissionnait ou faire les démarches pour obtenir une agrément dans une classe suffisante.

La requérante prétend en outre sans, toutefois, le démontrer que cet article 7.2 serait contraire à la loi, en l'espèce aux articles :

- 3 § 4 de l'arrêté royal du 26.09.1991 : force est de constater que cet article confirme l'article 7.2 du cahier spécial des charges puisqu'il précise que : «la classe d'agrément exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver.»

Or, en l'espèce, la requérante a soumissionné pour les quatre lots composant le marché.

Elle devait donc, conformément à cette disposition, additionner les prix de chacun des lots pour connaître la classe d'agrément exigible.

La disposition qu'elle cite va donc à l'encontre de la thèse qu'elle défend.

[...]"

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat

IV. 3.1. En l'espèce, la requérante était la moins-disante pour les lots 1 et 2 mais elle n'a pas été sélectionnée. Elle n'était pas la moins-disante pour les lots 3 et 4 mais dans la mesure où les offres sélectionnées ont fait l'objet de corrections et

rectifications – et non l'offre de la requérante qui a été écartée avant la comparaison des offres –, il ne peut être exclu que le classement soit finalement modifié en cas de suspension de l'acte attaqué. La partie requérante a donc intérêt à la suspension de l'exécution de l'attribution des quatre lots. Cet aspect doit être pris en compte dans l'analyse qui suit.

IV.3.2. L'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux prévoit en son article 3, § 1, que "pour chaque catégorie ou sous-catégorie, les entrepreneurs agréés sont répartis en huit classes". Le paragraphe 2 de l'article 3 précité fixe, pour chacune des sept premières classes, le montant maximum, T.V.A. non comprise, d'un marché de travaux pouvant être confié à un entrepreneur. En son paragraphe 3, ledit article 3 fixe, pour chacune des huit classes, le montant total, T.V.A. non comprise, des travaux, tant publics que privés, pouvant être exécutés simultanément en Belgique et à l'étranger par un même entrepreneur au moment de l'attribution du marché. Aux termes de son paragraphe 4, l'article 3 dispose que "la classe d'agrément exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver".

L'article 4 de l'arrêté royal susvisé classe les travaux en catégories et sous-catégories. La catégorie C, sous-catégorie 5, comprend les travaux de "revêtements hydrocarbonés et enduisages".

IV.3.3. De ces dispositions, il apparaît que la qualité de l'agrément dont doit être titulaire un soumissionnaire se détermine par rapport à l'ensemble des lots qui lui sont attribués. Exiger d'un soumissionnaire qu'il dispose de l'agrément correspondant au montant total des soumissions pour tous les lots serait exorbitant et contraire à toute rationalité et fonctionnalité. Ainsi, en l'espèce, s'il fallait appliquer cette thèse, la qualité de l'agrément dont devrait disposer la partie requérante dépendrait même du montant du lot 2 que la partie adverse n'a pourtant pas attribué. L'économie de l'agrément est d'assurer au pouvoir adjudicateur que l'entrepreneur présente les garanties imposées légalement pour pouvoir mener à bien l'exécution des travaux qui lui seront attribués le cas échéant.

Dès lors, un cahier spécial des charges ne peut fixer un niveau d'exigence plus élevé que ce qui est prévu par l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité. Si tel était le cas, il serait illégal.

Si l'article 7.2. du cahier spécial des charges du marché litigieux prévoit que "le soumissionnaire est également tenu d'apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'entrepreneurs de travaux dans la catégorie C,

sous catégorie 5 et de classe correspondante au montant total du ou des lots soumissionnés", ce qui y est visé c'est, comme il est prévu à l'article 3, § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, le montant total du ou des lots soumissionnés à approuver.

La partie adverse ne pouvait donc écarter la requérante pour le seul motif qu'elle ne disposait pas d'une agrégation dans la classe correspondant au montant total des quatre lots.

Le moyen unique est sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Sur ce point, la requérante considère que la partie adverse aurait un intérêt à la suspension voire à l'annulation de l'acte attaqué dans la mesure où l'attribution des lots 1 et 2 à EUROVIA et des lots 3 et 4 à la SA JACQUES PIRLOT permettrait une économie de 399.344,15 € par rapport aux offres finalement retenues alors que cet aspect financier est primordial puisque la partie adverse a dû reporter le lot 2 en raison de moyens financiers insuffisants.

Cette argumentation est contestable.

D'une part, la requérante oublie qu'une suspension et/ou une annulation de l'acte attaqué n'aurait pas pour effet de lui attribuer automatiquement les lots 1 et 2.

La question de la sélection qualitative réglée, il appartiendrait nécessairement d'examiner la régularité de l'offre au regard de son attribution soit du prix.

Or, sur ce point, la partie adverse a interrogé la requérante sur un certain nombre de prix apparaissant anormalement bas ou hauts ; certes, la requérante y a répondu mais la partie adverse n'a pas étudié la pertinence et le bien fondé de ses réponses compte tenu de l'irrecevabilité de l'offre telle que justifiée dans l'acte attaqué. Elle ne s'est donc pas penchée sur les critères d'attribution.

En cas de suspension et/ou d'annulation, il reviendrait donc à la partie adverse de reprendre le dossier au moment de la recevabilité de l'offre, de statuer en tenant compte des considérants de l'arrêt qui serait rendu et, enfin, à supposer que l'offre soit in fine considérée admissible au regard de la sélection qualitative, poursuivre l'examen du dossier, et notamment, étudier la question de l'anormalité des prix.

D'autre part, l'économie enregistrée si les lots avaient été attribués au moins disant ne permettrait pas de couvrir l'intégralité du coût du lot 2 qui a dû être reporté, ce d'autant plus que la SA JACQUES PIRLOT, moins-disante pour les lots 3 et 4 n'a pas introduit de recours.

En outre, la partie adverse a dû engager les dépenses relatives aux trois lots attribués fin 2013 sur base de la décision d'attribution du Collège, engagement obligatoire, la loi sur la comptabilité communale imposant l'engagement d'une

dépense l'année de l'attribution du marché à telle enseigne que tout crédit non engagé avant le 31 décembre est perdu.

La suspension de l'acte attaqué aurait pour conséquence de bloquer le dossier avec, dans un premier temps, l'obligation pour la partie adverse d'annuler au compte 2014 les crédits engagés en 2013 et ensuite, d'inscrire de nouveaux crédits au budget 2015.

Cela engendrerait, outre un retard conséquent dans les travaux, une perte financière directe d'un montant de 1.880.335,91 € (financement communal prévu sur les crédits 2013) et une nouvelle perte financière via la nouvelle inscription sur les crédits 2015 d'un montant minimum de 1.792.511,59 € pour le financement communal.

En effet, tout crédit annulé est perdu puisqu'en comptabilité communale, le report d'un crédit n'existe pas.

Par conséquent, la réinscription des crédits en 2015 diminuera d'autant la capacité de financement de la partie adverse pour cette année. En fait, c'est comme si les crédits 2013 n'avaient jamais existés.

De plus, le montant des crédits à réinscrire en 2015 ne tiendrait pas compte des augmentations qui seront nécessairement demandées par les fournisseurs pour le maintien de la validité de leur offre (plus d'un an et demi de dépassement).

Des conséquences indirectes interviendront également pour la partie adverse. Premièrement, pour les raisons budgétaires précitées et comme déjà mis en exergue, dans l'hypothèse d'une suspension de la décision d'attribution, la partie adverse ne pourra attribuer de nouveau ce marché qu'en 2015.

Elle sera donc contrainte de solliciter des soumissionnaires une très longue prolongation de validité d'offre (plus d'un an et demi) et ces derniers pourraient soit refuser toute prolongation de la validité de leur offre (ce marché pourrait donc in fine ne plus être attribuable par absence d'offres), soit accepter de prolonger la validité de leur offre moyennant une augmentation de leur prix (et pour une telle durée, une augmentation pourrait raisonnablement être supérieure à 10 %).

Deuxièmement, ce dossier a été attribué sur base de la loi sur les marchés publics du 24.12.1993 et les divers arrêtés royaux qui y sont liés.

Depuis, la nouvelle loi sur les marchés publics est entrée en application. En conséquence, les autorités de tutelle wallonnes pourraient imposer à la partie adverse de relancer l'ensemble de la procédure d'attribution de ce marché avec les conséquences particulièrement détritmentales qui en résulteraient entre autres en termes de coût et de délais.

Troisièmement, la partie adverse risque, en attribuant ce dossier seulement en 2015, de perdre les subsides relatifs à ces travaux puisqu'elle aurait largement dépassé les délais impartis pour la réalisation des travaux prévus dans le cadre du plan de subsidiation «droit de tirage 2010/2012» (perte de subsides d'un montant de 1.607.365,00 €).

A ces pertes budgétaires directes et indirectes, viendraient s'ajouter inmanquablement tous les frais de réparations provisoires et la prise de responsabilité des dégâts matériels occasionnés par ces voiries en mauvais état qui justifiaient ces investissements.

Il ressort de ce qui précède que le préjudice que subirait la partie adverse à la suite de la suspension de l'acte attaqué serait beaucoup plus qu'important et, en tout état

de cause, disproportionné au regard du bénéfice que pourrait éventuellement en retirer la requérante.

[...]"

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Les pertes financières alléguées ne sont nullement étayées par des fondements légaux ou réglementaires.

D'une manière générale, ces pertes financières alléguées dépendent du fait de la partie adverse – illégalité commise – et de sa capacité à gérer le service public en cause, c'est-à-dire la voirie.

Quant à la perte de subsides, elle dépendrait du fait que le "dossier" ne pourrait être attribué qu'en 2015. Il s'agit donc d'une hypothèse dont la réalisation dépend de la diligence de la partie adverse à rétablir la légalité.

Il est fréquent que lors de la prise d'une décision, une autorité publique doive appliquer de nouvelles règles juridiques. Cette circonstance ne dispense pas celle-ci d'assurer la continuité de son action.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de refuser la suspension.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 17 décembre 2013 par la ville de Charleroi, dans le cadre du marché dénommé "Entités : Voiries communales - Droit de tirage 2010 - 2012 - Dossier n° 3", de ne pas sélectionner la société EUROVIA BELGIUM et d'attribuer les lots 1 et 3 à la société WANTY, le lot 4 à la société COLAS BELGIUM et de reporter l'attribution du lot 2 à la société WANTY à l'exercice 2014.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt mars deux mille quatorze par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.