CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.653 du 25 mars 2015

G./A.215.131/VI-20.370

En cause : **la société anonyme FODETRA,**

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

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVAQUA,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC,

ayant élu domicile chez
Mes Marco SCHOUPS, Kris LEMMENS et
Myriam LAHBIB, avocats,
De Burburestraat, n° 6-8, bus 5,
2000 Anvers.

LE PRESIDENT DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 février 2015, la société anonyme FODETRA demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise en date du 30 janvier 2015 par la partie adverse, et portée à sa connaissance selon lettre recommandée datée du 13 février 2015, reçue en ses bureaux le 16 février 2015, dans le cadre de «l'accord-cadre relatif aux travaux de déblai et remblai de tranchées dans la Région de Bruxelles-Capitale», d'attribuer, à l'issue d'une procédure négociée avec publicité européenne «l'accord-cadre (les 2 lots) à la société SEWER-TEC, celle-ci ayant déposé l'offre régulière la moins-disante»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 février 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 mars 2015 à 10 heures 30.

La société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC a, par une requête introduite le 9 mars 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Kris LEMMENS et Myriam LAHBIB, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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 litigieux est un accord-cadre de travaux soumis à une procédure négociée avec publicité européenne. Il comprend deux lots. C'est un marché à bordereaux de prix.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC a, par une requête introduite le 9 mars 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire de l'accord-cadre

litigieux, elle a intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête dans la présente procédure.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE

Le recours est recevable uniquement en ce qu'il concerne le lot n° 2, la requérante n'ayant déposé offre que pour celui-ci.

Il est dès lors irrecevable en tant qu'il est dirigé contre l'attribution du lot n° 1.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est exposé comme suit :

" Pris de la violation de la loi du 20 mars 1991, organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, plus particulièrement en son article 3 § 1er, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi, notamment en son article 4, de l'avis de marché, en son article III.2.3), 4ème alinéa, et de l'excès de pouvoir commis, en ce que :

alors que l'article 3 § 1er de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux édicte que :

«Les marchés de travaux visés à l'article 2 [soit les marchés publics de travaux attribués par des personnes de droit public] dont l'importance dépasse un montant fixé par arrêté royal, 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 agréées 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»,

et que l'avis de marché imposait que les soumissionnaires disposent «d'un certificat d'agréation en catégorie G (ou sous-catégorie C2 ou C6) de minimum classe 3 (pour 1 lot) ou 4 (pour 2 lots)»,

l'attributaire ne dispose pas des agréations exigées, en manière telle que le marché ne pouvait lui être légalement attribué".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

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'agréation d'entrepreneurs de travaux énonce que :

" § 1er. Pour chaque catégorie ou sous-catégorie, les entrepreneurs agréés sont répartis en huit classes.
§ 2. Le montant maximum, T.V.A. non comprise, d'un marché de travaux pouvant être confié à un entrepreneur est fixé comme suit pour chacune des sept premières classes :
classe 1 : 135.000 EUR
classe 2 : 275.000 EUR
classe 3 : 500.000 EUR
classe 4 : 900.000 EUR
classe 5 : 1.810.000 EUR
classe 6 : 3.225.000 EUR
classe 7 : 5.330.000 EUR.
§ 3. 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 est fixé comme suit pour chacune des huit classes :
classe 1 : 682.000 EUR
classe 2 : 2.200.000 EUR
classe 3 : 4.000.000 EUR
classe 4 : 7.000.000 EUR
classe 5 : 14.500.000 EUR
classe 6 : 26.000.000 EUR
classe 7 : 43.000.000 EUR
classe 8 : 260.000.000 EUR.
Pour le calcul du montant des travaux pouvant être exécutés simultanément, il n'est tenu compte, pour les travaux en cours d'exécution par une association momentanée, ou à exécuter par une telle association, que de la part du marché à exécuter ou restant à exécuter par chacun des participants à une telle association.
§ 4. La classe d'agréation exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver.
[…]".

Il résulte clairement de cette disposition que la seule classe d'agréation qui peut être exigée du soumissionnaire est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver. Plus particulièrement, un cahier spécial des charges ne peut fixer un niveau d'exigence plus élevé que celui qui est prévu par l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité. Il n'y a, dès lors, pas lieu de tenir compte des exigences spécifiques du cahier spécial des charges en matière d'agréation, mais bien uniquement du montant de la soumission. Le moyen, en tant qu'il est pris de la violation de l'article III. 2.3) de l'avis de marché, n'est donc pas sérieux.

Il convient, par ailleurs, en l'espèce, d'avoir égard au type de marché concerné, à savoir un accord-cadre, soit un "accord entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées", selon les termes de l'article 3, 15°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Dans le cas d'un tel accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, qu'il convient d'apprécier le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agréation. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il conviendra de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agréation requise.

Il convient, toutefois, de vérifier également au stade de l'attribution de l'accord-cadre si celui-ci pourra bien avoir un effet utile ou, en d'autres termes, si les marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre. Cette vérification implique de contrôler si on peut raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposera de l'agréation requise lors de l'attribution des marchés particuliers.

En l'espèce, il ressort du cahier spécial des charges que le volume global annuel estimé, tous lots confondus, peut être évalué entre quatre-vingts et cent vingt chantiers, soit dix chantiers exécutés simultanément (point 2.1.8.1. du cahier spécial des charges). Les exigences en matière d'équipe mise à disposition (point III. 2.3) de l'avis de marché) sont, par ailleurs, de six équipes de terrassement par lot, ce qui implique douze équipes pour deux lots et donc jusqu'à douze chantiers pouvant être exécutés simultanément (évaluation la plus haute donc la plus favorable à la requérante).

L'accord-cadre a été attribué à la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC pour un montant de 25.389.000 euros pour 4 ans pour les deux lots, soit un montant estimé de 6.347.250 euros par an.

En tenant compte d'un nombre de quatre-vingt chantiers (estimation la plus favorable à la requérante), on aboutit à une estimation moyenne par marché de +/-79.340 euros par marché, soit un montant pour lequel l'agréation de l'attributaire (en propre et sans recours à son sous-traitant) en catégorie G classe 1 (agréation reconnue) ou G classe 2 (agréation assimilée en application de l'article 5, § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991) est suffisante. En effet, l'article 5, § 4, dispose notamment que "l'agréation en catégorie B, entraîne l'agréation en catégories A, E et G avec déclassement de trois classes". La société SEWER-TEC, qui est agréée en catégorie B classe 5, est donc également *de facto* agréée en catégorie G classe 2.

Il convient encore d'examiner si cette agréation personnelle à l'attributaire est suffisante pour l'exécution simultanée de douze marchés (évaluation la plus haute et donc la plus favorable à la requérante). Le montant de douze marchés simultanés

peut être estimé à 12x79.340 euros, soit 952.080 euros, et l'agréation dont dispose l'attributaire en catégorie G classe 2, en application de l'article 5, § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, lui permet d'exécuter des travaux simultanés pour un montant total de 2.200.000 euros (article 3, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991).

Il en résulte que la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC dispose a priori d'une agréation suffisante à elle seule pour se voir attribuer les marchés particuliers en application de l'accord-cadre litigieux sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner les agréations dont dispose son sous-traitant.

Il n'est, en tout état de cause, pas déraisonnable dans le chef de la partie adverse d'avoir estimé que la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC disposait d'une agréation suffisante pour se voir attribuer l'accord-cadre litigieux.

Le premier moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est exposé en ces termes :

" Pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement en son article 20, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, plus particulièrement en ses articles 63 et 106 et de l'avis de marché du 23 juillet 2014, plus particulièrement en son article III.2.3) ainsi que de l'excès de pouvoir commis, en ce que :

alors que l'article 20 de la loi du 15 juin 2006 dispose en son alinéa 1er que :

«Le Roi fixe les règles en matière de droit d'accès ainsi que celles relatives à la sélection qualitative des candidats et des soumissionnaires»,

que l'article 63 § 1er, 2° de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 précise que :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
1° […]
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur en vertu de la présente section et de la section 3.
Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché.
En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire»,

et que l'article III.2.3) Capacité technique de l'avis de marché imposait clairement la démonstration, par chaque candidat, entre autres exigences, de sa capacité à pouvoir :

« - mettre à disposition 6 équipes de terrassement, chaque équipe étant (au minimum) composée de 6 hommes, dont 1 chef d'équipe et 2 machinistes (dont 1 bilingue FR - NL) ainsi que par lot, minimum 2 équipes de 2 paveurs et minimum 2 conducteurs de chantier»,

les renseignements disponibles sur l'attributaire des deux lots du marché attestent de ce qu'il n'aurait pu en aucune manière satisfaire à cette exigence, en tous cas pour l'ensemble des 2 lots, et de ce qu'il n'aurait pu dès lors satisfaire aux exigences de la sélection qualitative alors qu'avant de lui attribuer les marchés, la partie adverse l'a erronément jugé apte «à exécuter le marché eu égard aux exigences de sélection qualitative» et l'a sélectionné;

Le marché considéré n'aurait dès lors pas pu lui être légalement attribué".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'offre de la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC contient deux listes de quarante-quatre personnes pouvant exécuter les marchés concernés par l'accord-cadre, soit un total de quatre-vingt-huit personnes alors que le nombre requis est de quatre-vingt-quatre personnes.

Certes, certaines de ces personnes sont mises à disposition par son sous-traitant, la société anonyme RENOTEC. Le recours à cette sous-traitance est, toutefois, autorisé par l'article 2.1.9.1 du cahier spécial des charges (disposition spécifique à l'attribution). L'interdiction de la sous-traitance visée à l'article 3.14 ne concerne, quant à elle, que l'exécution du marché et ne vise donc que les sous-traitants non prévus lors de la soumission.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est exposé comme suit :

" Pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, plus particulièrement en son article 21 § 1er et du Cahier spécial des Charges n° 1938, plus particulièrement en son article 3.3.3 applicable au marché et de l'excès de pouvoir commis, en ce que :

alors que l'article 21 § 1er de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 prévoit que :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites»,

et que l'article 3.3.3. Caractère normal et acceptable des prix pratiqués du Cahier spécial des Charges n° 1938 précise à ce propos que :

«VIVAQUA procédera à une vérification du caractère normal des prix pratiqués. Dans ce cadre, elle se réserve le droit :
- de demander aux soumissionnaires de fournir toutes indications quant à la composition d'un ou plusieurs prix proposés, en attirant le cas échéant leur attention sur leur caractère apparemment anormal;
- d'inviter le ou les soumissionnaires concernés à revoir le ou les prix concernés, dans le respect de l'égalité entre les soumissionnaires;
- de déclarer irrégulière l'offre d'un soumissionnaire dont un ou plusieurs prix devaient être considérés comme anormaux, après négociations et invitation à fournir une justification acceptable à l'apparente anormalité du ou des prix concernés»,

il résulte des éléments d'appréciation dont la requérante dispose au jour de l'introduction du présent recours en suspension que la partie adverse n'a pas inféré les conséquences qui s'imposaient, par le constat de l'irrégularité de la soumission, du caractère anormal des prix remis par la bvba SEWER-TEC".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée, qui fait siens les motifs du "rapport d'attribution", motive comme suit le contrôle des prix que la partie adverse a effectué :

" par ailleurs, des justificatifs de prix ont été demandés à la société SEWER-TEC et une réunion s'est tenue avec cette dernière en vue de s'assurer qu'elle avait bien pris en compte tous les éléments du cahier spécial des charges et de s'assurer du caractère normal des prix proposés; il en ressort que ce soumissionnaire a tenu compte dans l'établissement de ses prix des moyens humains et matériels indiqués au cahier spécial des charges pour répondre aux exigences de l'accord-cadre ainsi que de rendements de travail réalistes; on peut également mentionner que ce soumissionnaire dispose d'une expérience importante dans l'exécution d'accords-cadres incluant des travaux comparables et exécutés pour compte d'autres sociétés gestionnaires de réseaux d'utilité publique et a donc remis des conditions financières tenant compte de tous les impératifs et aléas liés à ce type de travaux".

Compte tenu du caractère confidentiel des éléments touchant au prix des offres, cette motivation est suffisante en l'espèce.

Le dossier administratif confirme que la partie adverse a bien effectué un contrôle des prix du futur attributaire du marché. L'examen de celui-ci ne fait pas apparaître d'erreur manifeste d'appréciation commise par la partie adverse.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite préserver la confidentialité de l'ensemble des candidatures et des offres déposées ainsi que de deux courriers de l'adjudicataire, du rapport relatif à la régularité des prix de l'adjudicataire dans sa version complète et des tableaux comparatifs des offres (pièces 8, 15, 18 dans sa version confidentielle, 22, 23 et 24 du dossier administratif).

La partie intervenante demande, quant à elle, que ses différents dossiers de candidature et ses offres qu'elle dépose en farde III de son dossier de pièces demeurent confidentiels.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Il y a lieu d'étendre d'office ce régime aux pièces 3, 4, 6 et 7 déposées par la partie requérante en annexe à sa requête, à savoir ses dossiers de candidature et ses différentes offres.

X. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande qu'une indemnité de procédure évaluée à son montant de base soit mise à la charge de la partie requérante.

Le présent arrêt rejetant la demande de suspension d'extrême urgence introduite seule, il convient de liquider les dépens et il y a donc lieu de faire droit à la demande d'indemnité de procédure formulée par la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée SEWER-TEC dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 pièces 3, 4, 6 et 7 du dossier de pièces de la requérante, les pièces 8, 15, 18 dans sa version confidentielle, 22, 23 et 24 du dossier administratif et les pièces déposées en farde III du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-cinq mars deux mille quinze par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M.	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.