CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 231.019 du 28 avril 2015

G./A.215.516/VI-20.396

En cause : **la société privée à responsabilité limitée MARCEL THEIS**,

ayant élu domicile chez
Me Aurélie KETTELS, avocat,
rue de Pitteurs, n° 41,
4020 Liège,

contre :

la commune de Gouvy,

ayant élu domicile chez
Me André DELVAUX et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 avril 2015, la société privée à responsabilité limitée MARCEL THEIS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

"- […] la décision du Collège communal de Gouvy, du 17 mars 2015, attribuant à la SACE, le marché relatif au brossage des filets d'eau et des bords de voirie (…);

- […] la décision prise le même jour et par un même acte, d'exclure la requérante de ce marché et de ne pas lui attribuer en conséquence ce marché (…)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 avril 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 avril 2015 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Aurélie KETTELS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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

III.1. La Commune de Gouvy a lancé, fin 2014, un marché public de services relatif au brossage des filets d'eau et des bords de voirie. Il s'agit d'une procédure négociée sans publicité.

La requérante et la société anonyme SACE ont remis offre.

III.2. Par une décision du 17 février 2015, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la requérante.

III.3. Le 19 février 2015, le fontainier de la Commune de Gouvy, responsable du service des eaux, informe le Collège communal par un courrier électronique qu'il a surpris un camion de la requérante faisant le plein d'eau sur une borne d'incendie de la commune. Selon lui cette pratique dure depuis plusieurs mois et explique des pics de surconsommation.

Suite à cette information, le bourgmestre de la commune de Gouvy et le fontainier dénoncent les faits à la police.

Par une délibération du collège communal du 10 mars 2015, la partie adverse retire sa décision d'attribution du 17 février.

Ni la décision d'attribution du 17 février 2015, ni le retrait de celle-ci n'ont été notifiés à la requérante.

III.4. Le 13 mars 2015, le service des marchés publics de la partie adverse rédige un rapport d'examen des offres qui considère que les faits constatés par le fontainier quant au "prélèvements d'eau effectués de manière irrégulière et non autorisée par des véhicules de la S.P.R.L. Marcel THEIS" constituent une faute professionnelle grave de la part de la requérante et conclut, dès lors, que celle-ci ne remplit pas les conditions de sélection qualitative.

III.5. Par une décision du 17 mars 2015, la partie adverse décide de ne pas sélectionner la requérante, de sélectionner la société anonyme SACE et de lui attribuer le marché.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. EXTENSION DE L'OBJET DU RECOURS

La partie requérante expose à l'audience qu'elle n'a pris connaissance que le 22 avril 2015 d'une première décision lui attribuant le marché et du retrait de cette décision le 10 mars 2015. Elle demande d'étendre l'objet du recours à cette décision de retrait, dont la motivation est identique à celle de la décision du 17 mars 2015 de ne pas sélectionner son offre.

La décision du 17 mars 2015 est étroitement liée à celle du 10 mars 2015, dès lors que la partie adverse ne pouvait prendre une nouvelle décision d'attribution sans avoir au préalable retiré la décision par laquelle elle avait attribué le marché à la requérante. Or, il ressort des faits de la cause que la partie requérante n'a pu prendre connaissance de cette décision de retrait que par la consultation du dossier administratif. Elle était donc dans l'impossibilité de la viser dans sa requête.

Il y a dès lors lieu d'accéder à la demande de la requérante et d'étendre le recours à la délibération du 10 mars 2015.

V. MOYEN SOULEVE A L'AUDIENCE A L'ENCONTRE DE LA DECISION DU 10 MARS 2015

V.1 Thèses des parties

A. La requérante

La partie requérante soulève à l'audience à l'encontre de la décision du 10 mars 2015 retirant la décision du 17 février 2015 qui lui attribuait le marché un

moyen pris de la violation de la théorie du retrait des actes administratifs, de la violation des obligations en matière de motivation formelle, de l'erreur dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

En substance, la partie requérante fait valoir que les faits sur lesquels la partie adverse s'est basée pour retirer sa décision du 17 février 2015 sont ultérieurs à cette date, en sorte que la partie adverse ne pouvait se fonder sur ces faits pour conclure à l'illégalité de sa décision. En effet, il ressort, selon elle, de la décision et du dossier administratif que le seul élément justifiant ce retrait est un courrier électronique du 19 février dans lequel le fontainier rapporte, notamment, un incident survenu la veille, soit le 18 février 2015.

La partie requérante ajoute que la motivation du retrait ne permet pas de comprendre en quoi ce prétendu prélèvement illicite d'eau a permis à la partie adverse de conclure à l'illégalité d'une décision prise avant qu'il ne survînt.

Plus généralement, elle conteste la réalité même du prélèvement dénoncé dans le courriel du fontainier et souligne la fragilité des éléments sur lesquels la partie adverse s'est basée dans sa délibération du 10 mars 2015.

B. La partie adverse

La partie adverse expose que les prélèvements d'eau illicites se déroulaient depuis plusieurs mois et qu'il peut se comprendre du courriel du fontainier que le prélèvement qu'il a constaté le 18 février faisait suite à d'autres faits similaires plus anciens.

Elle ajoute que le cahier des charges prévoit notamment que l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques s'applique au marché litigieux. Or, conformément à cette disposition, un candidat ou soumissionnaire peut être exclu de l'accès au marché "à quelque stade que ce soit de la procédure", notamment s'il a commis une faute grave en matière professionnelle. Elle pouvait donc également l'exclure y compris après la décision d'attribution et seule une décision de retrait pouvait matérialiser cette exclusion après la décision d'attribution.

La partie adverse fait, par ailleurs, valoir que dès lors qu'un prélèvement illicite d'eau était constaté, la seule mention de ce constat suffisait à établir la gravité de la faute reprochée à la requérante. Elle explique encore que si l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté précité laisse une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, celui-ci n'étant pas tenu d'exclure de la participation au marché le soumissionnaire qui a

commis une faute professionnelle grave, le rapport au Roi indique clairement que le principe de bonne administration implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie, en principe, pas à un tel candidat et que ce n'est qu'exceptionnellement que ce pouvoir pourrait, dans une telle hypothèse, justifier une décision d'accès au marché. Elle estime dès lors que la décision est suffisamment motivée en ce qu'elle se fonde sur les faits dénoncés dans le courriel du fontainier.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse soutient que sa décision trouve une base légale dans l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Cette disposition se lit comme suit:

" § 2. Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure le candidat ou le soumissionnaire :
[…]
4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave;".

Il est sans intérêt, à ce stade de la procédure, de trancher la question de savoir si les termes "à quelque stade que ce soit de la procédure" incluent la période s'étendant entre la décision d'attribution et la conclusion du marché ou s'il convient de considérer que la procédure prend fin avec la décision d'attribution. En effet, il est patent que la décision querellée constitue, en toute hypothèse, une décision de retrait d'un acte administratif.

Dans les limites d'un examen en extrême urgence, la légalité de la décision attaquée doit donc s'analyser au regard des règles relatives au retrait des actes administratifs, qui sont d'ordre public et circonscrivent de manière stricte les conditions dans lesquelles une autorité peut conférer une valeur rétroactive à ses décisions. Il ne peut, en effet, se déduire de l'argumentation de la partie adverse que le législateur aurait habilité le Roi à fixer des modalités particulières s'appliquant au retrait des décisions d'attribution d'un marché. Elle reste, de plus, en défaut d'exposer concrètement quelles seraient les modalités dérogatoires de retrait découlant de l'article 61, § 2, précité. Il ne ressort, en particulier, pas de ses observations et il ne peut pas davantage être compris de la formulation de la disposition citée que le retrait d'une décision attribuant un marché ne doit pas reposer sur des faits antérieurs à l'acte retiré qui auraient dû amener l'autorité concernée à prendre une décision différente si elle en avait dûment tenu compte.

Lorsqu'une autorité prend une décision qui fait naître un avantage dans le chef d'un particulier, elle ne peut retirer cette décision que s'il apparaît qu'elle est illégale et pour autant qu'elle ne soit pas devenue définitive. Cette règle trouve à

s'appliquer en l'espèce, dès lors que la décision attribuant le marché à la requérante a indubitablement fait naître un avantage dans son chef.

Le retrait de cette décision repose sur un courriel du fontainier de la commune qui ne fait état que d'un seul fait précis, à savoir une constatation faite par lui-même le 18 février 2015, soit après l'adoption de la décision retirée. A lui seul, ce constat est sans incidence sur la validité de cette décision, puisqu'il intervient après l'adoption de celle-ci.

Le courriel du fontainier affirme, certes, également que la requérante utilise cette méthode de remplissage depuis des mois, mais cette affirmation n'est étayée par aucun commencement de preuve. Le dossier ne contient notamment aucune trace de relevés d'eau qui viendraient appuyer ce qui n'apparaît dès lors être qu'une supposition. A première vue, la partie adverse ne pouvait, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, tenir pour établi que la requérante a commis une faute grave en matière professionnelle, en s'appuyant sur cette simple supposition, formulée de surcroît dans un document ne présentant aucun caractère officiel.

La décision du 10 mars 2015 ne contient, en outre, aucune motivation de nature à démontrer que les faits présenteraient, de par l'importance des prélèvements reprochés à la requérante ou de par leur répétition, un degré de gravité tel que le marché n'aurait pas pu lui être attribué sans porter atteinte au principe de bonne administration, comme le soutient la partie adverse.

Au vu de ce qui précède, ni la motivation de la décision attaquée, ni aucun élément contenu dans le dossier administratif ne permettent de considérer, *prima facie*, que la décision attribuant le marché aurait été entachée d'une quelconque irrégularité justifiant son retrait.

Le moyen est sérieux.

L'exécution de la décision du 10 mars 2015 de retrait de la décision du 17 février 2015 attribuant le marché à la requérante doit, en conséquence, être suspendue.

Il s'ensuit que la partie adverse avait épuisé sa compétence par sa décision du 17 février 2015 et qu'elle était sans compétence pour prendre une nouvelle décision d'attribution le 17 mars 2015. L'exécution de cette décision doit dès lors également être suspendue.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que soit préservée la confidentialité de l'offre de la société attributaire. Dès lors que la divulgation de celle-ci n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Il convient également de maintenir provisoirement la confidentialité de l'offre de la requérante.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait pas état, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, d'élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Sont suspendues l'exécution de la décision du Collège communal de Gouvy du 10 mars 2015 retirant la décision du 17 février 2015 par laquelle la partie adverse a attribué le marché relatif au brossage des filets d'eau et des bords de voirie, régi par le cahier spécial des charges n° 2014-318, à la société privée à responsabilité limitée MARCEL THEIS, ainsi que la décision du 17 mars 2015, attribuant à la SACE, le même marché et décidant d'exclure la société privée à responsabilité limitée MARCEL THEIS et de ne pas lui attribuer ce marché.

Article 2.

Les pièces 4 et 5 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le vingt-huit avril deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Serge BODART.