

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.055 du 29 avril 2015

G./A.209.618/VI-20.027

En cause : **l'association sans but lucratif LA SERRE OUTIL,**

ayant élu domicile chez
Me Eric MOLITOR, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

LA REGIE DES BATIMENTS,

ayant élu domicile chez
Me Bernard RENSON, avocat,
rue Père Eudore Devroye, n° 47,
1040 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 29 juillet 2013, la requérante sollicite l'annulation de

"- la décision de la REGIE DES BATIMENTS du 23 mai 2013 d'attribuer le marché public «Auderghem, Château de Val Duchesse, Travaux d'entretien de l'espace vert, cahier des charges n° 2013/220288/21A, adjudication publique datée du 11/04/2013» à EURO GREEN S.A., Chaussée de Gembloux 66 à 5140 Tongrinne,

- la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché public précité ".

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^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties.

Une note de M^{me} Nathalie VAN LAER, Auditeur au Conseil d'Etat, du 17 novembre 2014, demande que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quinq}ies de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Un courrier adressé le 20 novembre 2014 à la partie adverse par le greffe du Conseil d'Etat, l'informe qu'il lui est loisible de demander à être entendue dans les quinze jours.

La partie requérante a introduit un dernier mémoire.

Une ordonnance du 25 février 2015, notifiée aux parties, décide, conformément à l'article 90, § 1^{er}, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, d'examiner l'affaire par une chambre composée d'un membre et fixe celle-ci à l'audience du 30 mars 2015 à 10 heures 30.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Cédric MOLITOR, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Pierre CRABE, loco Bernard RENSON, 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

Selon les écrits de procédures, la partie adverse a fait publier au Bulletin des adjudications du 5 mars 2013, un avis de marché selon la procédure de l'adjudication publique relatif à des travaux d'entretien de l'espace vert du Château de

Val Duchesse. La requérante mentionne l'existence d'un avis rectificatif publié le 11 mars 2013.

Huit offres ont été déposées. La requérante a été classée deuxième, tandis que la société anonyme EUROGREEN a été classée troisième.

Le 23 mai 2013, la partie adverse a décidé d'exclure le soumissionnaire premier classé en raison de l'absence d'un formulaire d'offre, de considérer, d'une part, que la requérante ne satisfait pas aux exigences de la sélection qualitative et, d'autre part, que son offre est irrégulière et d'attribuer le marché à la société anonyme EUROGREEN.

Le refus de sélectionner la requérante et la déclaration d'irrégularité de son offre sont motivés par le fait qu'elle est agréée en classe I, sous-catégorie G3, ce qui ne correspond pas aux exigences minimales en matière d'agrément.

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier daté du 30 mai 2013.

IV. EXAMEN DU RECOURS EN SON PREMIER OBJET – QUANT AU SECOND MOYEN

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, 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, et notamment son article 15, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, et notamment son article 7, de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation [formelle] des actes administratifs, et notamment ses articles 2 et 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, et notamment son article 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif au marché public de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et notamment ses articles 16, 19, 20, et 115, de l'erreur dans les motifs, de l'insuffisance de motifs et de l'excès de pouvoir.". Elle observe que son offre a été considérée comme irrégulière et écartée d'office au motif qu'elle est agréée en classe 1, sous-catégorie G3, et non en classe 2 de la même sous-catégorie. Elle explique, toutefois, que s'il fallait considérer que la réglementation relative à

l'agrément des entrepreneurs était applicable en l'espèce (ce qui fait l'objet du premier moyen), la circonstance qu'elle est agréée en classe 1, sous-catégorie G3 ne peut justifier que son offre ait été déclarée irrégulière et écartée pour ce motif, car si le cahier spécial des charges prévoyait que "les travaux faisant l'objet de cette entreprise sont classés en sous-catégorie G3 et le pouvoir adjudicateur est d'avis qu'elle fasse partie d'une classe 2", il résulte cependant de l'article 7 de la loi du 20 mars 1991 et de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 que, pour déterminer la classe d'agrément requise pour un marché de travaux déterminé, il faut tenir compte du montant de la soumission déposée. Elle note qu'elle a remis une offre d'un montant H.T.V.A. de 108.041,18 euros, ce qui constitue une somme inférieure au seuil maximal de 135.000 euros H.T.V.A., fixé par l'article 3, § 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 visé aux moyens pour l'agrément en classe 1 de telle sorte qu'une agrément en classe 1 suffisait, son offre ne pouvant, par conséquent, être écartée ni déclarée irrégulière au motif qu'elle ne répondait pas aux exigences minimales en matière d'agrément.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse expose que, dans le cadre de la préparation du marché litigieux, ses services ont procédé à une estimation de celui-ci qui aboutissait à un montant hors T.V.A. de 192.723,67 euros ou un montant de 233.195,64 euros T.V.A. comprise et qu'en fonction de cette estimation, elle a fort logiquement classé les travaux faisant l'objet de l'entreprise en classe 2. Elle soutient que si les offres déposées par les soumissionnaires se sont révélées plus basses que l'estimation initiale du marché puisqu'elles variaient entre 102.741,00 euros hors T.V.A. (offre déposée la plus basse) et 172.108,90 euros hors T.V.A. (offre déposée la plus haute), ce constat ne permet pas de critiquer la décision prise par le pouvoir adjudicateur d'inclure le marché litigieux en classe 2 dès lors que les différences observées ne sont pas excessives ou anormales. Elle considère que la décision prise par le pouvoir adjudicateur d'inclure le marché en classe 2 n'apparaît pas, dans ce contexte, critiquable, ni résulter d'une erreur manifeste d'appréciation, ni encore d'un quelconque excès de pouvoir et qu'il n'est, par ailleurs, pas contesté, ni contestable, que les travaux litigieux ressortent bien de la sous-catégorie G3.

C. Mémoire en réplique

La requérante rappelle que ce qu'elle critique n'est pas le fait, pour la partie adverse, d'avoir procédé à une estimation initiale du montant du marché public litigieux qui s'est révélée, à la lecture des offres des soumissionnaires, être

surévaluée, mais de ne pas avoir tenu compte du montant H.T.V.A. de sa soumission afin de déterminer la classe dans laquelle sont rangés les travaux exigés dans le cadre du marché public litigieux et l'agrément nécessaire, dans son chef, en conséquence alors qu'il se déduit de l'article 7 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux et de 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, que le pouvoir adjudicataire doit tenir compte de ce montant et que, dès lors, les conditions d'agrément fixées dans le cahier spécial des charges sont, par définition, précaires ou, à tout le moins, susceptibles de modification en fonction du montant des soumissions déposées. Elle se réfère à deux arrêts rendus par le Conseil d'Etat (n° 216.092, du 27 octobre 2011, b.v.b.a. Gepex et n° 210.675, du 25 janvier 2011, b.v.b.a. Aannemersbedrijf Buytaert) dont elle estime que le raisonnement peut parfaitement être transposé en l'espèce. Elle souligne qu'ayant remis une offre d'un montant HTVA inférieur au seuil maximal fixé par l'article 3, § 2, 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, une agrément de classe 1 était suffisante dans son chef de telle sorte que son offre ne pouvait valablement être écartée ou déclarée irrégulière au motif qu'elle n'était pas en possession de l'agrément dans la classe 2, sous-catégorie G3.

IV.2.Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à l'application de l'article 14^{quinquies} du Règlement général de procédure

L'article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose, en son § 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure par lettre recommandée à la poste dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un tel rapport.

Le rapport de M^{me} l'Auditeur qui concluait notamment à l'annulation du premier acte attaqué, a été régulièrement notifié à la partie adverse le 26 septembre 2014.

La partie adverse n'a pas réagi dans le délai imparti, et n'a pas demandé à être entendue à ce propos après y avoir été invitée par le greffe du Conseil d'Etat.

Dans ces circonstances, rien ne s'oppose à l'application de l'article 14^{quinquies} de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, de sorte que le premier acte

attaqué peut être annulé au terme de cette procédure.

Toutefois, la circonstance que la présente cause doive être traitée dans le cadre de la procédure organisée par l'article 14^{quinq}ies de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité, et ce alors que la partie adverse n'a pas demandé à être entendue, n'exclut pas que le Conseil d'Etat puisse examiner l'un ou plusieurs des moyens soulevés à l'appui de la requête, dès lors que le sort qui lui ou leur sera réservé peut avoir une incidence sur le traitement d'autres questions que suscite l'examen du recours. Tel est particulièrement le cas en l'espèce dès lors qu'il incombe au Conseil d'Etat de se prononcer sur la recevabilité du recours, en tant que celui-ci se donne pour second objet la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante.

B. Quant au second moyen

Il ressort de l'acte attaqué que la requérante n'a pas été sélectionnée parce qu'elle ne disposait pas d'une agréation de classe 2.

En ses premier, deuxième et quatrième paragraphes, 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 est libellé comme suit:

" § 1^{er}. 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.

[...]

§ 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 puisse être exigée du soumissionnaire est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver. Un cahier spécial des charges ne peut donc fixer un niveau

d'exigence plus élevé que celui qui est prévu en vertu des dispositions précitées de l'arrêté royal du 26 septembre 1991.

En l'espèce, le cahier spécial des charges n'a d'ailleurs pas pour objet d'exiger un niveau d'agrément plus important que celui correspondant à la soumission. Il indique simplement que "pour l'attribution du marché, les travaux faisant l'objet de cette entreprise sont classés en sous-catégorie G3 et le pouvoir adjudicateur est d'avis qu'elle fasse partie d'une classe 2". Ce faisant, il n'exige pas une agrément de classe 2 (ce qui serait contraire à l'arrêté royal du 26 septembre 1991), mais se borne à indiquer qu'à l'estime de la partie adverse, le montant des travaux se situerait entre 135.000€ et 275.000€, sans que cette évaluation lie les soumissionnaires.

La requérante ayant déposé une offre d'un montant de 108.041,18€ H.T.V.A., la partie adverse ne pouvait exiger qu'elle soit titulaire d'une agrément de classe 2, sauf à démontrer que les rectifications imposées par l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif au marché public de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics aboutiraient à ce que cette offre porte sur un montant supérieur à 135.000€, démonstration qu'elle s'est abstenue d'effectuer.

Le second moyen doit, en conséquence, être déclaré fondé.

V. EXAMEN DU RECOURS EN SON SECOND OBJET

V.1. Rapport de l'auditeur

Dans le rapport qu'elle a déposé en cette affaire, Madame l'Auditeur conclut à l'irrecevabilité du présent recours, en tant que celui-ci est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, second acte attaqué. A cet égard, elle expose ce qui suit:

- " La recevabilité d'un recours en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché au requérant ne peut être admise que pour autant que celui-ci démontre spécifiquement, dans ses moyens, que le marché devait lui être attribué.

Tel n'est nullement le cas en l'espèce puisque si la requérante conteste (à raison) sa non sélection, elle n'établit, par contre, pas que sa soumission aurait franchi l'étape de la régularité des offres, ni qu'après les rectifications éventuellement effectuées en application de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif au marché public de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, elle serait restée l'offre la moins-disante.

Le recours est, dès lors, irrecevable en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante".

V.2. Thèse de la requérante

En réponse au rapport de l'auditeur, la requérante a fait valoir, dans son dernier mémoire, qu'il ne pouvait être exigé d'elle qu'elle démontre la régularité de son offre au regard d'éléments qui n'auraient pas été examinés et invoqués par la partie adverse pour déclarer son offre irrégulière, une telle exigence revenant à imposer à un requérant que, par ses moyens, il examine toutes les questions susceptibles de concerner la régularité, mais qui n'ont pas nécessairement été abordées par le pouvoir adjudicateur dans la décision querellée. Elle en retient, de manière générale, que seuls les motifs d'irrégularité expressément invoqués par la partie adverse dans la motivation de l'acte d'attribution attaqué peuvent être pris en considération et observe qu'en l'espèce, le seul motif d'irrégularité qui ait été retenu avait trait au fait qu'à l'estime de la partie adverse, la requérante ne disposait pas de l'agrément requis. Elle ajoute que, dans son mémoire, la partie adverse n'a pas fait valoir que l'offre de la requérante était entachée d'erreurs matérielles ou arithmétiques au sens de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et que la consultation de son offre versée au dossier administratif permet de s'assurer de ce qu'aucun reproche ne peut lui être adressé sur le fondement de cette disposition.

V.3. Décision du Conseil d'Etat

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, pour satisfaire à l'exigence qui lui incombe, la requérante était tenue de contester avec succès sa non-sélection, et d'établir non seulement que sa

soumission aurait franchi l'étape de la régularité des offres, mais également qu'après les rectifications éventuellement effectuées en application de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif au marché public de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, son offre serait restée la plus basse.

Il ressort de l'examen du second moyen que c'est bien avec succès que la requérante a contesté sa non-sélection. Sans qu'il faille déterminer si l'argumentation qu'elle développe à propos de l'examen de régularité de son offre peut être accueillie, il s'impose de constater que cette argumentation sera vaine si la requérante n'établit pas que son offre serait restée la plus basse au terme d'éventuelles corrections des erreurs arithmétiques ou matérielles dont elle serait entachée. Une telle démonstration ne peut prendre appui sur le seul fait que la partie adverse n'a formulé aucune observation à ce sujet. En effet, dès lors qu'elle n'avait pas sélectionné la requérante, elle n'a pas examiné l'offre de celle-ci en vue de procéder à de telles corrections. Par ailleurs, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de procéder lui-même à ces corrections, de sorte qu'il est vain pour la requérante de l'inviter à consulter son offre versée au dossier administratif.

Il apparaît ainsi que la requérante n'est pas en mesure d'établir que son offre serait restée la plus basse au terme d'éventuelles corrections des erreurs arithmétiques ou matérielles dont elle serait entachée, de sorte qu'elle ne pourrait, en toute hypothèse, démontrer, de manière convaincante et pertinente, que le marché litigieux devait lui être attribué.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, le recours est irrecevable.

VI. DEPENS

Dans les circonstances procédurales de la cause, il y a lieu de laisser les dépens à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision de la REGIE DES BATIMENTS du 23 mai 2013 d'attribuer le marché public relatif aux Travaux d'entretien de l'espace vert du

Château de Val Duchesse sis à Auderghem et régi par le cahier spécial des charges n° 2013/220288/21A, à la société anonyme EURO GREEN.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.