

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 231.813 du 30 juin 2015

G./A.210.421/VI-20.074

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
DGST & PARTNERS- REVISEURS
D'ENTREPRISES-BEDRIJFSREVISOREN,**

ayant élu domicile chez
Me David RENDERS, avocat,
rue du Concours, n° 1,
1170 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
LA SAMBRIENNE,**

ayant élu domicile chez
Me Nathalie MONFORTI, avocat,
rue Basslé, n° 13,
6000 Charleroi.

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
JOIRIS, ROUSSEAUX & CO,**

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue du Gouvernement, n° 50,
7000 Mons.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 11 octobre 2013, la société privée à responsabilité limitée DGST & PARTNERS – REVISEURS D'ENTREPRISES-BEDRIJFSREVISOREN demande l'annulation de "la décision de la SCRL «La Carolorégienne» (devenue la SCRL «La Sambrienne») du 11 juin 2013 qui décide de ne pas lui attribuer le marché de services de réviseurs d'entreprises (CSC DT 375 CC 2013 AR2) pour lui préférer l'offre déposée par JOIRIS-ROUSSEAU & CO".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

La société privée à responsabilité limitée JOIRIS, ROUSSEAUX & CO a, par une requête introduite le 6 décembre 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 18 décembre 2013 a accueilli provisoirement cette intervention.

Un mémoire en intervention a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante et la partie intervenante ont déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 17 mars 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 13 mai 2015 à 10 heures.

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

Me Pauline LAGASSE, *loco* Me David RENDERS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Marie BAZIER, *loco* Me Nathalie MONFORTI, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Céline DELHOUX, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis.

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 consiste en une prestation de services d'exécution des procédures de contrôle de la comptabilité et des comptes annuels conformément au titre VII du livre IV du code des sociétés.

Son mode de passation est celui de l'appel d'offres général.

La décision d'attribution attaquée a été prise le 11 juin 2013. La partie adverse a notifié cette décision le 12 août 2013 à la partie requérante.

IV. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

La partie adverse fait valoir, en termes de recevabilité de la requête, les considérations suivantes :

- " En ce qui concerne la compétence du Conseil d'Etat, celle-ci ne semble a priori pas contestable en fonction de l'arrêt numéro 214.047 rendu le 22.06.2011.

Il s'agissait toutefois d'un marché conjoint, en ce qu'il y avait deux pouvoirs adjudicataires, une autorité administrative au sens classique du terme, à savoir une Commune, et une société de logements sociaux.

Dans un arrêt rendu en Chambres Réunies le 10.06.2005, la Cour de Cassation a cependant considéré que les sociétés de logement social n'étaient pas des autorités administratives au sens de l'article 14 § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (Pas. 2005 I – p.1273).

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation a ensuite été suivie par le Conseil d'Etat dans ses arrêts numéros 211.879 du 10.03.2011 et 215.147 du 14.09.2011.

La question est de toute façon d'ordre public et il appartiendra dès lors au Conseil d'Etat de se déclarer ou pas compétent".

L'article 130, § 1^{er}, alinéas 1 et 2, du Code wallon du logement et de l'habitat durable dispose comme suit :

- " Art. 130 § 1^{er}. La société de logement de service public, ci-après dénommée la société, est une personne morale de droit public.
Pour bénéficier des dispositions du présent chapitre et du chapitre IV du titre II, la société doit être agréée par la Société wallonne du logement et être constituée sous forme de société coopérative à responsabilité limitée soumise au Code des sociétés à l'exception des matières réglées par le présent Code."

La société coopérative à responsabilité limitée La Sambrienne est une société de logement de service public agréée par la société wallonne du logement. Il

n'y a dès lors pas lieu de se livrer à d'autres examens de cette société pour lui reconnaître la qualité d'autorité administrative.

L'exception est rejetée.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est pris de "la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, le Code wallon du logement, notamment de son article 152quinquies, [du] cahier spécial des charges, notamment de son article 3.2. au sein des clauses administratives générales, [de] la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 1^{er}, 16, 65/5 et 65/8, [de] la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, [de] l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics, notamment de son article 68, [des] principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité, de concurrence, le principe *patere legem quam ipse fecisti* et celui qui veut que tout acte administratif repose sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles, [de] l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs".

La requérante fait valoir qu'il ressort de l'acte attaqué que l'offre déposée par la société JOIRIS, ROUSSEAUX & CO était incomplète, que celle-ci ne contenait pas, entre autres, la déclaration expresse de satisfaction à l'exigence de l'article 152quinquies du Code Wallon du Logement, demandée par cette même disposition et par l'article 3.2 des clauses administratives générales du cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur a, en conséquence, invité la société JOIRIS, ROUSSEAUX & CO à compléter son offre alors que la déclaration expresse de satisfaction à l'exigence de l'article 152quinquies du Code Wallon du Logement était requise "sous peine de nullité" par l'article 3.2. précité, ce qui témoigne de l'importance accordée à cette exigence et au contrôle strict dont elle devait faire l'objet, que le cahier spécial des charges prévoit explicitement la faculté pour le pouvoir adjudicateur, d'interroger un soumissionnaire en vue de compléter son offre en ce qui concerne les documents requis au point "4. Sélection qualitative", qu'a contrario, il ne prévoit pas cette faculté pour les documents requis par le point "3.

Incompatibilité et transparence", que le pouvoir adjudicateur n'était, dès lors, pas en droit de demander aux soumissionnaires de compléter leurs offres en cas de documents manquants visés par le point "3. Incompatibilité et transparence", qu'il avait l'obligation d'écarter l'offre des soumissionnaires ne présentant pas la déclaration expresse de satisfaction à l'exigence de l'article 152quinquies du Code Wallon du Logement - en ce compris celle de la société JOIRIS, ROUSSEAUX & CO -, dans le respect de cette disposition, de l'article 3.2 du cahier spécial des charges, du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, de l'article 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et des principes d'égalité et de concurrence, tels que garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution, les articles 1^{er} et 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée et les principes généraux du droit, que tel n'a cependant pas été le cas, en violation des dispositions précitées, ce qui vicie la comparaison des offres sur laquelle repose l'acte attaqué (opération complexe et/ou article 159 de la Constitution), que la motivation de cet acte n'est, dès lors, pas légalement admissible, en violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, des articles 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 et des principes généraux du droit et que, par conséquent, le moyen est fondé.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'en principe, une "offre ne contenant pas les documents requis par les prescriptions du cahier spécial des charges est entachée d'une nullité relative, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier, que "ce n'est par ailleurs pas parce que la déclaration expresse de satisfaction était requise « sous peine de nullité » qu'il s'agissait d'une nullité absolue", que la "partie adverse pouvait dès lors inviter tous les soumissionnaires à compléter leur dossier à ce niveau et ce, dans un délai extrêmement réduit, comme elle l'a fait".

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante expose qu'en application des articles 110, §2, et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, il faut pour qu'une irrégularité puisse être considérée comme substantielle qu'elle déroge à une disposition essentielle du cahier des charges, que peuvent être considérées comme dispositions essentielles toutes les dispositions du cahier des charges susceptibles d'avoir un impact sur la qualité de traitement des soumissionnaires et le classement des offres, que la Cour de cassation a estimé, à cet égard, que l'irrégularité d'une offre résultant du défaut de jonction à l'offre du document exigé en vertu du cahier des charges, produisait, en principe, une irrégularité relative, qu'au "moment d'apprécier la légalité du rejet d'une offre par le pouvoir adjudicateur pour cause d'irrégularité, le juge doit examiner, sur base des éléments concrets du cas considéré, si l'irrégularité constitue oui ou non une infraction

aux dispositions essentielles du cahier des charges", que si, "en matière de marché public, le pouvoir adjudicateur doit effectivement disposer d'un pouvoir d'appréciation par rapport à certaines irrégularités, pouvoir dont il s'est prévalu en l'espèce, en s'adressant à cinq des neuf soumissionnaires une correspondance permettant d'obtenir les documents déclarés manquants, le pouvoir doit être exercé sans erreur manifeste d'appréciation", que cette "appréciation doit se faire à la lumière de l'ensemble des prescriptions du cahier spécial des charges et du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et du classement des offres", que s'il "avait attaché la sanction de nullité absolue à l'exigence de produire l'attestation sur l'honneur par laquelle le soumissionnaire déclare expressément satisfaire à l'exigence du décret wallon du 30 avril 2009, en son article 6, le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation", qu'en "l'espèce, le pouvoir adjudicateur a exercé un pouvoir d'appréciation sans qu'il soit entaché d'une erreur manifeste, en invitant l'ensemble des soumissionnaires qui n'avaient pas rentré les documents requis dans le cadre du cahier spécial des charges, et en vue d'analyser la conformité de l'offre afin qu'ils puissent compléter celles-ci", que l'égalité a été strictement respectée et que partant, il y a lieu de déclarer le premier moyen non fondé.

D. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'il "ressort de la consultation du dossier administratif que le document exigé par l'article 6 du Décret wallon du 30 avril 2009 qui modifie l'article 152^{quinquies} du Code wallon du Logement qui n'a pas été remis par la partie intervenante est la déclaration sur l'honneur requise par l'article 3.1. du cahier spécial des charges et non pas celle requise par l'article 3.2. du cahier spécial des charges, que l'article 3.1 stipule que "Conformément au décret wallon du 30 avril 2009, en son article 6, «un commissaire réviseur, chargé du contrôle de la comptabilité et des comptes annuels, est désigné auprès de chaque société par l'assemblée générale parmi les membres, personnes physiques, personnes morales ou entités quelle que soit la forme juridique, de l'institut des réviseurs d'entreprises, pour une durée maximale de trois ans, renouvelable une seule fois de façon successive au niveau du même cabinet ou d'un même réseau». Le soumissionnaire déclare expressément satisfaire à cette exigence.»", que le moyen, dans son principe, reste cependant inchangé, qu'"en précisant que "Le soumissionnaire déclare expressément satisfaire à cette exigence », le pouvoir adjudicateur élève cette exigence au rang de clause essentielle du cahier spécial des charges et lie, dès lors, son pouvoir d'appréciation quant aux conséquences qu'il convient de tirer en l'absence des documents requis (principe *Patere legem quam ipse fecisti*), qu'un pouvoir adjudicateur est tenu par les formalités dont il impose le respect, sous peine de porter

atteinte, entre autres, à l'égalité entre les soumissionnaires et de pénaliser les soumissionnaires diligents qui se sont souciés de leur respect et qui, en l'espèce, ont consacré du temps et de l'énergie à l'établissement d'une offre complète dès le dépôt de celle-ci" et que, par conséquent, le moyen est fondé.

E. Dernier mémoire de la partie intervenante.

La partie intervenante relève que la déclaration sur l'honneur visée à l'article 3.2 du cahier spécial des charges a bien été déposée. Selon elle, c'est la déclaration prévue à l'article 3.1. de ce cahier qui ne figure pas comme tel dans le cadre de la soumission et qui a fait l'objet de la lettre adressée par la société coopérative à responsabilité limitée la carolorégienne à la société privée à responsabilité limitée Joiris-Rousseaux en date du 13 mai 2013. Or cet article, ni d'ailleurs l'article 152 *quinquies* du Code, ne prévoient de sanction pour le défaut de communication de cette dernière déclaration.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 14 du décret wallon du 23 novembre 2006 portant modification du Code wallon du Logement a inséré un article 152*quinquies* dans le Code wallon du logement. Cette disposition est rédigée comme suit :

" Art. 152*quinquies*. Le Gouvernement détermine les modalités de fonctionnement des organes de gestion, portant le règlement d'ordre intérieur à adopter, les modalités de délibération, la délégation de la gestion journalière, la publication des pouvoirs ainsi que les modalités d'évaluation du fonctionnement des organes de gestion.

Un commissaire-réviseur, chargé du contrôle de la comptabilité et des comptes annuels, est désigné auprès de chaque société."

L'article 6 du décret du 30 avril 2009 relatif aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public, des intercommunales et des sociétés de logement de service public et au renforcement de la transparence dans l'attribution des marchés publics de réviseurs par un pouvoir adjudicateur wallon et modifiant certaines dispositions du décret du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement, du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation et du Code wallon du Logement a remplacé l'article 152*quinquies*, alinéa 2, inséré par le décret du 23 novembre 2006, comme suit :

" Un commissaire-réviseur, chargé du contrôle de la comptabilité et des comptes annuels, est désigné auprès de chaque société par l'assemblée générale parmi les membres, personnes physiques, personnes morales ou entités quelle que soit leur forme juridique, de l'Institut des réviseurs d'entreprises, pour une durée maximale

de trois ans, renouvelable une seule fois de façon successive au niveau d'un même cabinet ou d'un même réseau.

Le mandat de réviseur ne peut être attribué à un membre des collèges communaux, provinciaux et du bureau permanent du Conseil de l'action sociale des communes, provinces et centres publics d'action sociale associés au sein de la société de logement de service public, ni à un membre d'un réseau dont fait partie une personne morale ou une entité dans laquelle un membre des collèges communaux, provinciaux et du bureau permanent du Conseil de l'action sociale associés au sein de la société de logement de service public détient un intérêt patrimonial direct ou indirect. Le réviseur d'entreprises qui souhaite soumissionner pour un mandat de contrôle des comptes de la société de logement de service public doit transmettre au moment de sa candidature une déclaration sur l'honneur attestant du respect de cette disposition."

Le point "3. Incompatibilité et transparence" du cahier spécial des charges est rédigé comme suit :

" 3.1.

Conformément au décret wallon du 30 avril 2009, en son article 6, «un commissaire réviseur, chargé du contrôle de la comptabilité et des comptes annuels, est désigné auprès de chaque société par l'assemblée générale parmi les membres, personnes physiques, personnes morales ou entités quelle que soit la forme juridique, de l'institut des réviseurs d'entreprises, pour une durée maximale de trois ans, renouvelable une seule fois de façon successive au niveau du même cabinet ou d'un même réseau».

Le soumissionnaire déclare expressément satisfaire à cette exigence.

3.2.

Conformément au décret wallon du 30 avril 2009 qui, en ses articles 6 et 7, modifie l'article 152quinquies, alinéas 2 et 3, du Code wallon du Logement, le soumissionnaire est tenu, sous peine de nullité, de joindre à son offre une déclaration sur l'honneur attestant du respect de la disposition selon laquelle «le mandat de réviseur ne peut être attribué à un membre des collèges communaux, provinciaux et du bureau permanent du Conseil de l'action sociale des communes, provinces et centres publics d'action sociale associés au sein de la société de logement de service public, ni à un membre d'un réseau dont fait partie une personne morale ou entité dans laquelle un membre des collèges communaux, provinciaux et du bureau permanent du Conseil de l'action sociale associés au sein de la société de logement de service public détient un intérêt patrimonial direct ou indirect. »

Ce modèle de déclaration sur l'honneur figure en annexe au présent cahier spécial des charges.

3.3.

Conformément à l'article 7 du décret du 30 avril 2009 précité, modifiant l'article 152quinquies, alinéa 3, du Code wallon du Logement, le soumissionnaire est tenu, sous peine de nullité, de joindre à son offre le rapport de transparence visé à l'article 7 précité. "

La lecture de l'acte attaqué révèle qu'au point " 1. Conformité de l'offre ", le pouvoir adjudicateur a établi que :

" Sur les neuf soumissionnaires, quatre ont rentré tous les documents requis.
Un courrier a donc été envoyé aux soumissionnaires suivants afin d'obtenir ces documents pour le 17 mai 2013 au plus tard :

- JOIRIS-ROUSSEAU & CO (1)
- KPMG(3)
- RSM BELGIUM (7)
- DELOITTE (8)
- BDO(9)

Il s'est avéré que tous ont rentré les documents ad hoc.
Les offres sont conformes.

Selon les termes des courriers envoyés aux cinq soumissionnaires défaillants, ceux-ci sont invités à fournir " une déclaration dans laquelle vous déclarez expressément satisfaire à l'exigence du décret wallon du 30 avril 2009, en son article 6 (cahier spécial des charges, page 6/13, point 3.1) .".

L'attestation sur l'honneur devait être déposée au moment de la candidature, en vertu de l'article 152*quinquies*, alinéas 3, du Code wallon du logement, ce que la partie intervenante, bénéficiaire du marché, n'a pas fait pour ce qui concerne la déclaration sur l'honneur requise.

Cependant, contrairement à l'article 3.2. susvisé du cahier spécial des charges, l'article 3.1. applicable en l'espèce ne prévoit pas de sanction en cas de non respect de cette exigence.

Dans ces conditions, la partie adverse pouvait demander aux soumissionnaires défaillants, dont la partie intervenante, de compléter leurs candidatures.

Le premier moyen n'est en conséquence pas fondé en telle sorte qu'il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par l'Auditeur général d'examiner les autres moyens de la requête.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat, désigné par M. l'Auditeur général, est chargé d'établir un rapport complémentaire.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente juin deux mille quinze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.