

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.836 du 1^{er} juillet 2015

G./A.216.021/VI-20.467

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

ayant élu domicile chez
Mes François MOISES et
Olivier ESCHWEILER, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la ville de Lessines,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 juin 2015, la société anonyme KRINKELS sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de "la décision du 7 mai 2015 prise par le Collège communal de la Ville de Lessines par laquelle il décide de renoncer à l'attribution du marché de travaux portant sur l'aménagement des espaces publics de l'hypercentre de Lessines – Grand Rue et Rue Général Freyberg, régi par le cahier spécial des charges n°50-4076-0001, constate qu'aucune offre régulière n'a été déposée et décide de proposer au conseil communal de relancer la procédure".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 3 juin 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 juin 2015 à 10 heures 30.

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

Mes François MOISES et Diane SPROCKEELS, avocats, comparaissant pour la partie et Me Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, 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

III. 1. 1. La présente procédure concerne un marché public de travaux.

Par une délibération du Conseil communal du 27 novembre 2014, la partie adverse approuve les choix et conditions d'un marché public de travaux ayant pour objet l'aménagement des espaces publics de l'Hypercentre de Lessines Grand'Rue et Rue Général Freyberg. Le montant de ce marché est estimé à 2.256.449,60 € TVAC, dont 1.758.193,78 € TVAC à charge de l'administration communale de Lessines et choisit l'appel d'offres ouvert comme mode de passation du marché.

Le mode de passation choisi est l'appel d'offres ouvert avec publicité belge.

III. 2. Le 6 février 2015, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des Adjudications n° BDA 2015-503074.

III. 3. Les critères d'attribution sont identifiés et pondérés comme suit :

- Coût d'investissement et coût d'exploitation (50 points)

- Délai (30 points)
- Accessibilité Commerces (20 points).

Au titre du critère "Délai", la partie adverse précise que l'exécution du marché est conçue en huit phases. A propos de ces phases, le cahier spécial des charges précise ce qui suit:

" [...] Les phases sont une condition du marché. Les phases doivent être respectées afin de minimaliser les nuisances pour les commerces et de maximaliser la mobilité dans le centre-ville de Lessines.

Chaque phase sera réalisée suivant l'ordre défini ci-dessus. Toute phase ne pourra pas être entamée tant que la phase précédente ne sera pas terminée et que le domaine public de cette précédente phase ne sera pas accessible à tous.

L'entrepreneur joindra à son offre un planning détaillé reprenant ce phasage et détaillant les travaux et les délais prévus. Le délai total des travaux y figurera en jours calendriers.

L'offre de l'entreprise qui ne respecte pas le phasage décrit ci-dessous ou le délai maximum sera exclue.

L'entrepreneur qui s'engagera dans son offre via le planning détaillé à réduire le délais de 365 jours calendrier recevra pour chaque mois en moins 5 points supplémentaires avec un maximum de 10 points soit 2 mois de réduction du délai."

S'agissant du critère "Accessibilité Commerces", il est notamment précisé ce qui suit:

" En introduisant son offre, l'entrepreneur garantit que les commerces seront toujours accessibles pour les piétons pendant et après les heures de travail.

La zone pour piéton (trottoir) sera balisée dès le premier jour avec des barrières métalliques d'une hauteur de 1 m sur toute la longueur de la phase en cours et cela des deux côtés de la rue.

Dès que l'entrepreneur entame des travaux qui nécessitent la démolition du trottoir existant (raccordements particuliers, ...), il aménagera immédiatement un trottoir provisoire en béton maigre sur une largeur minimale de 1m20 le long des commerces de chaque côté de la rue et cela sur toute la longueur de la phase en cours.

En cas de tranchée à travers du trottoir existant ou du trottoir provisoire en béton maigre, il placera des passerelles afin de garantir l'accès aux commerces concernés et le passage vers les autres commerces.

De plus, les trottoirs et les voiries avoisinantes (voir article additionnel) seront brossés et nettoyés à l'eau au moins 1 fois en fin de semaine, chaque fois qu'il y a des traces de boues ou autres et à la demande du fonctionnaire dirigeant. Toutes ces mesures sont comprises dans les frais généraux du chantier et à charge de l'entrepreneur.

L'entrepreneur joindra à son offre sa méthodologie (max. 1 feuille format A4) décrivant comment il organisera son chantier tenant compte des clauses ci-dessus et détaillant les moyens qu'il utilisera pour respecter ces clauses.

L'offre de l'entreprise sera exclue si elle n'arrive pas à démontrer dans sa méthodologie qu'elle respectera au minimum les dispositions reprises ci-dessus. L'entreprise obtiendra 10 points si elle arrive à démontrer dans sa méthodologie qu'elle respectera les dispositions reprises ci-dessus et donc que les clients et les passants auront toujours les pieds propres et auront toujours accès aux commerces, sans risque de chute et autre.

L'entrepreneur recevra 10 points supplémentaires s'il arrive à démontrer dans sa méthodologie qu'il améliorera significativement les dispositions reprises ci-dessus par un ensemble de mesures supplémentaires qu'il détaillera dans sa méthodologie et qu'il prendra entièrement à sa charge.

L'adaptation du phasage ou l'augmentation du délai sont interdits et ne seront pas pris en compte."

III. 4. L'ouverture des offres a lieu le 19 mars 2015. A cette date, deux entreprises remettent offre:

- la société anonyme KRINKELS (partie requérante) ;
- la société anonyme COLAS BELGIUM.

III. 5. Un "Rapport d'analyse des offres" est établi le 8 avril 2015 par la société GRONTMIJ BELGIUM, auteur de projet désigné par la partie adverse.

Sur la base de l'examen de l'offre de la requérante au regard du critère "Accessibilité Commerces", ce rapport mentionne notamment ce qui suit:

" [...] La société Krinkels ne mentionne pas dans son offre qu'elle respectera toutes les clauses minimales [...]. De plus, aucune mention n'est faite concernant le balisage des zones pour piétons, le nettoyage et le brossage à l'eau. Vu que l'entrepreneur n'arrive pas à démontrer par son offre qu'il respectera au minimum les dispositions reprises ci-dessus, l'offre est exclue. La méthodologie jointe à l'offre semble plus être une explication du planning, mais pas des mesures qui seront prises en vue de l'accessibilité des commerces."

S'agissant de l'offre de la société COLAS BELGIUM, le rapport précise ce qui suit, à propos du critère "Délai":

" L'entreprise Colas respect le délai (<365 JC), mais elle ne respecte pas le phasage vu qu'elle a tenu compte d'un total de 8 jours calendriers [sic]-qui se chevauchent (phases ¾ et 7/8). L'offre est par conséquent exclue".

Au titre de sa "Conclusion générale", le rapport précise ce qui suit:

" Au terme de l'analyse des offres déposées à l'occasion du marché publique [sic] relatif à l'aménagement des espaces publics de l'hypercentre de Lessines, Grand'Rue et Rue Général Freyberg, nous pouvons conclure qu'aucune société remporte les critères d'attribution."

III. 6. A une date inconnue, un "Rapport d'analyse des offres" est établi. Son auteur ne peut être identifié. Tel qu'il est produit dans le cadre de la présente procédure, ce rapport est revêtu de la mention manuscrite et paraphée suivante:

" Vu et approuvé par le Collège communal
en sa séance du 7 mai 2015.
Lessines, le 02 juin 2015
Pour ordre:
Le Directeur général, le Bourgmestre et les Membres du Collège,".

Au titre de ses "Conclusions", ce rapport précise ce qui suit:

" Au terme de l'analyse des offres déposées à l'occasion du marché public [sic] relatif à l'aménagement des espaces publics de l'hypercentre de Lessines, Grand'Rue et Rue Général Freyberg, nous pouvons conclure qu'aucune offre régulière n'a été déposée.

Conformément à l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 qui prévoit que «l'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode».

Il y a donc lieu de renoncer à attribuer le marché et de relancer, au besoin, le marché."

III. 7. En sa séance du 7 mai 2015, le collège communal de la partie adverse adopte l'acte attaqué par le présent recours, dont le dispositif est libellé comme suit:

" DECIDE :

Article 1^{er} : d'approuver le rapport d'examen des offres du 8 avril 2015 pour le marché « Aménagement de l'hypercentre – Travaux Grand'Rue Rue Général Freyberg » rédigé par l'auteur de projet, GRONTMIJ, rue d'Aremberg, 13 boîte 1 à 1000 Bruxelles et s'en approprier les motifs et la conclusion ;

Article 2 : de constater qu'aucune offre régulière n'est parvenue dans le cadre de ce projet et par conséquent d'arrêter la procédure d'attribution pour ce marché ;

Article 3 : d'informer les soumissionnaires susmentionnés par écrit de cette décision ;

Article 4 : de proposer au Conseil de relancer la procédure ;

Article 5 : de transmettre la présente à Madame la Directrice Financière, à l'auteur de projet GRONTMIJ, rue d'Aremberg, 13 boîte 1 à 1000 Bruxelles, à IPALLE ainsi qu'à l'autorité de tutelle. ".

Cette décision est notifiée à la requérante par un courrier du 18 mai 2015, auquel est joint le rapport d'analyse des offres établi le 8 avril 2015.

III. 8. Par un second courrier, erronément daté du 18 mai 2015 et adressé aux soumissionnaires le 9 juin 2015, l'acte attaqué est une nouvelle fois notifié. A ce

courrier est joint le "Rapport d'analyse des offres" non daté et revêtu de la mention selon laquelle il a été approuvé par le collège communal de la partie adverse le 7 mai 2015.

Ce courrier précise notamment ce qui suit:

" Le rapport vous transmis précédemment, suite à une erreur matérielle, n'était que le rapport en projet. Vous aurez d'ailleurs constaté qu'il n'était pas signé par le Collège communal. Nous vous transmettons, en annexe, le rapport définitif ayant servi à la prise de décision".

III. 9. C'est à la suite du courrier initial du 18 mai 2015 que la requérante a introduit la présente demande de suspension le 2 juin 2015.

IV. MOYEN NOUVEAU

IV. 1. Thèses des parties

A l'audience du 23 juin 2015, la requérante a notamment soulevé un moyen nouveau, pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle y reproche, en substance, à l'acte attaqué de ne pas satisfaire aux conditions au respect desquelles est subordonné le recours à la pratique de motivation par référence. A cet égard, elle relève, d'une part, que le rapport notifié le 9 juin 2015 est en contradiction avec la référence que contient l'acte attaqué à celui du 8 avril 2015 et, d'autre part, que ce rapport du 9 juin n'a pas été notifié en même temps que la décision litigieuse.

Egalement en termes de plaidoiries, la partie adverse a affirmé que le seul rapport d'analyse des offres qui ait été approuvé par son collège communal, est celui qui a été notifié à la requérante le 9 juin 2015. Elle a, par ailleurs, admis que devait être considérée comme erronée la référence au rapport d'analyse établi le 8 avril 2015 par l'auteur de projet GRONTMIJ et communiqué à la requérante le 18 mai 2015, lequel rapport n'a toutefois pas été approuvé par le collège communal.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen.

Le moyen nouveau soulevé à l'audience ne pouvait, de toute évidence, être formulé dans la requête, puisque l'erreur commise dans la communication de l'acte attaqué et sur laquelle la requérante prend appui pour soulever ce moyen, n'a été décelée par la partie adverse qu'à la lecture de la requête.

Par ailleurs, un moyen nouveau, ne peut être soulevé utilement dans le cadre de la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qu'à la condition que l'illégalité alléguée puisse être débattue de tous ses aspects à l'audience. En l'espèce, l'illégalité dénoncée a bien pu être débattue.

Le moyen est, en conséquence, recevable.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

S'il est admis que la décision d'attribution d'un marché public adoptée au terme d'une procédure d'appel d'offres soit motivée par référence à un rapport d'analyse des offres dont l'autorité délibérante déclare s'approprier la teneur, encore faut-il – pour que cette autorité respecte l'obligation de motivation formelle qui s'impose à elle – d'une part que le rapport d'analyse que l'autorité entend faire sien soit porté à la connaissance du destinataire de la décision d'attribution au plus tard lorsque cette décision lui est communiquée et, d'autre part, que la référence contenue dans celle-ci permette d'identifier incontestablement le rapport d'analyse qui – aux yeux de l'autorité – tient lieu de motivation de la décision d'attribution. Le respect de ces exigences est d'autant plus important lorsque plusieurs rapports ont été établis dans le courant de la procédure ou lorsqu'un seul l'a été dans plusieurs versions successives.

En l'espèce, il ressort des déclarations de la partie adverse, tant dans la note d'observations qu'en termes de plaidoiries, que le rapport d'analyse des offres du 8 avril 2015 joint à l'acte attaqué dans le courrier de communication adressé à la requérante le 18 mai 2015 n'est pas celui dont le collège communal entendait s'approprier la teneur.

Par ailleurs, il apparaît que les références, contenues dans l'acte attaqué, au "rapport d'examen des offres", entretiennent une confusion évidente entre le rapport établi par la société le 8 avril 2015 et celui, non daté et d'auteur inconnu, qui semble avoir été effectivement approuvé. En effet, d'une part, l'acte attaqué contient plusieurs références expresses au rapport rédigé par l'auteur de projet GRONTMIJ et, d'autre part, se réfère au constat du rapport d'examen selon lequel les deux offres déposées sont entachées d'irrégularités substantielles; or ce constat n'est posé que par le rapport d'auteur et de dates inconnus, et non par celui du 8 avril 2015, lequel conclut qu' "aucune société remporte les critères d'attribution".

Dans ces circonstances, il s'impose de constater, *prima facie*, que la partie adverse a méconnu l'obligation de motivation formelle qui lui incombait, en ne

respectant pas précisément les conditions de la motivation par référence, de sorte que le moyen nouveau qui lui adresse précisément ce reproche doit être déclaré sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément incitant à admettre que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages.

VI. CONFIDENTIALITE

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel et demande que cette confidentialité soit maintenue.

La partie adverse dépose également les offres sous couvert de la confidentialité et sollicite le maintien de celle-ci.

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.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 7 mai 2015 prise par le collège communal de la ville de Lessines par laquelle il décide de renoncer à l'attribution du marché de travaux portant sur l'aménagement des espaces publics de l'hypercentre de Lessines, Grand Rue et Rue Général Freyberg, constate qu'aucune offre régulière n'a été déposée et décide de proposer au conseil communal de relancer la procédure.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces numérotées 5.a et 5.b du dossier administratif, ainsi que la pièce numérotée 8 annexée à la requête, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier juillet 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.