

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.685 du 23 octobre 2015

G./A.217.127/VI-20.580

En cause : **la société anonyme HULLBRIGDE ASSOCIATED,**

ayant élu domicile chez
Mes Yves SCHNEIDER et
Marie BOURGYS, avocats,
rue de Clairvaux, n° 40/202,
1348 Louvain-la-Neuve,

contre :

la ville de Fontaine-l'Eveque,

ayant élu domicile chez
Me Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée, n° 72,
6001 Charleroi,

Partie intervenante :

la société anonyme COMABAT,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 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 30 septembre 2015, la société anonyme HULLBRIGDE ASSOCIATED sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 15 septembre 2015 par laquelle la partie adverse a attribué le marché public relatif à des «travaux de rénovation du bâtiment Mika Shoe - phase 2», à la société anonyme COMABAT".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme COMABAT a, par une requête introduite le 20 octobre 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 1^{er} octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 octobre 2015 à 14 heures 30.

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

Me Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Nathalie TISON, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Célie VAN AUDENHAEGE, loco Me Marie VASTMANS avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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. Par une délibération du 25 septembre 2014, le Conseil communal de la Ville de Fontaine-l'Evêque décide de lancer un marché public de travaux pour la réalisation de la phase 2 des travaux de rénovation du bâtiment "Mika Shoe", situé rue Delattre n° 9 à 6140 Fontaine-l'Evêque.

Le mode de passation retenu est l'adjudication.

Le Cahier spécial des charges, adopté le même jour, précise, en son article I.7 :

" I.7. Sélection qualitative – capacité économique, financière et technique ou professionnelle

- Production d'une preuve d'agrément en règle – art. 70 de l'A.R. du 15 juillet 2011 Catégorie D – Classe 5
- Production d'une preuve d'assurance type «Tous risques chantier» en règle".

III. 2. Six soumissionnaires, dont la requérante et la partie intervenante, déposent une offre dans le cadre de ce marché.

III. 3. L'ouverture des offres a lieu le 5 mai 2015.

III. 4. En date du 29 mai 2015, la Ville de Fontaine-l'Evêque adresse un courriel à la partie intervenante, lui demandant de transmettre la preuve qu'elle dispose d'une assurance "tous risques chantier" en règle.

Le même jour, la partie intervenante indique à la Ville de Fontaine-l'Evêque, qu'elle souscrit ce type d'assurance chantier "par chantier et pas à l'année". Elle précise que dans l'hypothèse où elle serait désignée, "la preuve de la souscription d'une telle assurance sera fournie avant le démarrage du chantier".

III. 5. Le 16 juin 2015, le Collège communal de la Ville de Fontaine-l'Evêque décide, sur la base du rapport d'analyse et sur avis du Directeur financier, d'attribuer le marché en cause à la partie intervenante.

Cette décision précise notamment ce qui suit :

" [...]

Considérant que trois soumissionnaires – COMABAT, LIXON, THERET, n'ont pas fourni la preuve d'une assurance type «Tous risques chantier» en règle;

Considérant que l'absence d'assurance «tous risques chantier» ne constitue pas, à ce stade de la procédure, une cause d'exclusion obligatoire des soumissionnaires concernés;

Considérant que l'assurance tous risques chantier peut ne pas être contractée à l'année, mais ponctuellement lors de l'attribution d'un marché;

Considérant, en tout état de cause, qu'il conviendra que l'attributaire du marché fournisse, obligatoirement, avant la notification du marché, la preuve qu'il a bien contracté l'assurance requise;

[...]

Considérant, par conséquent, que toutes les offres sont en règle administrativement;

[...]".

III. 6. Par un courrier daté du 18 juin 2015, la partie adverse notifie cette décision aux soumissionnaires.

III. 7. Le 2 juillet 2015, la requérante adresse un courrier à la Ville de Fontaine-l'Evêque, sollicitant le retrait de la décision d'attribution du 16 juin 2015 au motif qu'elle serait illégale.

Par une requête du 6 juillet 2015, elle introduit également une requête en suspension en extrême urgence à l'encontre de la décision d'attribution du 16 juin 2015 (G/A 216.362/20.498).

III. 8. Par une délibération du 14 juillet 2015, le Collège communal de la partie adverse, faisant suite aux réclamations de la requérante, décide de retirer la décision d'attribution du marché relatif à la phase 2 des travaux de rénovation du bâtiment "Mika Shoe" et de réexaminer la situation aux regards de sa réclamation.

III. 9. Par une délibération du 15 septembre 2015, le Collège communal de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la partie intervenante.

Cette décision est notamment motivée par ce qui suit :

" Considérant que la société HULLBRIDGE a contesté la légalité de [la décision d'attribution du 16 juin 2015] (courrier du 2 juillet 2015 et requête en extrême urgence) aux motifs suivants :

- Un pouvoir adjudicateur ne peut sélectionner un candidat ou un soumissionnaire sur la base de pièces manquantes, lacunaires, ambiguës ou insuffisantes au regard des exigences des documents de marché.
Les documents manquants, ou ceux qui ne satisfont pas aux exigences de la sélection qualitative, doivent en effet être obtenus avant l'attribution du marché, page 8 point 11, alinéas 3 et 4 de la requête.
- L'autorité adjudicatrice est toujours tenue de respecter ses propres exigences (*patere legem quam ipse fecisti*), en ce compris au stade de la sélection qualitative.
(...). Et il est sans importance, sur ce point, que le cahier spécial des charges ne prévoit pas la sanction de la non-sélection en l'absence de pièce justificatives demandées – page 8, point 11 alinéas 6 et 8 de la requête.
La société HULLBRIDGE en concluant que l'offre de COMABAT est manifestement incomplète et/ou irrégulière, justifiant qu'elle soit écartée.

Considérant, après analyse de ces arguments, que le Collège communal estime ne pas avoir commis d'erreur;

Considérant en effet que l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que «le pouvoir adjudicateur peut :

- (1°) inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliquer les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79;
- (2°) à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer par tous les moyens utiles de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 58, par. 1^{er}; (...) » ;

Considérant que la circulaire du 14 juillet 2008 unifiant les pratiques en matière de traitement des demandes de participation et des offres dans le cadre des marchés précise, sur la problématique des dossiers de sélection qualitative incomplets, que

«lorsqu'un candidat ou soumissionnaire a remis un dossier incomplet ou des documents non conformes à ce qui était exigé (par exemple, une déclaration bancaire non conforme au modèle imposé) et pour autant que l'on ait une première appréciation positive de ce candidat ou soumissionnaire, il est recommandé de l'inviter à compléter son dossier, sauf urgence particulière à justifier dans le rapport d'analyse des candidatures ou des offres ou dans la décision motivée d'attribution»;

Considérant que même si la circulaire du 14 juillet 2008 vise l'ancienne réglementation, les principes qu'elle définit restent applicables;

Considérant que la SA HULLBRIDGE omet, dans sa contestation, d'évoquer cette possibilité;

Considérant dès lors que le pouvoir adjudicateur n'avait aucune obligation d'écarter l'offre de la SA COMABAT et pouvait inviter cette dernière à compléter son offre d'autant qu'il a été constaté, entre autres choses, que cette dernière ne se trouvait dans aucun des cas visés à l'article 61, par. 1 et 2 de l'arrêté du 15 juillet 2011 – déclaration sur l'honneur implicite que sa situation fiscale était en ordre via Digiflow, qu'elle avait également fourni un extrait récent de casier judiciaire vierge et disposait de l'agrément requis;

Considérant que le pouvoir adjudicateur aurait dû écarter l'offre de la SA COMABAT si le CSC avait exigé la production de la preuve d'une assurance tous risques à peine de nullité, d'irrégularité ou de non sélection – ce qui n'est pas le cas – ou si l'assurance tous risques constituait un élément essentiel du marché, ce qui n'est pas non plus le cas et ce que la société HULLBRIDGE ne prétend d'ailleurs pas;

Considérant que l'irrégularité constatée (document manquant) ne porte pas atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires, aucun d'entre eux n'étant avantagé ou désavantagé; d'ailleurs, à défaut pour la SA COMABAT de produire la preuve d'une assurance tous risques avant le début du chantier, son offre sera écartée et le marché attribué à la seconde société la moins-disante;

Considérant que l'irrégularité en question n'entre pas en ligne de compte pour le classement des offres;

Considérant que le pouvoir adjudicateur pouvait donc inviter la SA COMABAT à compléter son offre ce qu'elle a fait par courriel du 29 mai 2015;

Considérant que cette dernière a répondu le même jour en précisant que cette assurance était souscrite par chantier de sorte que si elle était effectivement désignée, elle fournirait la preuve de souscription d'une assurance tous risques avant le démarrage du chantier;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a donc raisonnablement pu admettre cette précision et décider, comme il l'a fait dans sa délibération du 16 juin 2015, que «l'absence d'assurance tous risques chantier ne constitue pas, à ce stade de la procédure une cause d'exclusion obligatoire des soumissionnaires concernés; considérant que l'assurance tous risques chantier peut ne pas être contractée à l'année mais ponctuellement lors de l'attribution du marché; considérant, en tout état de cause, qu'il conviendra que l'attributaire du marché fournisse, obligatoirement, avant la notification du marché, la preuve qu'il a bien contracté l'assurance requise»;

Considérant dès lors, après analyse des arguments de la SA HULLBRIDGE, que ceux-ci sont non pertinents;

Considérant que l'offre régulière la plus basse est celle de COMABAT S.A. et que le marché peut donc lui être attribué".

Cette décision a été notifiée aux sociétés soumissionnaires par des courriers datés du 17 septembre 2015.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme COMABAT a, par une requête introduite le 20 octobre 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire d'un lot du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes d'égalité, de concurrence et de transparence, de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services, ainsi que de ses articles 20 à 22, des articles 58, 59, 67 à 79, 95 et 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du cahier spécial des charges, spécialement de son article I.7, de l'article III.2.2, de l'avis de marché du 25 mars 2015, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe général de bonne administration, du devoir de minutie et de l'excès de pouvoir".

Elle reproche à la partie requérante d'avoir attribué le marché litigieux à la partie intervenante, "alors qu'il ressort pourtant des motifs de la décision d'attribution que cette offre était manifestement incomplète, non sélectionnable et/ou irrégulière au moment de son dépôt et de l'attribution du marché dès lors que l'un des documents exigés en termes de sélection qualitative faisait défaut («assurance tous risques chantier»)".

Elle expose, en substance, que dès lors que le cahier spécial des charges prévoyait la "production d'une preuve d'assurance type «tous risques chantiers» en règle", et que la partie intervenante n'avait pas produit ce document avant la décision

d'attribution, la partie adverse ne pouvait lui attribuer le marché sans violer les dispositions visées au moyen, et en particulier le principe *patere legem quam ipse fecisti*. Elle estime qu' "[i]l est sans importance, sur ce point, que le cahier spécial des charges ne prévoit pas la sanction de la non-sélection en l'absence des pièces justificatives demandées".

La requérante ajoute que la partie adverse a commis une erreur d'appréciation en admettant que le document manquant soit produit après l'attribution du marché, dès lors qu'elle avait exigé que cette preuve soit jointe à l'offre des soumissionnaires. Elle ne conteste pas que la partie adverse avait la possibilité d'interroger les soumissionnaires pour les inviter à compléter leur offre, mais constate qu'en l'espèce, la partie intervenante "n'a pas été en mesure de saisir cette seconde chance puisqu'elle a répondu à la partie adverse qu'elle ne disposait tout simplement pas, au jour du dépôt de son offre, de l'assurance tous risques chantier pourtant exigée à l'article I.7 du cahier spécial des charges". Elle reproche encore à la partie adverse de ne pas s'être limitée à inviter la partie intervenante à compléter son offre, mais d'avoir, en réalité, assoupli les critères de sélection qualitative qu'elle avait elle-même arrêtés en décidant de faire l'impasse sur le critère relatif à l'"assurance tous risques chantier".

La requérante considère que le principe d'égalité entre les soumissionnaires n'a pas été respecté, dès lors que la partie adverse a assoupli ses exigences de sélection au bénéfice de la partie intervenante. Elle fait valoir que cette irrégularité a pu avoir des conséquences sur le classement des offres, dans la mesure où "les entrepreneurs qui contractent, soit une assurance à l'année pour ce type de chantiers, soit une assurance spécifique en vue de soumissionner dans un marché donné, sont nécessairement exposés à des frais généraux plus importants que les entrepreneurs qui, comme COMABAT, se limitent à contracter leurs assurances après attribution, c'est-à-dire uniquement pour les marchés qu'ils sont certain de pouvoir exécuter".

Elle estime encore que si l'acte n'est pas illégal, comme le soutient la partie adverse, alors celle-ci ne pourra pas lui réattribuer le marché s'il s'avère, après attribution, que la partie intervenante ne fournit pas la preuve demandée, car elle ne pourrait retirer sa décision que si elle est illégale. Enfin, elle soutient que si la partie intervenante venait à produire le document litigieux après l'attribution, "cette preuve sera nécessairement un élément obtenu par COMABAT postérieurement au dépôt des offres" et l'offre de la partie intervenante "restera donc, en tout hypothèse, irrégulière ou non sélectionnable, avec cette conséquence que le marché en cause doit obligatoirement être attribué à la requérante".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

La partie requérante ne soutient pas que le cahier spécial des charges impose la production d'une preuve d'assurance type "tous risques chantiers" à peine de nullité ou d'irrecevabilité de l'offre. Elle semble toutefois considérer que la partie adverse ne disposait d'aucune marge d'appréciation s'agissant non d'un critère de régularité de l'offre, mais de la phase de la sélection qualitative.

Les articles 67 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énoncent les règles applicables à la sélection qualitative des candidats ou des soumissionnaires. L'article 67 vise plus particulièrement l'appréciation de leur capacité financière et économique. Il se lit comme suit:

"Art. 67. § 1^{er}. La capacité financière et économique du candidat ou du soumissionnaire peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

1° par des déclarations bancaires appropriées établies conformément au modèle figurant à l'annexe 3 ou, le cas échéant, par la preuve d'une assurance des risques professionnels;

2° par les comptes annuels ou les comptes annuels déposés, lorsque la législation du pays où est établi le candidat ou le soumissionnaire en prescrit le dépôt;

3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du candidat ou soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

§ 2. Si pour une raison justifiée, le candidat ou le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur."

A première vue, il ne peut se déduire de cette disposition que l'autorité adjudicatrice ne disposerait d'aucune marge d'appréciation, ainsi que semble le soutenir la partie requérante. Elle est, certes, tenue de vérifier la capacité financière et économique du candidat ou du soumissionnaire, mais il se dégage de la formulation même du premier alinéa du paragraphe premier, et en particulier de l'usage des mots "peut", "en règle générale", "l'une ou plusieurs des références suivantes", qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation quant aux références dont elle décidera de tenir compte. Le paragraphe deux prévoit, par ailleurs, explicitement que le candidat ou le soumissionnaire qui "pour une raison justifiée" n'est pas en mesure de fournir les références demandées "est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur". L'autorité dispose donc à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire et il ne revient pas au

Conseil d'Etat de substituer son appréciation à la sienne, sans préjudice de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, la partie adverse a interrogé la partie intervenante quant à l'absence de preuve de l'assurance "tous risques chantier". La partie requérante ne conteste pas qu'elle pouvait l'interroger de la sorte, conformément à l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. La partie intervenante a répondu à cette demande en indiquant pour quelle raison il lui était impossible, à ce stade, de fournir la référence litigieuse, tout en annonçant qu'elle souscrirait l'assurance requise si le marché lui était attribué. La partie adverse a estimé que l'explication de cette société répondait à sa demande de renseignements et a estimé que la capacité financière du soumissionnaire était prouvée à suffisance. Dès lors qu'à aucun moment la partie adverse n'a attaché un caractère essentiel à la production du document litigieux ou n'a imposé sa production à peine de nullité ou d'irrecevabilité de l'offre, elle n'était pas tenue d'écarter l'offre de la partie intervenante et pouvait se contenter d'accepter l'explication ainsi fournie.

La partie requérante n'établit, par ailleurs, pas que la partie adverse aurait commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste en considérant que la capacité financière et économique de la partie intervenante était prouvée à suffisance.

En procédant comme elle l'a fait, la partie adverse n'a pas rompu l'égalité entre les soumissionnaires. Il n'est, en effet, pas soutenu qu'elle n'aurait pas adressé la même demande de renseignements à tous les soumissionnaires se trouvant dans la même situation. La formulation utilisée par le cahier spécial des charges laissait, par ailleurs, aux soumissionnaires, le choix du type d'assurance, à l'année ou au chantier, et la solution retenue ne privilégie ni ne désavantage aucune des deux options, mais rend, au contraire, possible le choix de la seconde. Enfin, la partie adverse a maintenu l'exigence de cette assurance, en sorte qu'elle n'a pas assoupli les critères de sélection en faveur de l'un des soumissionnaires.

Par ailleurs, quel que soit le moment où la preuve d'assurance est produite, la production de cette preuve ne peut, en tant que telle, avoir d'incidence sur le montant d'une offre, dès lors qu'il n'est pas contesté que cette assurance est obligatoire et que d'une manière ou d'une autre tout soumissionnaire doit l'intégrer dans le calcul de son offre. Il est indifférent de ce point de vue que le soumissionnaire ait opté pour l'un ou l'autre type de contrat, en fonction d'un choix qui lui est propre et dont on peut supposer qu'il l'estime être le plus rationnel d'un point de vue économique, eu égard au profil de son entreprise et aux conditions du contrat qu'il a négociées.

Il s'ensuit que dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou rompu le principe d'égalité entre soumissionnaires en admettant que la partie intervenante diffère le moment du dépôt du document litigieux, sans pour autant le dispenser de sa production avant la notification du marché.

Quant aux considérations développées par la partie requérante concernant un éventuel défaut de production par la partie intervenante de la preuve sollicitée avant la notification du marché, outre qu'il n'apparaît pas clairement de son raisonnement quelle est la disposition réglementaire qui serait, à son estime, violée par l'adoption, comme en l'espèce, d'une décision conditionnelle d'attribution du marché, il ne revient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur une situation hypothétique étrangère aux circonstances de l'espèce.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande que soit préservée la confidentialité de son offre. La partie adverse et la partie intervenante demandent que soit préservée la confidentialité de l'offre de cette dernière.

La communication de ces pièces pourrait nuire au respect du secret des affaires et ne s'avère pas nécessaire à la solution du litige. Il s'indique donc de préserver, à ce stade, la confidentialité des offres de la partie requérante et de la partie intervenante.

VII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie intervenante demande que soit mise à charge de la requérante une indemnité de procédure de 1.400 €.

Conformément à l'article 30/1, dernier alinéa, les parties intervenantes ne peuvent bénéficier d'aucune indemnité de procédure. La demande de la partie intervenante ne peut, en conséquence, être accueillie.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COMABAT est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces portant la référence 18 du dossier administratif et A du dossier qualifié de confidentiel de la partie intervenante, contenant l'offre de cette dernière, ainsi que la pièce portant la référence 1 annexée à la requête, contenant l'offre de la partie requérante, sont tenues pour 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, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-trois octobre 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.