CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.964 du 19 novembre2015

G./A.217.288/VI-20.624

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

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée LA SAMBRIENNE,

ayant élu domicile chez
Me Marie-Cécile FLAMENT, avocat,
rue Auguste Piccard, n° 12,
6041 Gosselies,

Partie intervenante:

la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,

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

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 15 octobre 2015, la société anonyme SOTRELCO sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée le 31 août 2015, et signée pour extrait conforme le 8 septembre 2015, par la partie adverse d'attribuer le marché public de travaux ayant pour objet la rénovation électrique de logements inoccupés, cahier des charges n° PA15001, à la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED [...], aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce candidat".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED a, par une requête introduite le 16 novembre 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 16 octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 novembre 2015 à 10 heures.

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.

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

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

Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Marie-Cécile FLAMENT et Gauthier ERVYN, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^me^ le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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

Le 19 mars 2013, la partie adverse a publié au Bulletin des Adjudications un avis de marché de travaux ayant pour objet "la réalisation de travaux de maintenance électrique du patrimoine adjudicateur, en support de la régie ouvrière interne. Il doit permettre de remettre en état les logements inoccupés, de maintenir en état les parties communes à l'intérieur et à l'extérieur des immeubles et intervenir ponctuellement à l'intérieur de certains logements occupés".

Cet avis indique que le marché doit être conclu sous la forme d'un accord-cadre avec un seul opérateur et que "l’adjudicateur ne réalise pas l’ensemble

des travaux en une fois, mais le fait par prestations fractionnées sur base de bons de commande successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée du marché". L'avis précise également ce qui suit:

" Les quantités qui sont commandées ne sont pas connues avec précision lors de la passation du marché. Il n'y a donc pas de quantité maximale de commande. Les quantités renseignées dans le métré récapitulatif sont des quantités indicatives. L'entrepreneur ne pourra en aucun cas réclamer des indemnités tant pour des quantités inférieures que supérieures.
Sans que cela ne soit considéré comme une quantité garantie, le pouvoir adjudicateur estime confier mensuellement entre 20 et 30 logements à rénover. En vertu de ce nombre conséquent et du délai d'exécution maximum fixé, l'adjudicateur devra disposer de ressources suffisantes pour l'exécution du présent marché. Ce volume conséquent de logements à rénover nécessite un besoin de main d'œuvre important. De ce fait, malgré que le présent marché est un marché de stock, une agréation est demandée et estimée sur base de 20 logements mensuels".

L'avis concerne la mise en place d'un accord-cadre d'une durée d'un an et peut être reconduit trois fois.

L'agréation qui est imposée par le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires désireux d'exécuter le marché est de classe 1, P1.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° PA15001 qui confirme que l'objet du marché est un marché "stock" ou "à bon de commandes".

Dix entreprises ont déposé une offre.

Après examen des offres, seuls trois soumissionnaires ont été retenus :

- La société anonyme SOLTRECO, dont l'offre est de 1.074.560,16 euros;
- La société anonyme ETS BIUSO, dont l'offre est de 1.244.016,00 euros;
- La société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED, dont l'offre est de 967.527,30 euros.

Ces trois offres ont été déclarées régulières.

Sur la base des critères d'analyse des offres, soit le critère du prix et celui du délai d'exécution, la meilleure offre retenue est celle de la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED.

Par une décision du 8 septembre 2015, la partie adverse a donc attribué le marché à l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit à la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED.

Il s’agit de la décision litigieuse.

IV. INTERVENTION

Par une requête du 16 novembre 2015, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED demande à intervenir à la cause.

La société HULLBRIDGE ASSOCIATED est l'attributaire du marché. Elle a donc un intérêt à la cause. En conséquence, il y a lieu d'accueillir sa demande.

V. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V.1 Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante soulève une exception de l'incompétence du Conseil d'Etat. Elle expose que "[d]ans la jurisprudence la plus récente, une distinction a été créée entre, d’une part, les personnes morales de droit public *stricto sensu*, créées par la loi, dont la qualité d'autorité administrative paraît échapper aujourd'hui à toute controverse, et, d’autre part, les organismes de droit privé qui, même s'ils ont été créés et sont contrôlés par une autorité administrative et même s'ils sont chargés d'une mission de service public, n'ont la qualité d'autorité administrative que dans la mesure où ils ont le pouvoir de prendre unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard de tiers".

Elle estime que la partie adverse étant une société de droit privé, elle ne peut être considérée comme une autorité administrative qu'à la condition de démontrer qu'elle a le pouvoir de prendre unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard de tiers. Or, tel n'est pas le cas selon la partie intervenante.

V.2 Décision du Conseil d'Etat

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

" Art. 130 § 1er. 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 au sens de cette disposition. Dès lors qu'elle est définie par la loi comme une personne morale de droit public, il n'y a pas lieu de se livrer à d'autres examens de cette société pour lui reconnaître la qualité d'autorité administrative.

L'exception est rejetée.

VI. NOUVEAU MOYEN

La requérante soutient à l'audience que l'offre de la partie intervenante aurait dû être déclarée irrégulière, dès lors qu'elle ne respecte pas, selon elle, le critère d'attribution n° 2, relatif aux délais d'exécution.

Conformément à l'article 29, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, il ne peut être produit à l'audience d'autres moyens que les moyens développés dans la requête ou les mémoires.

Le moyen est irrecevable.

VII. MOYEN UNIQUE

VII. 1. Thèse de la partie requérante

Dans sa requête, la partie requérante prend un moyen unique "de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; de l'article 70 de l'arrête royal du 15.07.2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; 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'agréation d'entrepreneurs de travaux; du principe de bonne administration; de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première branche, elle reproche à la partie adverse d'avoir déterminé la classe d'agréation requise en fonction de la valeur de l'offre et avant la notification de la décision d'attribution du marché et d'avoir attribué le marché à la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED, alors qu'elle ne dispose pas de l'agréation requise.

Après avoir rappelé la teneur de l'article 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, elle relève qu'en l'espèce "la partie adverse détermine […] la classe d'agréation non pas sur base du montant global de la soumission, mais des commandes qui seront mensuellement passées à l'adjudicataire". Or, elle considère que "[c]ette façon de faire n'est pas admissible en droit". Elle rappelle que conformément à 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,"[l]a classe d'agréation exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver". Il s'ensuit que "c'est le montant de l'offre du soumissionnaire retenu qui détermine la classe dans laquelle l'entrepreneur choisi doit être agréé". Citant des extraits de doctrine et un arrêt du Conseil d'Etat elle rappelle que "la classe et la catégorie ou sous-catégorie de l'agréation exigible pour l'attribution d'un marché sont déterminées par la nature des travaux et le montant de l'offre, et non par ce qu'indique l'avis de marché".

La partie requérante fait valoir qu'en l'occurrence, un seul adjudicataire étant désigné, "c'est le montant de l'offre qui détermine la classe d'agréation". Or "l'offre de la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED étant supérieure à EUR. 900.000,00, elle devait disposer d'une agréation en classe [5]. Son agréation en classe 4 n'est donc pas suffisante". Elle ajoute que "[l]e soumissionnaire doit disposer de l'agréation non au moment du dépôt de son offre, mais de « la décision d'attribution»". Citant la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle expose que "la condition d'agréation est remplie lorsque l'agréation est obtenue avant la notification du marché" et qu'elle ne peut être "déterminée en fonction des commandes successives qui seront passées, par définition, après notification de la décision d'attribution". Elle considère encore que déterminer la classe d'agréation en fonction de la valeur des commandes successives serait contraire à l'esprit de la réglementation relative à l'agréation dont l'objectif essentiellement économique vise à permettre au pouvoir adjudicateur de disposer de garanties quant à la qualité des entrepreneurs et à leur capacité technique, économique et financière d'exécuter le marché qui leur sera attribué.

En l'occurrence, elle estime qu'il "est d'ores et déjà acquis que l'adjudicataire devra, à tout le moins rénover 20 à 30 logements mensuels, soit un montant total de logements variant entre 240 et 360". Dès lors que le marché peut faire l'objet de trois reconductions d'un an chacune, "[l]e montant global des travaux atteindra donc la somme d'EUR. 3.651.046,40". La partie requérante estime qu'il "n'est pas raisonnable de requérir une classe d'agréation 1 pour l'exécution d'un marché d'une telle valeur". Elle ajoute qu'"à supposer même que les commandes soient fractionnées par 20 à 30 logements, il n'en demeure pas moins que du fait de sujétions et/ou de retard éventuels, l'adjudicataire peut être amené à exécuter plusieurs

commandes de manière simultanée" et qu'il "doit pouvoir disposer du personnel en suffisance pour ce faire".

Développant un raisonnement par analogie avec la jurisprudence relative à l'agréation en matière de lots, la partie requérante fait valoir que la division d'un marché en différents lots ne peut avoir pour objet d'éluder l'application des règles relatives à l'agréation des entrepreneurs et qu'"[i]l y a lieu, pour déterminer la classe d'agréation financière requise, de prendre en compte l'importance réelle du marché, c'est-à-dire l'ensemble des lots attribués au même entrepreneur, et non une scission en lots fictive et de nature à diminuer les exigences en matière d'agréation".

Elle conclut cette branche du moyen en indiquant "que la classe et la catégorie de l'agréation ne sont pas déterminées par ce qu'indiquent les documents du marché, mais par le montant de l'offre (et non des commandes successives)" et que le montant de l'offre de la partie intervenante étant de 912.761,60€, elle devait donc bénéficier d'une agréation en catégorie P1, classe 5. Or, la partie requérante relève que "vérifications faites sur le site officiel des Agréations des Entrepreneurs, elle possède l'agréation en catégorie P1, classe 4", qui "permet l'exécution de travaux jusqu'à EUR, 900.000,00, soit un montant inférieur à celui de son offre de sorte que le marché ne pouvait lui être attribué".

Elle estime donc que la décision entreprise est illégale.

Dans une deuxième branche, la partie requérante invoque la "violation du principe de bonne administration et [la] commission d'une erreur manifeste d'appréciation".

Elle expose que "les documents du marché permettent d'établir à tous le moins un montant minimum de commandes à passer auprès du soumissionnaire", puisque le pouvoir adjudicateur prévoit de confier mensuellement entre 20 et 30 logements à rénover. Elle indique que le total estimé par la partie adverse, toutes reconductions éventuelles comprises, est de 3.651.046,40 euros hors T.V.A. ou 3.870.109,18 euros T.V.A. comprise.

Elle considère donc "que nonobstant la nature du marché et le nombre indicatif de quantités à exécuter, l'adjudicataire devra à tout le moins durant le délai contractuel de 365 jours réaliser des travaux de maintenance électrique dans 240 à 360 logements (soit 20 à 30 par mois)". Elle estime que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que ces travaux pouvaient être rangés en classe 1, se fondant en cela sur une durée de marché d'un mois, alors que "le montant des commandes effectives s'élève sur une période de un an à EUR.

1.425.000,00 selon l'estimation de la partie adverse et à EUR. 912.761,00 selon l'offre retenue".

Elle relève encore que "[l]a partie adverse en est d'ailleurs parfaitement consciente puisqu'elle n'a pas évalué les offres en fonction des prix relatifs à une durée de marché d'un mois (soit 20 logements) mais en fonction d'une durée de marché de 365 jours, soit la durée contractuelle". Elle estime qu'il "appartenait dans ces conditions [à la partie adverse] de vérifier que le soumissionnaire choisi dispose de l'agréation requise dans la classe correspondant au montant minimum des travaux à réaliser sur un 365 jours (et correspondant en l'espèce au montant de l'offre), ce qu'elle est restée en défaut de faire".

A l'audience, elle développe, en outre, une argumentation concernant le nombre d'ouvriers nécessaire pour exécuter les commandes mensuelles de vingt ou trente chantiers, nombre qui, selon elle, dépasserait celui qui correspond au niveau d'agréation fixé par la partie adverse.

VII.2 Décision du Conseil d'Etat sur les deux branches du moyen

Le marché litigieux est un accord-cadre, soit un "accord entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées", selon les termes de l'article 3, 15°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Dans le cadre d'un tel accord, il n’y a pas nécessairement de travaux, de services ou de fournitures effectivement commandés au jour de la conclusion de l’accord, les commandes précises se faisant ultérieurement, en fonction de l’état de détermination des besoins à satisfaire. Tel est le cas en l’espèce. Il est indifférent, à cet égard, qu'il y ait un seul ou plusieurs attributaires.

Ce n'est dès lors qu'au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, que le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agréation peut être vérifié. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il conviendra de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agréation requise.

Certes, il importe de vérifier également au stade de l'attribution de l'accord-cadre si celui-ci pourra bien avoir un effet utile ou, en d'autres termes, si les

marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre. Cette vérification implique de contrôler si l'on peut raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposera de l'agréation requise lors de l'attribution des marchés particuliers.

Dans la mesure où la partie adverse entend passer les commandes sur une base mensuelle, estimée entre vingt et trente chantiers par mois, et qu'il s'agit de marchés dont l'exécution est censée s'opérer dans ce laps de temps, la vérification à laquelle elle a procédé devait donc porter sur la capacité à mener à bien ces marchés mensuels et non sur la capacité à mener à bien un marché théorique correspondant au montant de l'ensemble de l'accord-cadre.

En l'espèce, la partie adverse a estimé, dans ses documents de marché, que la classe d'agréation requise pour exécuter le marché en cause est la classe la plus faible, à savoir la classe 1, qui s'élève à 135.000,00 euros. L'offre de la requérante s'élevant à un montant de 912.761,60 euros H.T.V.A. pour une période de 12 mois, chaque commande mensuelle et partielle de la partie adverse s'élèvera à plus ou moins 76.000,00 euros (H.T.V.A.). Quant au nombre d'ouvriers nécessaire pour exécuter la commande, cet argument est soulevé tardivement et ne peut être reçu.

La partie requérante ne démontre, par conséquent, pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'une agréation de la classe 1 suffisait.

En l'occurrence, la partie intervenante est titulaire d'une agréation en classe 4 ; elle est donc capable d'exécuter des commandes particulières qui s'élèvent, chacune, jusqu'à 900.000,00 euros. Elle dispose donc bien de l'agréation requise.

Le moyen n'est pas sérieux.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie requérante et la partie intervenante demandent que leurs offres soient tenues confidentielles. La partie adverse communique, par ailleurs, également à titre confidentiel les offres des autres soumissionnaires.

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen *prima facie* de la demande de suspension d'extrême urgence, il y lieu de maintenir provisoirement la confidentialité demandée par les parties. Cette confidentialité porte sur les pièces numérotées 6 à 7 du dossier administratif, ainsi que sur la pièce 1 de la partie qualifiée de confidentielle des

annexes à la demande de suspension d'extrême urgence et enfin, sur la pièce 1 de la partie qualifiée de confidentielle des annexes à la demande d'intervention.

IX. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite, dans sa note d'observations, la condamnation de la requérante à une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros.

Le rejet de la requête justifie que les dépens soient mis à la charge de la partie requérante et qu'il soit fait droit à la demande d'indemnité de procédure formulée par la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 6 à 7 du dossier administratif, ainsi que la pièce portant le numéro 1 de la partie qualifiée de confidentielle des annexes à la demande de suspension d'extrême urgence et enfin, la pièce 1 de la partie qualifiée de confidentielle des annexes à la demande d'intervention, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

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 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse à la charge de la partie requérante.

Article 6.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre, le dix-neuf novembre 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.