

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 237.493 du 24 février 2017

A.221.348/VI-20.954

En cause : **la société anonyme ELOY TRAVAUX,**

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
M^e Eric MARON, avocat,
avenue Brugmann 12A/18
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme ACLAGRO

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Audrey BAEYENS, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 janvier 2017, la société anonyme ELOY TRAVAUX demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise à une date indéterminée par la Régie des Bâtiments, («la partie adverse») d'écarter l'offre déposée par la requérante pour un marché public de travaux relatif à la démolition de la prison de Verviers (3^e phase), comme irrégulière et d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire".

Par la même requête, la société anonyme ELOY TRAVAUX sollicite, en outre, le bénéfice de mesures provisoires, conformément à l'article 15, alinéa 1^{er}, 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.

II. Procédure

Par une ordonnance du 31 janvier 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 février 2017 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 13 février 2017, la société anonyme ACLAGRO demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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'État ont été acquittés.

M. David DE ROY, Conseiller d'État, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Eric MARON, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Audrey BAEYENS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

À s'en tenir à la version qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- " 1. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, la Régie des Bâtiments a lancé un marché public de travaux relatif à la «démolition de la prison (3^e phase)» de Verviers. Ce marché a fait l'objet d'une mesure de publicité belge uniquement. Son mode de passation est l'adjudication ouverte. Ce marché est régi par un cahier spécial des charges portant la référence 2015/61.0332/320A [...].

[...]

2. A l'ouverture des offres, il est constaté que dix [...] entreprises ont remis offre. Les auteurs des trois [...] offres les plus basses sont :
- la S.A. WANTY MAURICE (569.695,23 EUR hors T.V.A.) ;
 - la S.A. ELOY (808.865,12 EUR hors T.V.A.) ; et
 - la S.A. ACLAGRO (817.590,90 EUR hors T.V.A.) [...].

[...]

3. Le 11 mai 2016, la Régie des Bâtiments invite la S.A. ELOY à justifier plusieurs postes de son offre pour le 24 mai 2016 au plus tard [...]. La S.A. ELOY lui adresse les justifications demandées le 23 mai 2016 [...].

[...]

4. La Régie des Bâtiments décide, après avoir examiné les offres, d'écarter l'offre de la S.A. WANTY MAURICE et l'offre de la S.A. ELOY comme irrégulières. S'agissant de l'offre de la S.A. ELOY, elle motive cette décision comme suit :

«Motivation :

- Article 95, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011 : dérogation à des dispositions essentielles du cahier spécial des charges; Indication des motifs réels d'irrégularité; Conformément à l'article 21, § 1, de l'A.R. du 15 juillet 2011, la société ELOY TRAVAUX a été priée de justifier les prix des postes 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 et 49 de son offre

La S.A. ELOY TRAVAUX a fourni ces justifications par porteur en date du 20/05/16 (voir rapport d'analyse de ces justifications en annexe de la présente décision d'attribution).

Lors de l'analyse de ces justifications, il est apparu à l'Administration que le méthode de travail qu'allait appliquer la S.A. ELOY pour l'exécution des postes 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 n'est pas conforme aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

Le cahier des charges imposait le concassage-criblage sur site alors que la S.A. ELOY allait faire effectuer ces opérations à Richopré ou à Romsée (le prix du concassage-criblage en décharge est beaucoup moins onéreux que s'il était réalisé sur site). De plus, il est également à noter que les montants des postes 21, 31, 41, 46, 47 sont les plus importants de la soumission.

Fort de ce qui précède, il y a lieu de considérer l'offre de la société ELOY comme nulle et non avenue».

[...].

Par la même décision, la Régie des Bâtiments décide d'attribuer le marché litigieux à la S.A. ACLAGRO, pour un montant de 817.590,90 EUR hors T.V.A.

Il s'agit de l'acte attaqué".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 février 2017, la société anonyme ACLAGRO demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation du cahier spécial des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'article 95 de l'A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes de bonne administration (dont le principe de motivation interne et la prohibition de l'erreur manifeste d'appréciation), et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs", "[e]n ce que la décision attaquée énonce que «la méthode de travail qu'allait appliquer la S.A. ELOY n'est pas conforme aux prescriptions essentielles du cahier des charges. Le cahier des charges imposait le concassage-criblage sur site, alors que la S.A. ELOY allait faire effectuer ses opérations à Richopré ou à Romsée (le prix du concassage-criblage en décharge est beaucoup moins onéreux que s'il était réalisé sur site)»", "[a]lors qu'aucune disposition du cahier des charges n'impose le concassage-criblage sur site à peine de nullité de l'offre (première branche). En tout cas, il y a lieu de conclure à une motivation interne et formelle insuffisante (deuxième branche)".

Elle le développe comme suit:

- " a) Première branche – Le cahier des charges n'impose pas le concassage-criblage sur site à peine de nullité de l'offre

12.On cherchera vainement dans les documents du marché une stipulation énonçant que le «concassage-criblage sur site» était imposé (à peine de nullité de l'offre).

13.D'une part, seul un broyage sur site était requis.

En effet, l'article 11 «Démolitions des bâtiments» du cahier spécial des charges stipule :

«les démolitions se font à l'aide d'engins mécaniques munis de broyeurs à béton, de grappins, de cisaille à fer, etc.

[...];

l'installation sur le site de la prison d'un broyeur, toutes autorisations à charge de l'entrepreneur, le broyage des décombres est obligatoire avant toute évacuation»

[...].

14.D'autre part, les mots «concassage», «criblage» ou leurs dérivés ne figurent pas dans le cahier spécial des charges.

15.L'offre de la S.A. ELOY prévoyant bien le broyage sur site, elle est rigoureusement conforme aux spécifications techniques.

C'est à tort et en violation des dispositions et principes visés au moyen que la Régie des Bâtiments a considéré que l'offre de la S.A. ELOY était irrégulière.

b) Deuxième branche – Motivation interne et formelle insuffisante

16. Il y a lieu de conclure à une motivation interne et formelle insuffisante, dès lors que (i) la Régie des Bâtiments ne vise pas la disposition applicable (ou le passage concerné) du cahier spécial des charges dans la décision attaquée et (ii) qu'elle n'y précise pas non plus pour quel motif elle considère le concassage-criblage sur site comme essentiel.

La décision attaquée ne permet pas à la S.A. ELOY de comprendre pour quel motif son offre a été déclarée irrégulière".

B. Plaidoiries

A l'audience du 14 février 2017, la requérante a notamment insisté sur ce que la justification de prix adressée à la partie adverse sur invitation de celle-ci faisait apparaître l'utilisation d'un *crusher*, outil qui – au vu des photographies présentées à l'audience – fait figure de pince de démolition et/ou de tri appliquée sur une pelle mécanique. A son estime, l'utilisation de cet outil permet de considérer que, simultanément à la démolition, un broyage était effectué sur le site de la prison, conformément à l'exigence édictée à cette fin, même si des traitements ultérieurs, effectués sur d'autres sites, devaient permettre d'obtenir de plus petits fragments. La requérante en conclut donc que l'exigence de broyage sur le site de la prison était bien rencontrée.

La partie adverse a, pour sa part, notamment précisé que l'exigence de broyage des décombres sur le site de la prison avant toute évacuation avait été édictée pour la troisième phase de démolition, à la suite d'une demande des autorités communales de la ville de Verviers, relayant les doléances des riverains quant aux nuisances sonores provoquées par le charroi d'évacuation des décombres au cours des deux phases précédentes, sachant qu'un broyage effectué sur le site de démolition permet de diminuer ce charroi d'évacuation et, partant, les nuisances sonores que celui-ci risque de provoquer. Par ailleurs, elle a relevé que l'installation d'un broyeur requise par le cahier spécial des charges pouvait, selon les cas, tomber sous le coup de régimes d'autorisation ou de déclaration, raison pour laquelle elle a pris soin de préciser qu'il incombe à l'entrepreneur d'obtenir les autorisations requises.

V.2. Appréciation

A. Quant à la première branche du moyen

L'article 95, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit en ses paragraphes 3 et 4 :

- " Art. 95 [...] § 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.
Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.
En cas d'irrégularité non substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Il découle, notamment, du paragraphe 3, alinéa 1^{er}, qu'une offre qui ne respecte pas les dispositions des documents du marché concernant les spécifications techniques est affectée d'une irrégularité substantielle si ces dispositions sont essentielles. Dans un tel cas, le paragraphe 4 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, qui doit constater la nullité de l'offre.

Il se déduit toutefois du même paragraphe 3, alinéa 1^{er}, que l'offre qui ne respecte pas les spécifications techniques n'est affectée d'une irrégularité substantielle que si la disposition qui impose ces spécifications techniques est essentielle. L'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne définit toutefois pas ce qu'il y a lieu d'entendre par une disposition essentielle. En l'absence d'autre indication, il convient donc de considérer que, conformément au sens que donne le langage commun à ces termes, une disposition essentielle sur le plan matériel est soit une disposition à laquelle son auteur a voulu attacher une telle portée, soit une disposition à laquelle ce caractère s'attache par nature au regard du marché concerné, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres ou de modifier le classement de celles-ci.

L'article 11, intitulé "Démolitions des bâtiments" de la partie 6 "Description technique du marché" du cahier spécial des charges est libellé comme suit en ses sept premiers points :

- " Cet ouvrage comprend :
- avant toutes opérations, l'entrepreneur soumet au coordinateur sécurité réalisation et au Fonctionnaire-dirigeant, la méthodologie qu'il appliquera pour la démolition des bâtiments;
 - toutes les démolitions se feront suivant directives du Fonctionnaire-dirigeant;
 - les démolitions se font à l'aide d'engins mécaniques munis de broyeurs à béton, de grappins, de cisaille à fer, etc...
 - la démolition «à la boule» est interdite;
 - les immondices et tout le mobilier laissé par la Justice dans les différents bâtiments sont à évacuer et à trier par l'entrepreneur et est une charge d'entreprise;

- avant toutes démolitions, les bâtiments devront être vides afin de ne pas mélanger les divers décombres;
- l'installation sur le site de la prison d'un broyeur, toutes autorisations à charge de l'entrepreneur, le broyage des décombres est obligatoire avant toutes [sic] évacuation".

Cette disposition appelle trois observations à la suite des débats tenus en la présente cause. Elle impose, avant tout, de distinguer clairement le broyage en lequel consiste nécessairement la démolition des bâtiments et pour lequel est imposée, au troisième point de l'énumération, l'utilisation "d'engins mécaniques munis de broyeurs à béton" pour respecter l'interdiction de démolition "à la boule", visée au quatrième point, d'une part, du broyage qui doit permettre de réduire en menus fragments les décombres provenant de cette démolition, avant toute évacuation, d'autre part, ainsi que l'impose le septième point de cette énumération. Ensuite, s'il n'est pas expressément question de "criblage" dans cette clause du cahier spécial des charges (ni ailleurs dans ce cahier spécial des charges, comme le reconnaît la partie adverse), la requérante aura parfaitement compris – à la lecture de l'acte attaqué – que l'utilisation des termes associés "concassage-criblage" faisait écho à l'association de ces deux opérations, telle qu'elle l'évoquait elle-même dans sa justification des prix, sachant – par ailleurs, et en toute hypothèse – que si l'absence de concassage sur le site de démolition doit être retenue comme cause d'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante, le lieu de réalisation du criblage devient indifférent, privant le grief de toute utilité. Enfin, et toujours à la suite des débats, il doit être raisonnablement admis que le terme "concassage" utilisé par l'acte attaqué est synonyme du "broyage" dont il est question au septième point de l'énumération ci-dessus reproduite.

L'acte attaqué déclare irrégulière l'offre de la requérante au motif que celle-ci annonçait, dans sa justification de prix, avoir l'intention d'effectuer le "concassage-criblage" à Richopré ou à Romsée, et non sur le site de démolition.

La note introductive de la justification de prix fournie par la requérante annonce que les opérations de concassage et de criblage seront effectuées sur des sites localisés à Richopré et à Romsée, prenant soin de préciser que ces sites disposent des autorisations et permis requis, ce qui, *prima facie*, se laisse entendre comme procédant d'une référence à l'exigence de disposition d'autorisations édictée au septième point de l'énumération présentée sous le titre "Démolitions des bâtiments".

Par ailleurs, la justification par prix unitaire fait apparaître que l'utilisation du *crusher* se rapporte à la démolition (ce qui fait référence à l'exigence d'utilisation de broyeurs à béton visée au troisième point de l'énumération), tandis que, pour ce qui a trait au "concassage-criblage", la requérante se réfère expressément à l'offre de son sous-traitant LOMBET, dont il se déduit – par ailleurs – qu'elle a pour objet des prestations à effectuer sur les sites de Richopré et de Romsée.

De ces données que livre la justification de prix fournie par la requérante, il semble ressortir, sur la base d'un examen effectué en extrême urgence, que ce soumissionnaire a certainement prévu de recourir à un *crusher* pour répondre à l'exigence d'effectuer les démolitions "à l'aide d'engins mécaniques munis de broyeurs à béton" (troisième point de l'énumération), mais qu'il avait conçu d'assurer le broyage aux fins d'obtention de menus fragments (septième point de l'énumération) sur des sites autres que celui des démolitions faisant l'objet du marché litigieux.

La partie adverse a donc pu, sans commettre d'illégalité manifeste, considérer que l'offre de la requérante n'était pas conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges du marché litigieux.

S'agissant, après ce premier constat, de déterminer si les prescriptions auxquelles il est ainsi reproché à la requérante d'avoir dérogé revêtent un caractère "essentiel", il est exact que celui-ci n'est pas attesté par une mention expresse de la sanction de nullité de l'offre qui y déroge. L'absence de pareille mention ne suffit toutefois pas à exclure un tel caractère. Il s'indique avant tout de relever que le broyage préalable à toute évacuation est présenté par le cahier spécial des charges comme revêtant un caractère "obligatoire", lequel – au vu des débats – s'explique par l'importance que la partie adverse a déclaré attacher à une réduction des nuisances sonores causées par le charroi. Ensuite, l'acte attaqué relève, sans être contesté, qu'une dérogation à cette exigence a une incidence considérable sur le prix, celui-ci étant sensiblement inférieur si l'opération est effectuée en décharge. Ceci affecte la comparabilité des offres et confère un avantage concurrentiel au soumissionnaire qui ne respecte pas cette prescription.

Sur la base de ces différents éléments, tels que révélés au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il est permis de considérer que la partie adverse a pu, sans commettre d'illégalité manifeste, considérer comme essentielle l'exigence de broyage des décombres préalable à toute évacuation, à laquelle dérogeait l'offre de la requérante.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche du moyen

Par la référence au fait que "le prix du concassage-criblage en décharge est beaucoup moins onéreux que s'il était réalisé sur site", l'acte attaqué fait apparaître un élément qui impose d'admettre que la dérogation reprochée à la requérante

conférait un avantage concurrentiel à celle-ci et affectait la comparabilité des offres, ce qui fait comprendre la raison pour laquelle elle a tenu pour essentielle l'exigence litigieuse. La requérante a également identifié sans difficulté la disposition qu'il lui était reproché d'avoir transgressée, ainsi que l'atteste le développement de la première branche du moyen, qui se réfère à l'énumération des tâches visées à l'article 11 "Démolitions des bâtiments" de la partie 6 "Description technique du marché" du cahier spécial des charges.

Il résulte de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VI. Mesures provisoires

Le rejet de la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, introduite selon la procédure d'extrême urgence, entraîne le rejet de la demande de mesures provisoires.

VII. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre, identifiée comme étant la pièce n° 2 de son dossier, à titre confidentiel.

La partie adverse déclare également déposer à titre confidentiel onze pièces qu'elle identifie comme constituant le "dossier administratif confidentiel".

L'intervenante demande enfin que soit maintenue confidentielle son offre, qui est produite par la partie adverse dans le "dossier administratif confidentiel".

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante, à l'exception de ceux relatifs à la requête en intervention qui sont mis à charge de la partie intervenante.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par société anonyme ACLAGRO est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence et de mesures provisoires est rejetée.

Article 3.

La pièce n° 2 du dossier de pièces de la requérante et les pièces n^{os} 1 à 11 du "dossier administratif confidentiel" 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de la partie requérante, à concurrence de 200 euros, et à la charge de la partie intervenante à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt-quatre février deux mille dix-sept par :

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.