CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 237.915 du 10 avril 2017

A.221.662/VI-20.984

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

ayant élu domicile chez
M^es^ Jean-François DAVREUX
et Lionel-Albert BAUM, avocats,
rue Lelièvre 9
5000 Namur,

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e^ Jean-Marc WOLTER, avocat,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 mars 2017, la société anonyme EUROGREEN sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse, le 7 février 2017, attribuant un marché public de travaux relatif à l'abattage d'arbres morts ou malades dans le district d'Anderlues (D142-11), régi sous le CSC n^o^ 142-17A20 à la société anonyme KRINKELS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 mars 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 mars 2017 à 10 heures.

La partie adverse a déposé 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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Lionel-Albert BAUM, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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

Le 12 janvier 2017, la partie adverse notifie à différents soumissionnaires, dont la requérante, une invitation à transmettre une offre dans le cadre d'une procédure de marché public négociée ayant pour objet l'abattage d'arbres morts ou malades dans le district d'Anderlues.

Le cahier spécial des charges décrit comme suit l'objet du marché:

" Le présent marché est un marché de travaux ayant pour objet l'abattage d'arbres d'alignement morts, malades ou blessés le long du réseau routier géré par le District Routier d'Anderlues. La liste des arbres est reprise en annexe du présent Cahier Spécial de Charges".

Les prestations en questions sont décrites comme suit:

" Les travaux concernent des prestations localisées, à exécuter en ordre dispersé et dans toute l'étendue du district. Les travaux sont relatifs à l'abattage d'arbres d'alignement, morts ou blessés, à l'évacuation des déchets ainsi générés, à l'arasement des souches et à la mise en place des signalisations appropriées".

Le marché est un marché à bordereau de prix passé par procédure négociée sans publicité.

En son point 12, le cahier spécial des charges impose que les soumissionnaires satisfassent aux exigences de l'agréation en classe 1, catégorie C.

A la date de l'ouverture des offres, le 30 janvier 2017, cinq offres ont été reçues par le pouvoir adjudicateur, dont celles de la requérante et de la société KRINKELS.

Le 7 février 2017, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société KRINKELS. La motivation de la décision contient, notamment, la mention suivante :

" les soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative, après vérification de la possession de l'agréation requise pour l'exécution des travaux de catégories C classe 1 sauf EUROGREEN SA".

Il s'agit de la décision dont recours.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, au motif que le marché a été conclu et est en cours d'exécution et que la suspension de la décision d'attribution ne pourra matériellement avoir aucun effet sur le contrat conclu avec la société KRINKELS.

IV.2. Appréciation

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 ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu.

Il appartient, dès lors, au Conseil d'État d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

L'exception est rejetée.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un moyen unique de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de l'égalité de traitement ; la violation de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation des entrepreneurs de travaux, en particulier ses articles 2, 3 et 7, ainsi que 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, en particulier ses articles 2, 3, 4 et 5 ; la violation de loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services en particulier ses articles 3, 4, 5 et 24 ainsi que ses annexe I et II ; la violation des articles 70 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; la violation des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de sécurité juridique, de transparence, d'appréciation, et du principe *partere legem quam ipse fecisti* ; de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche, en substance, à la décision attaquée d'avoir considéré que l'offre de la requérante ne satisfait pas à la sélection qualitative à défaut de posséder l'agréation requise, à savoir la catégorie C, classe 1, alors que la partie adverse ne pouvait imposer la détention de l'agréation de catégorie C, classe 1, au vu de l'objet du marché et qu'elle aurait donc dû constater que son offre est manifestement l'offre régulière la plus basse.

Après avoir rappelé les dispositions légales et réglementaires applicables en la matière, elle expose que "le cahier spécial des charges est irrégulier en ce qu'il impose illégalement la détention d'une agréation de catégorie C, classe 1".

Elle estime, en effet, à titre principal, que "le marché litigieux est erronément qualifié de marché public de travaux, alors que l'objet principal du marché porte essentiellement, voire, exclusivement, sur la prestation de services, de sorte que la détention d'une agréation n'était pas requise et ne pouvait légalement être imposée".

A titre subsidiaire, elle fait valoir que "si le marché litigieux devait être qualifié de marché de travaux, *quod non*, l'imposition d'une agréation de catégorie C

générale n'est pas légalement admissible, au vu des prestations objets du marché". Elle ajoute qu'"une telle agréation n'est ni liée ni proportionnée à l'objet du marché". Elle explique qu'il ressort tant de la description de l'objet du marché que du métré annexé au cahier spécial des charges que "l'objet du marché ne porte que sur des prestations de services, à savoir l'abattage d'arbres et l'essouchement d'arbres, ainsi que la mise en site autorisé d'arbres abattus, soit des services". Elle considère donc qu'il "ne s'agit pas d'un marché de travaux" et que par conséquent, le cahier spécial des charges ne pouvait pas imposer la détention d'une agréation comme condition de sélection.

Elle indique encore, subsidiairement, que "le marché contient, accessoirement, des prestations de signalisation des services à réaliser sur les voiries publiques, reprises en sous-catégorie C3 au sens de la loi sur l'agréation des entreprises". Elle estime que "s'il fallait, sur cette base, considérer, *quod non*, qu'il s'agit bien d'un marché de travaux (alors que l'objet principal porte bien exclusivement sur des services), il conviendrait, néanmoins, de constater que la restriction du marché aux seuls détenteurs de l'agréation générale de catégorie C n'est nullement liée à l'objet du marché ni proportionnée". Une telle restriction disproportionnée est, selon elle, illégale.

Elle précise qu'elle possède une agréation de catégorie C, sous catégorie 3, et qu'elle disposait donc bien de l'agréation requise en proportion à l'objet du marché.

La requérante conclut que la partie adverse "a commis une erreur manifeste d'appréciation en imposant une agréation générale de classe C pour le marché litigieux". Il s'ensuit qu'elle "a violé les dispositions visées au moyen et commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant [son] offre […] et en considérant [qu'elle] ne disposait pas de l'agréation requise pour le marché litigieux, au vu de son objet".

B. Note d'observations

La partie adverse observe que si les travaux d'abattage d'arbres ne sont pas expressément visés à l'annexe 1ère de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, celle-ci "reprend, parmi les travaux, sous la classe 45.23, la construction de chaussées, celle-ci incluant les terrassements préalables tels qu'ils sont visés à la classe 45.11 décrivant les travaux de démolition et de terrassement, ceux-ci incluant parmi les travaux de terrassement notamment : «Creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, *etc*.» et

l'«enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers»". Elle en déduit que "l'ensemble des travaux de terrassement et de déblaiement exigés notamment par les travaux de construction et de réfection des chaussées doivent bien être considérés comme des «travaux»".

Elle relève, par ailleurs, que l'abattage d'arbres n'est expressément repris par aucune des annexes de la loi comme "travaux" ou comme "services".

Elle estime dès lors ne pas avoir erronément qualifié le marché litigieux en le considérant comme un marché de travaux et non comme un marché de services.

Elle ajoute qu'"à supposer qu'il faille considérer que les prestations concernées visent à la fois des travaux et des services, le régime applicable doit être déterminé dans le cadre d'un examen objectif de l'ensemble du marché". A cet égard, elle indique que le marché comporte un volet consacré à la signalisation des travaux pour lesquels des conditions de sécurité particulières sont imposées pour préserver et garantir la sécurité du chantier et qu'en raison de leur importance, elles sont sanctionnées de manière particulière. S'il fallait dès lors suivre la requérante et considérer que "seules les prestations en relation avec la sécurité puissent être considérées comme des travaux, encore conviendrait-il de constater que celles-ci ont été jugées essentielles par le pouvoir adjudicateur dans la définition de l'objet du marché, celui-ci devant dès lors, dans tous les cas, être considéré comme un marché de travaux".

La partie adverse rappelle, par ailleurs, que "s'agissant des exigences posées en termes d'agréation, […] il n'appartient pas à votre Conseil de substituer son appréciation à celle d'un pouvoir adjudicateur afin d'apprécier s'il aurait été pour celui-ci plus opportun ou plus judicieux, d'exiger comme agréation, d'autres catégories ou sous-catégories que celle choisie". Elle ajoute qu'il "appartient en effet au seul pouvoir adjudicateur de choisir les critères de sélection qualitative, [le] Conseil ne pouvant à cet égard que sanctionner l'erreur manifeste résultant de ce que ceux-ci et leur niveau d'exigence sont sans lien ou disproportionnés avec l'objet du marché".

Elle estime, à cet égard, que l'exigence qu'elle a posée est "en lien et proportionnelle avec l'objet du marché de travaux d'abattage d'arbres dans l'ensemble du district concerné en bordure de voirie et des conséquences qu'il y a lieu de prévenir quant à la circulation qu'il convient de savoir organiser et protéger (comme pour tout autre chantier routier)". Elle explique, ainsi, que "la catégorie C vise les entreprises générales de travaux routiers, qui en raison même de la généralité des travaux visés, ont nécessairement la connaissance et la capacité particulière nécessaire à ce type de

travaux, qui impliquent la connaissance parfaite de toutes les situations et facteurs possibles d'accidents".

Elle précise que "cette capacité est appréciée au regard de l'exécution de travaux routiers seuls [et qu'une] telle connaissance ne peut être déduite de la seule capacité technique d'abattre des arbres".

La partie adverse observe encore que "la sous-catégorie C3 pour laquelle la partie requérante est agréée vise les travaux de «signalisation non électrique des voies de communication, les dispositifs de sécurité, les clôtures et écrans de tous types non électriques»". Or, le cahier spécial des charges exige la preuve de la capacité du soumissionnaire à établir un plan de signalisation pour chaque tronçon de voirie à réfectionner, à approuver par les autorités compétentes et "cette signalisation doit être réalisée par le biais de barrières munies d'un signal D1, complétées par une rampe de 5 spots de type flash, de balises au droit de chaque dévoiement équipées de rampes défilantes de spots, en fonctionnement jour et nuit, de lampes flash clignotantes jour et nuit équipant les panneaux F79 à F85 (article 36 de l'A.R. du 14 janvier 2013 tel que précisé au cahier spécial des charges et article L.I.1.2. des clauses techniques du cahier spécial des charges)". Elle ajoute que "l'adjudicataire est en outre tenu, pour toute section de route non empruntable simultanément par les usagers dans les deux sens de circulation, d'assurer l'installation et le fonctionnement d'une signalisation lumineuse tricolore synchronisée à chaque extrémité de la section, les propositions en la matière devant être soumises préalablement et approuvées par l'ingénieur dirigeant (article L.I.2 des clauses techniques)".

La partie adverse constate que "les entreprises générales de travaux routiers, en raison même de leurs obligations découlant de cette qualité, remplissent l'ensemble de ces obligations et sont, par la démonstration de leur capacité à le faire, agréées comme telles en catégorie C". Selon elle, "ces obligations incluent notamment la signalisation électrique des chantiers et des dispositifs de sécurité exigés pendant leur exécution". En revanche, "l'agréation en sous-catégorie C3 visant exclusivement la signalisation et les dispositifs de signalisation non électriques, ne permet pas, dans tous les cas, de justifier d'une telle capacité".

Elle conclut qu"'en exigeant une agréation en catégorie C de la part de l'adjudicataire, [elle] a, en l'espèce, formulé une exigence en lien et proportionnelle avec l'objet du marché d'abattage d'arbres malades ou morts sur l'ensemble du périmètre routier visé".

V.2. Appréciation

L'article 3 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services définit comme suit le marché public de travaux et celui de services :

" 2° Marché public de travaux : le marché public ayant pour objet, soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe première de la présente Loi ou d'un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.
[…]
4° marché public de services : le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi.
Un marché public ayant pour objet à la fois des fournitures et des services visés à l'annexe II de la présente loi est considéré comme un marché public de services lorsque la valeur des services en question dépasse celle des fournitures incorporées dans le marché.
Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II de la présente loi et ne comportant des activités visées à l'annexe I^re^ de la présente loi qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services".

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que le marché a pour objet principal "l'abattage d'arbres d'alignement morts, malades ou blessés le long du réseau routier". Les prestations attendues des soumissionnaires sont, outre cet abattage, l'évacuation des déchets ainsi générés, l'arasement des souches et la mise en place des signalisations appropriées.

La consultation du métré annexé au cahier spécial des charges fait, par ailleurs, apparaitre que sur les cinq postes qui y sont mentionnés, deux sont relatifs à l'abattage d'arbres selon le périmètre (circonférence) du tronc (avec broyage des branches et en vue d'une évacuation), deux autres à l'essouchement selon le périmètre avec arasement et le dernier à la mise en site autorisé des arbres abattus. Aucun poste n'est consacré à la signalisation, qu'elle fût électrique ou non.

Au regard de ces premières données issues du cahier spécial des charges, le présent marché ne porte *a priori* pas sur des travaux de "creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, *etc*." ni d'"enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers", ainsi que le soutient la partie adverse. Il ne porte pas non plus sur "la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage" au sens de l'article 3, 2° de la loi du 15 juin 2006, précité.

À première vue, le fait que l'abattage se déroule à proximité de voies de communications ou d'immeubles n'en modifie pas la nature et l'on n'aperçoit pas en quoi cette circonstance suffirait à faire entrer cette activité dans l'une des catégories de travaux visées ci-dessus, pas plus que dans une autre catégorie de travaux d'ailleurs. En réalité, il n'est aucunement demandé à l'attributaire d'exécuter ou de concevoir et exécuter des activités visées à l'annexe première de la loi du 15 juin 2006 précitée, ni encore moins d'exécuter ou de concevoir et d'exécuter un quelconque ouvrage au sens de cette disposition.

La partie adverse ne peut, par ailleurs, pas être suivie en ce qu'elle semble tirer de cette absence de mention des prestations visées par le marché litigieux tant dans la liste des travaux énumérés à l'annexe première de la loi du 15 juin 2006 que dans celle des services repris à l'annexe deux de la même loi, la conclusion qu'il reviendrait au pouvoir adjudicateur de qualifier discrétionnairement le marché.

En effet, l'article 3, 2°, de la loi du 15 juin 2006 et l'annexe à laquelle il renvoie énumère de manière exhaustive les hypothèses dans lesquelles un marché peut être qualifié de marché de travaux. Dès lors que le 4° du même article indique qu'est un marché public de services "le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures", le marché qui ne peut être qualifié de marché de travaux ou de marché de fournitures est nécessairement un marché de services. La liste reprise à l'annexe deux B de la loi du 15 juin 2006, prévoit, à cet égard, une catégorie résiduaire, sous le titre "autres services", aucune rubrique équivalente n'étant prévue pour les travaux visés à l'annexe première.

Quant aux travaux relatifs à la signalisation à mettre en place, il ne peut être considéré, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, qu'il s'agirait, en l'espèce de l'objet principal du marché. Aucun élément du dossier, ni aucun des arguments développés par la partie adverse ne permettent sérieusement de considérer que l'objet principal du marché était la signalisation et le placement de dispositifs de sécurité, ceux-ci n'étant que l'accessoire des prestations de services relatives à "l'abattage d'arbres d'alignement morts, malades ou blessés le long du réseau routier". Le fait que la partie adverse ait attaché de l'importance à la qualité de la signalisation mise en place, voire même qu'elle ait entendu lui conférer un caractère essentiel, ainsi qu'elle le prétend, est sans incidence sur ce constat.

Il en résulte qu'à première vue, le marché litigieux n'est pas un marché de travaux, mais un marché de services de telle sorte que la partie adverse ne pouvait, ainsi qu'elle l'a fait, imposer comme critère de sélection que les soumissionnaires soient titulaires d'une agréation de catégorie C.

Le moyen unique est sérieux.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande de ne pas donner accès à son offre qu'elle dépose avec sa requête et de la soustraire des pièces consultables du dossier administratif.

La partie adverse sollicite, quant à elle, que la confidentialité des offres des autres soumissionnaires soit préservée.

La communication de ces pièces n'étant pas nécessaire à la solution du litige et pouvant être de nature à porter atteinte au secret des affaires, il y lieu, à ce stade de la procédure, de faire droit aux demandes des parties.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 7 février 2017 par la Région wallonne et attribuant le marché public de travaux relatif à l'abattage d'arbres morts ou malades dans le district d'Anderlues (D142-11), régi par le cahier spécial des charges n° 142-17A20, à la société anonyme KRINKELS est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 5 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 3 à 7 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

M.	Serge BODART,	conseiller d'État, président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Serge BODART.