CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

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

A R R ÊT

n^o^ 240.359 du 9 janvier 2018

A.223.888/VI-21.130

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

ayant élu domicile chez
M^es^ André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée LA SAMBRIENNE,

ayant élu domicile chez
M^es^ Gauthier ERVYN et
Elsa WAUTERS, avocats,
avenue de la Toison d'or 77
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 novembre 2017, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 6 novembre 2017 de la SCRL LA SAMBRIENNE, adoptée par son Conseil d'Administration, par laquelle l'offre de la requérante est rejetée, et par laquelle les lots 1 et 2 du «marché public de travaux ayant pour objet la rénovation de logements inoccupés» (marché PA 17003) sont attribués à la SA COMABAT".

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 novembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 décembre 2017 à 14 heures 30.

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

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. Michel PÂQUES, Conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M[es] Renaud SIMAR et Martin CHABOT, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M[es] Gauthier ERVYN et Elsa WAUTERS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M[me] Nathalie VAN LAER, Premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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

1. La S.C.R.L. LA SAMBRIENNE est une Société de Logements de Service Public de Charleroi et de Gerpinnes.

2. Par avis de marché publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, respectivement les 28 juin et 1[er] juillet 2017, la S.C.R.L. LA SAMBRIENNE lance un marché public de travaux ayant pour objet la rénovation de logements inoccupés.

L'avis de marché renseigne ce qui suit :

" Le marché consiste en la réalisation de travaux de maintenance du patrimoine du pouvoir 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.
Le marché «stock» ou «marché à bons de commande» est un marché dans lequel l'adjudicataire ne réalise pas l'ensemble des travaux en une fois, mais par prestations fractionnées sur base de bons de commandes successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée du marché. Les quantités qui seront commandées ne sont pas connues avec précision lors de la passation du marché. Il n'y a pas 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 des quantités garanties, le pouvoir adjudicateur estime confier mensuellement entre 10 et 30 logements à rénover par

lot. En vertu de ce nombre conséquent et des délais d'exécution fixés ci-dessous, l'adjudicataire devra disposer de ressources humaines suffisantes pour l'exécution du présent marché. En effet, certains logements de la 1ere commande ne seront pas terminés lors de la seconde commande et ainsi de suite, ce qui va engendrer un volume conséquent de logements à rénover et un besoin de mains d'œuvre important".

3. Ce marché public fait suite à un marché public en cours d'exécution qui avait été mis en concurrence en 2015 et s'intitulait : "marché stock de travaux de maintenance du patrimoine PA 14007". L'attributaire de ce marché de 2015 est la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED.

Un autre marché a été attribué en 2015 par la S.C.R.L. LA SAMBRIENNE à la requérante, intitulé "Marché public de travaux de rénovation électrique des logements inoccupés PA1500".

Dans ces deux marchés, les délais d'exécution des marchés constituaient des critères d'attribution.

4. Le mode de passation du nouveau marché public de travaux, lancé le 28 juin 2017, est "l'appel d'offres ouvert passé par accord-cadre" (avec un seul opérateur).

Ce marché est divisé en deux lots ayant pour objet des travaux de nature similaire, mais à réaliser dans deux zones géographiques distinctes :

" Lot 1 – Zone géographique 1 :
COUILLET, GILLY, JUMET, GOSSELIES, GOUTROUX, MARCINELLE, MONT SUR MARCHIENNE, MONTIGNIES SUR SAMBRE, RANSART

Lot 2 – Zone géographique 2 :
ACOZ, CHARLEROI, DAMPREMY, LODELINSART, MARCHIENNE AU PONT, MARCHIENNE DOCHERIE, MONCEAU SUR SAMBRE, MONTIGNY LE TILLEUL, ROUX".

Il est annoncé dans le cahier spécial des charges que le marché est soumis à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi qu'à ses arrêtés d'exécution dont l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

5. Le prix de chacun des deux lots est estimé par la partie adverse à 872.016,64 EUR HTVA. Hormis le lieu d'exécution, ces lots sont identiques.

6. Le document de marché prévoit que :

" Le soumissionnaire peut présenter une offre pour un ou pour plusieurs lots. Toutefois, il ne se verra attribuer qu'un seul des lots pour lesquels il a remis offre suivant l'ordre de préférence mentionné au formulaire d'engagement".

En application de l'article "I.10 Critères d'attribution", le marché est attribué au soumissionnaire qui remet l'offre la plus avantageuse, laquelle est déterminée sur base de deux critères d'attribution, à savoir :

- Premièrement, le prix (60 points sur 100)
- Et deuxièmement, les délais d'exécution (40 points sur 100).

7. Le dépôt des offres est fixé au 31 août 2017.

A la séance d'ouverture des offres, trois offres sont déposées, par les soumissionnaires suivants :

- La S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED, requérante;
- La S.A. M&M SITTY requérante dans l'affaire A.223.889/VI-21.131;
- La S.A. COMABAT.

L'offre de la requérante est déposée à la séance d'ouverture des offres par l'une de ses employées, M^{me} V. H., assistante deviseur.

La S.C.R.L. LA SAMBRIENNE note que cette personne apporte également l'offre d'un autre soumissionnaire, la S.A. M&M SITTY.

8. La S.A. COMABAT fait offre pour les deux lots du marché.

La S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED ne fait offre que pour le lot 1 du marché.

La S.A. M&M SITTY ne fait offre que pour le lot 2 du marché.

9. Le Comité de gestion de la S.C.R.L. LA SAMBRIENNE décide d'écarter l'offre déposée par la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED, de renoncer à l'attribution du lot 1 et d'attribuer le lot 2 au soumissionnaire COMABAT. Constatant toutefois que le Comité de gestion n'est pas statutairement compétent pour prendre une telle décision, le Conseil d'administration de LA SAMBRIENNE se réunit le 6 novembre 2017. Il annule la décision du Comité de gestion et décide d'écarter l'offre déposée par la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED, pour les motifs suivants :

" Considérant qu'en application de l'article 23 de l'AR du 15 juillet 2011, il est prévu que «par sa participation à une procédure de passation, le candidat ou le soumissionnaire déclare n'avoir pas agi en contradiction avec l'article 9 de la loi».

Considérant que l'article 9 de la loi du 15/06/2006 stipule : «Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les demandes de participation ou les offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente doivent être écartées».
Considérant que les sociétés HULLBRIDGE et M&M SITTY appartiennent à un même groupe industriel et ont certains administrateurs en commun.
Considérant que le dépôt des offres des sociétés HULLBRIDGE et M&M SITTY a été effectué entre les mains de LA SAMBRIENNE, simultanément et par la même personne physique.
Considérant que si ces éléments ne suffisent pas en soi à permettre de suspecter l'existence d'une entente, il s'avère qu'à la lecture des offres de ces deux soumissionnaires :

- Le prix global remis par ces deux soumissionnaires pour chacun des lots est exactement le même, à savoir 931.909,95 EUR TVAC;
- Les prix unitaires remis par ces deux soumissionnaires pour chacun des lots sont parfaitement identiques, et ce pour la totalité des postes des métrés récapitulatifs;
- Les délais d'exécution proposés par ces deux soumissionnaires pour chaque lot sont identiques
- Les documents suivants inclus dans les offres des deux soumissionnaires sont identiques tant sur le fond que sur la forme :
    - Métrés récapitulatifs
    - Liste des sous-traitants
    - Calcul du coût des mesures de sécurité-santé (PSS)
    - Remarque sur calcul du coût de sécurité.

Considérant ces éléments, le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments probants qui démontrent que ces deux soumissionnaires se sont rendus coupables d'une entente en vue de fausser la concurrence dans le cadre du présent marché.
Que la concurrence a non seulement été faussée en ce que ces deux soumissionnaires se sont entendus sur leurs prix et délais, mais également en ce qu'ils se sont répartis la soumission à chacun des deux lots du marchés, permettant ainsi de ne pas se faire concurrence entre eux et de s'offrir la meilleure opportunité de remporter chacun un lot.
Au vu de ces éléments, l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 commande que ces deux offres soient écartées du marché.
Considérant surabondamment, que le soumissionnaire HULLBRIDGE s'est rendu coupable de fautes grave professionnelles lors de précédents marchés attribués par LA SAMBRIENNE, lesquelles ne permettent pas que son offre soit admise dans le cadre du présent marché.
Qu'ainsi, HULLBRIDGE s'est rendu coupable de très importants retards (de plusieurs centaines de jours calendrier) dans l'exécution de deux marchés publics de LA SAMBRIENNE («marché public de travaux de rénovation électrique des logements inoccupés PA15001»; «marché stock de travaux de maintenance du patrimoine PA14007»).
Que ces retards ont été considérés par des procès-verbaux de manquement et ne sont pas sérieusement contestés, alors que les délais d'exécution de ces marchés constituaient des éléments essentiels de ces marchés faisant l'objet de critères d'attribution.
Que ces fautes graves ont entrainé l'application d'amendes de retard.
Que ces retards génèrent des dommages matériels et financiers importants dans le chef tant de LA SAMBRIENNE que de ses locataires, puisque les logements sociaux ne peuvent être mis à disposition des locataires dans les délais convenus.
Que de tels retards dans l'exécution de deux marchés publics de travaux précédents constituent des fautes graves professionnelles qui ne permettent pas à la S.A. HULLBRIDGE d'accéder au présent marché et justifient également l'écartement de son offre. Ce constat est renforcé par le fait que le présent marché constitue la suite de l'un des marchés ou des manquements graves ont été constatés".

10. Une décision d'écartement de la S.A. M&M SITTY est également prise.

11. Le Conseil d'administration décide aussi de renoncer à l'attribution du lot 1 du marché et attribue le lot 2 au soumissionnaire S.A. COMABAT.

12. Cette décision est notifiée par extrait à la requérante dans une lettre du 13 novembre 2017, par voie de courrier recommandé et par courriel.

13. Par une lettre recommandée du 14 novembre 2017, la requérante demande la communication des détails de la décision et une copie complète du rapport d'analyse des offres.

14. Par une lettre recommandée du 16 novembre 2017, la partie adverse répond que la communication du 13 novembre est conforme à l'article 8 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.

IV. Recevabilité de la demande

Le lot n° 1 du marché n'a pas été attribué. Il s'ensuit que la requête est sans objet en ce qu'elle conteste l'attribution du lot 1 à la S.A. COMABAT.

V. Le moyen d'office

V.1. Arguments de l'auditeur chargé de l'instruction de la demande

Le Premier auditeur chargé de l'instruction de la demande prend un moyen d'office du défaut d'application de la législation en vigueur *ratione temporis* :

en ce que l'autorité administrative a apprécié les offres au regard de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques,

alors que l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, pris sur la base de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dispose comme suit :

" Pour les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 132 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date",

que, en l'espèce, la publication de l'avis de marché a eu lieu au Bulletin des adjudications, le 28 juin 2017, et que la publication au Journal officiel de l'Union européenne a eu lieu le 1er juillet 2017,

que l'avis du marché litigieux devait être publié au Journal officiel de l'Union européenne et que la publication n'est complète que quand l'ensemble des formalités de publications ont été accomplies,

de sorte que la loi du 15 juin 2006 et l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'étaient pas applicables au marché litigieux et que la décision attaquée doit être considérée comme dépourvue de fondement légal,

et qu'il s'agit là d'un moyen d'ordre public qui peut, le cas échéant, être soulevé d'office.

A l'audience, le Premier auditeur rapporteur se réfère en outre à l'arrêt du Conseil d'État du 20 décembre 2017, S.A. SODRAEP, n° 240.252, où il est jugé que la publication n'est accomplie que lorsqu'elle a lieu au Journal officiel de l'Union européenne et que, dans une hypothèse similaire, le nouveau régime est applicable parce que la publication au Journal officiel de l'Union européenne a eu lieu le 1er juillet 2017, bien que la publication au Bulletin des adjudications ait eu lieu le 28 juin 2017.

V.2. Thèses des parties

A. La requérante

A l'audience, la requérante soutient que le moyen d'office doit être accueilli. Elle se prévaut de l'arrêt du Conseil d'État, précité, n° 240.252.

B. La partie adverse

A l'audience, la partie adverse soutient que l'article 29 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, texte en vigueur au moment de la décision de publier, ne fait qu'interdire la publication de l'avis de marché au Bulletin des adjudications avant l'envoi de cet avis

à l'Office des publications de l'Union européenne, si bien que la portée du texte est claire et que la publication est complète quand elle a lieu au Bulletin des adjudications et que cet avis a été envoyé au Journal officiel de l'Union européenne. Elle en conclut que l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques doit être lu de cette manière en ce qu'il se réfère à la publication à partir du 30 juin 2017 et qu'en l'espèce sont bien applicables la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle se réfère aussi au commentaire de l'article 131, précité, dans le Rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Elle ajoute que la date de publication de l'avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne ne peut être fixée avec précision par l'autorité adjudicatrice si bien que le retard de cette publication ne lui est pas imputable et qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir tenu compte d'événements postérieurs au 28 juin 2017, date à laquelle la publication a été demandée et faite au Bulletin des adjudications.

Elle précise que la publication est souverainement assurée par l'Office des publications de l'Union européenne qui est uniquement tenu à des délais maxima qui varient de cinq à dix jours en fonction des situations.

Elle juge que toute autre solution serait contraire à la sécurité juridique et porterait une entrave à la continuité du service public puisque l'administration serait tenue d'anticiper dans une mesure incertaine le délai de publication de l'avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne et de cesser d'agir au cours d'une période incertaine avant le 30 juin 2017.

V.3. Appréciation du Conseil d'État

Dans l'affaire jugée par l'arrêt du Conseil d'État du 20 décembre 2017, S.A. SODRAEP, n° 240.252, un moyen de la requérante critiquait explicitement l'application des anciennes dispositions législatives à un marché dont l'avis de publication avait eu lieu le 28 juin 2017 au Bulletin des adjudications et le 1er juillet 2017 au Journal officiel de l'Union européenne, "soit après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de la loi modifiée du 17 juin 2013".

En l'espèce, la requérante ne fait valoir aucun grief de cette nature dans un de ses moyens.

Le moyen soulevé d'office ne peut donc être examiné que si l'illégalité qu'il dénonce relève de l'ordre public.

Dans le domaine du droit administratif, sont des moyens d'ordre public ceux qui sont pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doit toujours être garantie au profit de la société dans son ensemble (C.E., 13 décembre 2012, BRULOOT, n° 221.734).

Le moyen d'office dénonce l'inapplicabilité *ratione temporis* à l'acte attaqué de la législation encore en vigueur lors de la décision de publier l'avis de marché, lors de la publication de cet avis au Bulletin des adjudications, le 28 juin 2017, et jusqu'à l'avant-veille de la publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne, le 1er juillet 2017, sans qu'il soit établi que le droit de l'Union excluait nécessairement que la publication au Journal officiel puisse avoir lieu avant le 30 juin 2017.

Cette erreur s'apparenterait à un vice dans les motifs de droit. Il n'est pas établi qu'une telle erreur, commise dans les circonstances de l'espèce, ébranlerait les fondements de l'ordre juridique au point qu'un moyen qui la dénonce doive être examiné d'office malgré le silence de la partie requérante à son sujet et l'obligation de principe qui lui incombe de formuler dans la requête tous les moyens qu'elle pouvait envisager de prendre avant la lecture du dossier administratif.

Prima facie, le moyen d'office ne peut être retenu.

VI. Le premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des dispositions du Cahier Spécial des Charges, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006, des articles 23 et 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux du droit administratif et plus

particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence".

A. La première branche

La requérante articule une première branche comme suit :

" En ce que

10. La SCRL LA SAMBRIENNE a rejeté l'offre de la SA HULLBRIDGE ASSOCIATED en raison d'une prétendue entente avec la SA M&M SITTY de nature à fausser la concurrence.

Alors que

11. L'entente des SA M&M SITTY et SA HULLBRIDGE ASSOCIATED n'était en rien prohibée au regard de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 et de l'article 23 de l'AR du 15 juillet 2011.

En effet, les dispositions précitées disposent :

- Article 9 de la loi : «Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les demandes de participation ou les offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente doivent être écartées. Si un tel acte, convention ou entente a abouti à la conclusion d'un marché public, le pouvoir adjudicateur applique les mesures prévues en cas de manquement aux clauses dudit marché, à moins qu'il n'en dispose autrement par décision motivée».
- Article 23 de l'AR : «Par sa participation à une procédure de passation, le candidat ou le soumissionnaire déclare n'avoir pas agi en contradiction avec l'article 9 de la loi».

12. Seules les ententes «de nature à fausser les conditions normales de la concurrence» sont dès lors prohibées par la réglementation.

Pour constituer une entente prohibée, un accord de volonté entre plusieurs parties indépendantes coordonnant leur comportement sur un marché doit donc porter atteinte au libre jeu de la concurrence (V. DOR, Les principes légaux. La loi du 15 juin 2006, Collection La commande publique, Kluwer, 2014, p. 37).

13. Or, en l'espèce, l'entente entre la SA HULLBRIDGE ASSOCIATED et la SA M&M SITTY n'avait pas pour objet d'orienter l'attribution du marché au profit de l'une ou l'autre.

En effet, les offres des SA HULLBRIDGE et SA M&M SITTY ne sont pas entrées en concurrence dès lors qu'elles concernent des lots différents.

Pour rappel, le lot est «la subdivision d'un marché susceptible d'être attribué séparément, en principe en vue d'une exécution distincte» (art. 3, 22° de la loi du 15 juin 2006).

Le lot est par ailleurs qualifié de «partie que le pouvoir adjudicateur a distingué à l'intérieur du marché, de manière à permettre le dépôt d'une offre ne portant éventuellement sur cette partie».

Il en résulte une «autonomie du lot» qui suppose que «chacun des lots mis en concurrence sera dès lors considéré comme un marché distinct pour son attribution».

Dans le même sens, l'article 36 de la loi du 15 juin 2006 prévoit qu'en cas de subdivision d'un marché en différents lots, «le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode», ce qui atteste encore de l'indépendance des lots lors de leur attribution.

La prétention du Pouvoir Adjudicateur selon laquelle «la concurrence a été faussée en ce que ces deux soumissionnaires se sont entendus sur leurs prix et délais» constitue dès lors une erreur manifeste d'appréciation.

14. En l'espèce, l'entente s'est limitée à la mise en commun des ressources dans l'élaboration des offres. Cette entente n'est pas en soi prohibée. Dès lors qu'elle n'a pas porté atteinte à la concurrence, cette pratique ne pouvait entrainer l'écartement de l'offre de la SA HULLBRIDGE ASSOCIATED.

15. De surcroit, le reproche fait à la SA M&M SITTY et à la SA HULLBRIDGE de s'être «répartis la soumission» relève du procès d'intention. Cette affirmation n'est démontrée par aucun élément.

Du reste, ce reproche n'est pas pertinent. A considérer qu'il soit établi, le choix opéré équivaudrait - au fond - à la situation où une entreprise unique dépose une offre pour les deux lots pour augmenter ses chances de succès.

Or, il s'agit d'une possibilité dont dispose tout soumissionnaire (art. 54 de l'AR du 15 juillet 2011) - d'ailleurs expressément reconnue par le Cahier des Charges (p. 9) - et non d'une obligation.

La SA COMABAT a d'ailleurs fait usage de cette possibilité sans que cela ne lui soit aucunement reproché : il y a là une rupture d'égalité manifeste.

Enfin, il y a fort à parier que si les SA HULLBRIDGE ASSOCIATED et la SA M&M SITTY avaient remis offre pour les deux lots, il aurait été - précisément - question d'une distorsion de concurrence.

16. Le premier moyen, en sa première branche, est donc sérieux".

B. La seconde branche

Elle articule une seconde branche comme suit :

" En ce que

17. La SCRL LA SAMBRIENNE se limite à affirmer que des éléments probants démontrent que les SA HULLBRIDGE ASSOCIATED et SA M&M SITTY se sont rendues coupables d'une entente en vue de fausser la concurrence dans le cadre du présent marché.

Alors que

18. La SCRL LA SAMBRIENNE s'abstient pourtant d'énoncer concrètement en quoi l'entente fausse la concurrence.

Il ressort en effet du rapport d'analyse des offres que la SCRL LA SAMBRIENNE

se limite à constater l'existence d'une entente, sans se soucier de la nature de celle-ci : aucun développement ne permet de comprendre pourquoi il aurait été porté atteinte au principe de concurrence.

La motivation est en conséquence insuffisante.

A cet égard, Votre Conseil a pu donner une définition du caractère suffisant de la motivation :
«faire apparaitre, de façon claire, et non équivoque, le raisonnement de l'autorité, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaitre les justifications de la mesure prise et à la juridiction d'exercer son contrôle».

Tel n'est pas le cas ici.

19. Le premier moyen, en sa deuxième branche, est donc sérieux".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Sur la première branche

L'article 9 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose comme suit :

" Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les demandes de participation ou les offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente doivent être écartées.
Si un tel acte, convention ou entente a abouti à la conclusion d'un marché public, le pouvoir adjudicateur applique les mesures prévues en cas de manquement aux clauses dudit marché, à moins qu'il n'en dispose autrement par décision motivée".

L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

" Art. 23. Par sa participation à une procédure de passation, le candidat ou le soumissionnaire déclare n'avoir pas agi en contradiction avec l'article 9 de la loi".

De l'article 9 de la loi du 15 juin 2006, précitée, ne découle aucune interdiction absolue pour des entreprises liées de prendre part à une même procédure sans que le pouvoir adjudicateur ne doive vérifier qu'une telle relation de dépendance a concrètement influencé leur comportement respectif dans cette procédure et donc pu fausser les conditions de la concurrence (C.E., 25 novembre 2014, N.V. MAES ELEKTRO, n° 229.325).

En l'espèce, il ressort de l'examen auquel a procédé la partie adverse que la S.A. M&M SITTY et la requérante se sont entendues sur les prix et les délais, ce qui suffit à constituer un comportement de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

En outre, les deux lots font partie du même marché et l'entente a aussi pour objet la répartition de ce marché entre les sociétés concernées, l'une soumissionnant pour le lot 1 et l'autre pour le lot 2. La possibilité légale qu'elles choisissent chacune de ne soumissionner que relativement à un lot n'est pas de nature à exclure l'entente quand ce choix est concerté. Une telle pratique est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence puisqu'elle tend à limiter le choix de l'autorité relativement à chacun des lots tant en ce qui concerne le nombre de concurrents que les conditions du marché.

En écartant l'offre de la requérante, la partie adverse ne viole pas les dispositions visées au moyen.

La première branche du moyen n'est pas sérieuse.

B. Sur la seconde branche

La décision de la partie adverse d'écarter l'offre de la requérante est motivée en la forme.

Cette décision contient notamment le motif suivant :

" Considérant ces éléments, le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments probants qui démontrent que ces deux soumissionnaires se sont rendus coupables d'une entente en vue de fausser la concurrence dans la cadre du présent marché.
Que la concurrence a non seulement été faussée en ce que ces deux soumissionnaires se sont entendus sur leurs prix et délais, mais également en ce qu'ils se sont répartis la soumission à chacun des deux lots du marchés, permettant ainsi de ne pas se faire concurrence entre eux et de s'offrir la meilleure opportunité de remporter chacun un lot".

Dans cette motivation, la partie adverse expose que la partie requérante a participé à une entente et que la concurrence a été faussée. La partie requérante peut ainsi connaître et comprendre les raisons pour lesquelles son offre est écartée.

La seconde branche du moyen n'est pas sérieuse.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Le deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un deuxième moyen de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'article 61 de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux du droit administratif et plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de proportionnalité, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence".

Elle observe que la S.C.R.L. LA SAMBRIENNE a rejeté son offre au motif "qu'elle s'est rendu coupable de fautes graves professionnelles lors de précédents marchés attribués par LA SAMBRIENNE (…) qu'ainsi, HULLBRIDGE s'est rendu coupable de très importants retards (de plusieurs centaines de jours calendrier) dans l'exécution de deux marchés publics de LA SAMBRIENNE (…)".

Elle soutient que la S.C.R.L. LA SAMBRIENNE n'établit pas la faute de la S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED concernant ces retards d'exécution et que, en toute hypothèse, elle n'a pas commis de faute grave.

Elle prétend que partie adverse a dès lors commis une erreur manifeste d'appréciation en faisant une application de l'article 61, § 2, 4° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, précité.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort de la motivation de l'acte attaqué que le motif critiqué au moyen est présenté par son auteur à titre surabondant.

Le premier motif, examiné au premier moyen, justifie en effet à lui seul le dispositif de l'acte attaqué.

Prima facie, le moyen ne peut être retenu.

VIII. Le troisième moyen

VIII.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un troisième moyen "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des dispositions du Cahier Spécial des Charges et plus particulièrement de l'article I.12, des principes généraux du droit administratif et plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence".

Elle articule le moyen comme suit :

" En ce que

33. La SCRL LA SAMBRIENNE a visiblement attribué les lots 1 et 2 du présent marché à un même soumissionnaire, à savoir la SA COMABAT. C'est du moins ce qui ressort de la lecture implicite et combinée du courrier d'information du 13 novembre 2017 et du rapport d'analyse des offres.

Alors que

34. Le Cahier Spécial des Charges dispose en page 9 que si tout soumissionnaire est libre de présenter une offre dans chacun des lots, seul un lot peut lui être attribué
Partant, la SCRL LA SAMBRIENNE a méconnu son Cahier des Charges (clause I.12). La requérante dispose d'un intérêt certain au moyen dès lors qu'elle pourrait, en cas de correction de l'acte attaqué, obtenir le lot 2 [lire : 1] attribué à la SA COMABAT".

A l'audience, la requérante se désiste de ce moyen.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il n'y a plus lieu d'examiner le moyen.

IX. Confidentialité

IX.1. Demandes des parties

La requérante précise que son offre est déposée à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État, conformément à l'article 87 de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Elle soutient que cette pièce doit être déclarée confidentielle de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises et que, à ce stade de la procédure, si le recours en suspension en extrême urgence est accueilli et que la partie adverse modifie les conditions du marché, une concurrence effective entre les différents soumissionnaires doit être garantie. Selon elle, il convient donc d'éviter que les offres des concurrents soient accessibles à l'un ou l'autre soumissionnaire, ce qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la concurrence dans le cadre de ce marché et de futurs marchés dans ce secteur d'activités.

La partie adverse dépose quant à elle à titre confidentiel les parties B) "Pièces confidentielles relatives au marché PA17003" (pièces B.1 à B.3) et C) "Pièces confidentielles relatives aux marchés PA14007 et PA15001" (pièces C.1 à C.10) du dossier administratif. Par ailleurs, par un courriel du 11 décembre 2017 adressé au Premier auditeur rapporteur, elle a transmis une copie de la décision attaquée dans laquelle les prix n'étaient pas occultés en précisant que cette pièce devait être tenue pour confidentielle (pièce B.4).

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

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

X. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse se borne à demander l'allocation des "dépens comme de droit".

Elle ne sollicite pas la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée

Article 2.

La pièce 6 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces B.1 à B.4 ainsi que C.1 à C.10 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le neuf janvier deux mille dix-huit par :

MM.	Michel PÂQUES,	conseiller d'État, président f.f.,
	Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Michel PÂQUES.