

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

A R R Ê T

n° 241.860 du 21 juin 2018

A.225.367/VI-21.256

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

ayant élu domicile chez
M^e Oliver ESCHWEILER, avocat,
rue du Méry 42
4130 Esneux,

contre :

la commune de Meix-Devant-Virton,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juin 2018, la société anonyme KRINKELS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la "décision prise le 9 mai 2018 [...] par le Collège communal de [...] Meix-Devant-Virton, en ce que, en son article 1^{er}, elle sélectionne le soumissionnaire ENTREPRISE LECOMTE, en son article 2, elle considère l'offre de l'ENTREPRISE LECOMTE, en son article 3, elle approuve le rapport d'examen des offres du 7 mai 2018 rédigé par l'auteur de projet IDELUX, en son article 5, elle attribue le marché « GEROUVILLE - PROJET D'ASSAINISSEMENT DU SITE DE REMBLAIS DE LUSE » à l'entreprise LECOMTE et CIE pour le montant contrôlé et corrigé de 167.628,19 € H.T.V.A. ou 202.830,11 € T.V.A.C. ".

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 juin 2018 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël TILMAN, *loco* M^e Oliver ESCHWEILER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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. Exposé des faits utiles

Le 8 février 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un projet d'assainissement du site de remblais de Luse pour la commune de Meix-devant-Virton. Ce marché de travaux est décrit comme comportant le nivellement et le profilage du terrain existant, l'apport et la mise en œuvre de terre végétale et les gazonnements et plantations. La procédure choisie est celle de la procédure négociée directe avec publication préalable. Le critère d'attribution est celui du prix. La date limitée de réception des offres est fixée au 9 mars 2018 à 11h.

L'annexe V du cahier spécial des charges précise en son point 4.1 :

- " Les entreprises doivent établir un plan particulier de sécurité répondant aux impératifs du présent Plan de Sécurité et de Santé (PSS). La transmission de ce PSS sera accompagnée obligatoirement d'une attestation de prise de connaissance de PSS de PS2, datée et signée. A la fin de leurs interventions elles participeront obligatoirement à l'établissement du Dossier pour les Interventions ultérieures, à l'initiative du coordinateur, elles remettront sur support papier et informatique toutes les informations demandées dans les délais impartis. Le plan de sécurité est enrichi et adapté par les entreprises au fur et à mesure du déroulement des travaux. Il sera mis à jour lors des réunions de coordination mensuelle et/ou à la fin des travaux. Il complétera le dossier As Built des entreprises et indépendants."

Sept offres, dont celle de la requérante et celle de la société anonyme

LECOMTE, ont été déposées.

Par un courrier daté du 28 mars 2018, le pouvoir adjudicateur a invité la société anonyme LECOMTE à lui faire parvenir les documents manquants suivant:

- " - La désignation de la décharge agréée dans laquelle les déchets du présent chantier seront évacués;
- La liste des sous-traitants;
- Pouvez-vous nous transmettre votre rapport annuel de sécurité qui comprendra :
 - ✓ Nom du conseiller en prévention,
 - ✓ Analyse des risques des postes de travail.
 - ✓ Moyen de prévention,
 - ✓ Relevé des accidents de l'année 2017,
 - ✓ Détail des formations actuelles et à venir".

Un courrier électronique du 10 avril 2018 précise que ces pièces doivent, compte tenu de la période de congé et pour assurer une concurrence loyale entre chaque soumissionnaire, être fournies pour le 16 avril 2018 à 12h00.

Par un courrier daté du 16 avril 2018, la société anonyme LECOMTE a répondu à cette demande comme suit :

- " Suite à votre courrier du 28 mars courant dont références reprises ci-dessus et au mail du 10 avril, nous vous faisons parvenir en annexe les informations et documents demandés, soit :
 - Certification VGA : Voir annexe déclaration de la Direction;
 - Décharge agréée / sous-traitant : lors de L'étude, nous avons opté pour l'offre de la société SUEZ qui annonce les sites de livraison suivants : Auvelais et Grimbergen.
 - Rapport annuel: le rapport annuel de sécurité de l'année 2017 étant en cours validation, nous transmettons celui de 2016 (voir document en annexe);
 - Nom du conseiller en prévention : Mme Céline LAMBRECHT (conseiller niveau II);
 - Analyse des risques : voir document joint;
 - Moyens de prévention : correspond aux pages 24 à 32 de l'offre;
 - Relevé des accidents 2017 : pas d'accident (voir document en annexe);
 - Détails des formations :
 - Formations réalisées en 2018 : polygone de l'eau (raccordements et réseaux), secourisme, signalisation, Journée construction, permis C
 - Formations 2019 : secourisme, pose de câbles électriques, renouvellement CAP chauffeur,...

D'autre part, à la relecture de notre soumission, nous avons remarqué qu'une erreur s'était glissée dans celle-ci. Nous vous demandons de considérer le nouveau bordereau joint à ce courrier qui annule et remplace le bordereau du 9 mars 2018".

Le rapport d'analyse des offres a conclu à la régularité de l'offre de la société anonyme LECOMTE au terme du raisonnement suivant:

"

- ✓ Désignation décharge agréée : document non fourni.
- ✓ Liste des sous-traitants non fournie.
- ✓ Attestation «système de gestion de la sécurité» non fournie.

Courrier a été transmis à cette entreprise en date du 28/03/2018 en lui réclamant les documents mentionnés ci-dessus, un délai supplémentaire a été octroyé par le pouvoir adjudicateur en date du 10/04/2018 en raison de la période de congé et afin d'assurer une concurrence loyale entre chaque soumissionnaire.

Réponse de l'entreprise en date du 16/04/2018 par courrier en fournissant les différents documents attendus.

De plus dans son courrier, l'entreprise nous signale qu'une erreur est présente dans son bordereau de prix daté du 09/03/2018. Nouveau bordereau est joint au courrier du 16/04/2018.

=> Total général de l'offre H. T. V.A. : 167. 628,19 Euros.

=> Total général de l'offre T. V. A.C. : 202. 830, 11 Euros".

En ce qui concerne le plan sécurité et de santé (ci-après PSS), le rapport d'analyse des offres renvoie au rapport du coordinateur sécurité santé. Celui-ci expose en ce qui concerne l'offre de la SA LECOMTE :

- " L'entreprise n'a pas remis le document de prise de connaissance du PSS. En même temps, une analyse de sécurité est présente dans le dossier, ainsi qu'une remise de prix pour les mesures de sécurité prévues. Il serait étonnant que l'entreprise ait pu rédiger ces documents sans avoir pris connaissance du PSS. Il s'agit dès lors sans doute d'un oubli. L'offre de l'entreprise répond aux attentes du coordinateur sécurité".

Au cours de sa séance du 9 mai 2018, le collège communal de Meix-devant-Virton a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme LECOMTE. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier daté du 22 mai 2018.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse des parties

La partie adverse observe que les statuts (publiés et coordonnés) de la requérante ne semblent pas avoir été déposés, au regard de l'inventaire des pièces de la partie requérante contrairement à ce que prévoit l'article 3, 4°, du Règlement général de procédure.

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Aux termes de l'article 3 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil

d'Etat:

- " La partie requérante joint à sa requête:
[...]
4° dans les cas où la partie requérante est une personne morale, une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur et, si cette personne morale n'est pas représentée par un avocat, de l'acte de désignation de ses organes ainsi que de la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice".

L'article 3bis, alinéa 1^{er}, 1°, du même arrêté énonce que la requête n'est pas enrôlée lorsque, émanant d'une personne morale, elle n'est pas accompagnée des documents énumérés à l'article 3, 4°. Ce même article 3bis dispose comme suit, en son deuxième alinéa:

- " En cas d'application de l'alinéa 1^{er}, le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause du non-enrôlement et l'invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours".

En vertu de l'article 8, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, ces dispositions sont applicables à la demande de suspension.

En l'espèce, il n'a pas été fait application de la disposition contenue au deuxième alinéa de l'article 3bis précité. Néanmoins, la requérante a, entretemps, produit ses statuts. Il serait d'un formalisme excessif de biffer l'affaire du rôle, d'inviter la requérante à déposer à nouveau les documents qui figurent finalement au dossier et de procéder à un nouvel enrôlement. La réglementation prévoit le principe de la régularisation, laquelle opère rétroactivement à la date d'introduction de la requête.

L'exception ne peut être retenue.

V. Troisième moyen

V.1. Thèses des parties

La requérante prend un troisième moyen de la violation de la Constitution, "notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fourniture et de services et de concessions, notamment en ses articles 4, 5, 29, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, des principes généraux du droit, et notamment du principe de la légalité des motifs, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche à la partie adverse d'avoir admis la modification apportée par la société anonyme LECOMTE dans le prix de son offre, "portant ce dernier de la somme de 119.973,16 € à celle de 167.628,19 € sans motiver la prise en considération de cette modification". Elle expose que l'"absence de motivation dans le rapport d'attribution ne permet pas de comprendre à quel titre la partie adverse a admis cette modification" et souligne que la partie adverse n'a nullement motivé le fait qu'elle n'ait pas interrogé la société anonyme LECOMTE quant à son prix apparemment anormalement bas alors que, comme développé dans l'exposé du deuxième moyen, elle avait l'obligation de l'interroger à cet égard.

La partie adverse expose que l'"opérateur économique ne doit pas motiver formellement pourquoi il fait évoluer son offre" puisqu'il s'agit de sa liberté économique et que le "pouvoir adjudicateur n'a pas à formuler une motivation à sa place". Elle estime qu'un pouvoir adjudicateur peut accepter une "proposition spontanée d'un soumissionnaire qui proposerait un prix différent de celui mentionné dans son offre, même à la hausse" et que cela "est de nature à rassurer le pouvoir adjudicateur et à diminuer le risque que ledit prix soit modifié en cours de modification [lire : exécution] du marché", ce que "la «nouvelle» réglementation ne permet plus que dans les conditions plus strictes des articles 38 et suivant des R.G.E.". Elle souligne que n'ayant "pas procédé à une proclamation des prix des compétiteurs au marché, tout risque de violation du droit de concurrence — en particulier, une augmentation du prix en connaissance du prix de la requérante, classée en deuxième position — est à écarter". Elle relève également qu'"aucune disposition n'impose au pouvoir adjudicateur de motiver les raisons pour lesquelles un opérateur économique décide de modifier son offre". Elle avance, pour le surplus, que la jurisprudence invoquée par la requérante ne peut être transposée au cas d'espèce puisque celle-ci ne concerne par une procédure permettant une négociation.

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Par un courrier daté du 28 mars 2018, le pouvoir adjudicateur a invité la société anonyme LECOMTE à lui faire parvenir des documents manquants.

Par un courrier daté du 16 avril 2018, la société anonyme LECOMTE a répondu à cette demande. Ce courrier indique également qu'une erreur s'était glissée dans sa soumission et transmet un nouveau bordereau de prix. La lecture de cette pièce et du nouveau bordereau de prix permet de comprendre que ce soumissionnaire souhaitait corriger une erreur contenue au poste 6 de son offre.

Il ressort de la décision attaquée et du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a, à tout le moins implicitement, accepté la correction qui lui était ainsi spontanément soumise par la société anonyme LECOMTE.

Dans sa note d'observations et à l'audience, la partie adverse expose, d'une part, que le soumissionnaire qui, dans l'exercice de sa liberté économique, décide de faire évoluer son offre ne doit pas motiver les raisons de cette évolution et, d'autre part, qu'aucune disposition n'impose au pouvoir adjudicateur de motiver les raisons pour lesquelles un opérateur économique décide de modifier son offre. Tel n'est, toutefois, pas la portée du moyen. Dans celui-ci, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir admis la modification apportée par la société anonyme LECOMTE sans motiver la prise en considération de cette modification et sans lui permettre, dès lors, de comprendre à quel titre cette modification avait été admise.

Or, la décision ne permet, en effet, pas de comprendre les motifs – de fait et de droit – sur lesquels la partie adverse s'est fondée pour admettre cette correction. Elle n'indique ainsi ni les circonstances de la découverte de l'erreur, ni le type d'erreur, ni le poste sur lequel elle portait, ni son incidence sur le prix, ni les raisons pour lesquelles l'erreur peut bien être qualifiée comme telle, ni les éléments d'appréciation dont le pouvoir adjudicateur a tenu compte, ni même la base juridique permettant au pouvoir adjudicateur de prendre en compte la correction.

Le troisième moyen est, dès lors, sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse explique que, dans l'hypothèse où l'un des moyens devrait être considéré comme sérieux, il y aurait lieu de pondérer les intérêts des parties en présence et s'en réfère à la sagesse du Conseil d'Etat sur ce point.

La partie adverse ne désigne pas concrètement les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VII. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Cette offre est contenue à la pièce 2 de ses annexes.

La partie adverse indique également qu'elle dépose les échanges entre les parties ainsi que les offres des compétiteurs au marché à titre confidentiel, contenus aux pièces 7 à 14 du dossier administratif, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises.

Dès lors que ces demandes de maintien de confidentialité n'ont pas été contestées et que la divulgation des pièces sur lesquelles elles portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

Les pièces portant les numéros 7 à 14 du dossier administratif ainsi que la pièce portant le numéro 2 annexée à la demande de suspension sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 9 mai 2018 par le collège communal de la commune de Meix-Devant-Virton et attribuant à la société anonyme LECOMTE le marché public de travaux relatif à un projet d'assainissement du site de remblais de Luse est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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.

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 vingt et un juin deux mille dix-huit par :

M^{mes} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.