

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.331 du 29 août 2019

A. 228.800/VI-21.555

En cause : **la société anonyme MELIN,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier JAUNIAUX et
Frédéric GAUCHE, avocats,
place de l'Hôtel de Ville 15-16
1300 Wavre,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Défense.

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX,**

ayant élu domicile chez
M^e Olivier HABRAN, avocat,
rue Defuisseaux 127
7333 Tertre.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 août 2019, la société anonyme MELIN demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision relative à l'attribution du lot 2 du marché public suivant (Cahier spécial des charges 19IS640) :

« Adjudication ouverte pour la conclusion, 2019 au 31 décembre 2020, d'un ou plusieurs (2 lots) accords-cadres travaux à bordereau de prix avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparations, d'adaptations restreintes à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaines militaires de la Défense,

Lot 1 : zone BEAUVECHAIN
Lot 2 : zone FLORENNES»".

II. Procédure

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6° et 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.

Par une ordonnance du 13 août 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 août 2019.

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

Par une requête introduite le 26 août 2019, la société privée à responsabilité limitée SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Frédéric GAUCHE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, le Capitaine Mathieu FONTAINE, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Valentine LIENARD, *loco* M^e Olivier HABRAN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier 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

1. Le 30 janvier 2019, un avis de marché de travaux relatif à "la conclusion, 2019 au 31 décembre 2020, d'un ou plusieurs (2 lots) accords-cadres travaux à bordereau de prix avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien" est publié au Bulletin des adjudications. Selon cet avis de marché, les travaux consistent en diverses prestations, dont l'entretien préventif ou correctif, les réparations générales, la construction, la reconstruction, le marquage routier, le remplissage de joints, ... Ils portent notamment sur les chemins, trottoirs, routes, parkings et pistes d'atterrissages.

Ce marché, dont le mode de passation retenu par la partie adverse est la procédure ouverte (le seul critère d'attribution étant le prix), est régi par un cahier spécial des charges référencé 19IS640. Celui-ci fait notamment apparaître les éléments suivants, particulièrement utiles pour l'examen de la présente demande de suspension:

- Sous le titre "6. Offres", point "n. Sous-traitance", est notamment précisé ce qui suit: "**1 niveau** de sous-traitance est autorisé, et ce sous la seule et entière responsabilité des soumissionnaires".
- Sous le titre "11. Cautionnement", il apparaît que, pour le lot 2, le montant du cautionnement est fixé provisoirement à 11.460,00 €, "c'est-à-dire 5 % du montant d'estimation annuel moyen du marché, hors TVA".
- Le point d du titre "5. Motifs d'exclusion et critères de sélection" contient notamment la précision suivante: "Le Pouvoir Adjudicateur veillera à ce que le montant des commandes partielles ne dépasse pas le seuil d'agrément de la classe 1 de 135.000 € (HTVA), sauf accord explicite du et commandé par le SD [lire "Service Dirigeant"]".
- Il ressort du titre "3. Le marché public", point g, que la durée de l'accord-cadre litigieux est limitée au 31 décembre 2020 et qu'après cette date, aucune nouvelle commande ne pourra être établie en exécution du contrat".

Le marché est structuré en deux lots, selon que les travaux concernent la zone de Beauvechain (lot 1) ou celle de Florennes (lot 2).

2. Le 18 mars 2019, lors de la séance d'ouverture des offres, trois offres sont reçues pour le lot 2 (zone de Florennes), à savoir celle de la société privée à responsabilité limitée SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX, celle de la société anonyme LAMBRY ainsi que celle de la requérante.

Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, les montants de chaque offre se présentent comme suit :

- s.a. MELIN: 1.186.444,50 €;
- s.a. ENTREPRISES LAMBRY: 1.862.050,50 €;
- s.p.r.l. SOCIETE EUROPEENNE DE TRAVAUX: 1.407.680,02 €.

S'agissant de la SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX, ce même procès-verbal indique que le montant auquel elle a fait offre pour le lot 1 est de 1.376.518,89 €.

3. Le 13 juin 2019, le rapport d'attribution est établi par l'officier acheteur et visé favorablement par le chef de section, le colonel administrateur militaire DE MEYERE. Ce rapport propose l'attribution du lot 2 à la SOCIETE EUROPEENNE DE TRAVAUX.

Prenant appui sur ce rapport d'attribution (établi en langue néerlandaise), la note d'observations présente comme suit les rectifications opérées par les services de la partie adverse et qui amènent celle-ci à établir le classement final des offres, duquel il ressort que la SOCIETE EUROPEENNE DE TRAVAUX a remis l'offre économiquement la plus avantageuse :

" En ce qui concerne le lot 2, les trois soumissionnaires sont sélectionnés et leurs offres sont déclarées régulières. Néanmoins, l'officier acheteur procède à des corrections diverses d'erreurs arithmétiques et d'erreurs purement matérielles (pièce 7, p. 6).

Suite à ces corrections, les offres sont rectifiées comme suit :

Société Européenne de Travaux SPRL	1.407.680,02 € (*) + (***) Rectifié à 1.137.618,92 €
Les entreprises Melin SA	1.186.444,50 €
Lambry SA	1.862.250,50 €(*) + (**) Rectifié à 1.575.800,00 €

(*) l'évaluation se fait sur le montant total du bordereau de prix/tableau d'évaluation hors TVA

(**) erreur dans le calcul du sous-total (coefficient de pondération x prix unitaire) constatée dans le bordereau de prix/tableau d'évaluation pour les postes 1.9.3, 3.2.3.4., 3.2.4.4., 3.3.1.3., 3.3.4.1. et 3.3.5.1.

(***) lors de la soumission électronique (e-tendering), les montants du lot 1 et 2 ont été inversés

Le pouvoir adjudicateur procède ensuite à l'adaptation de l'offre de la S.A. Lambry en y intégrant les postes oubliés (pièce 7, p. 5).

Suite à ces corrections, les offres sont rectifiées comme suit :

Société Européenne de Travaux SPRL	1.137.618,92 €
Les entreprises Melin SA	1.186.444,50 €
Lambry SA	1.575.800,00 € Rectifié à 1.577.559,50 €

Le pouvoir adjudicateur établit, dans un troisième temps, le classement après comparaison (pièce 7, p. 8).

Société Européenne de Travaux SPRL	1.137.618,92 €
Les entreprises Melin SA	1.186.444,50 €
Lambry SA	1.577.559,50 €

Le rapport conclut que la S.P.R.L. Société Européenne de Travaux a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et propose dès lors d'attribuer le marché à ce soumissionnaire.

Le rapport est ensuite visé favorablement par les échelons hiérarchiques".

4. Le 19 juin 2019, le Général-major d'aviation ROELANDTS, Chef de la Division Marchés Publics de la Direction générale Material Resources, décide d'attribuer le marché à la SOCIETE EUROPEENNE DE TRAVAUX qui a introduit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse.

Il s'agit de l'acte attaqué dans le présent recours.

5. Le 8 juillet 2019, l'acte attaqué est communiqué par envoi recommandé aux trois soumissionnaires. Il l'est également par courriel, à l'attributaire du marché litigieux, le 5 juillet 2019, selon ce que permet de constater la pièce 11 du dossier administratif.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 26 août 2019, la société privée à responsabilité limitée SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX, 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. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un premier moyen, qu'elle expose comme suit:

- " 1. Moyen pris en violation de l'article 4, 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 73 et 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; du principe de bonne administration et d'obligation de motivation matérielle, de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation et d'un excès de pouvoir;

La partie adverse, en l'acte attaqué, ne vérifie guère si, sur base des informations reprises aux formulaires d'offres des soumissionnaires quant à la partie du marché qu'ils entendent sous-traiter et quant à l'identité de leurs sous-traitants (rubrique 6 de l'annexe Ann A/App1b), la limitation prévue au cahier des charges à un seul niveau de sous-traitance est respectée.

S'il est exact que cette exigence paraît au point 6 «Offre» du CSCh, il semble constant qu'il s'agit d'une exigence qui devait être reprise sous le point 5 «motifs d'exclusion et critères de sélection».

La partie adverse a, partant, méconnu le prescrit de l'article 4, 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions au regard de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 et des articles 73 et 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le moyen d'annulation à faire valoir est sérieux et il se justifie partant d'ordonner la suspension de l'acte attaqué".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Au vu de la réponse au moyen apportée dans la note d'observations et corroborée par les pièces de la procédure, il apparaît que le défaut de vérification reproché à la partie adverse n'est, *prima facie*, pas établi.

Par ailleurs, la requérante n'indique pas le principe ou la disposition que méconnaîtrait la partie adverse en mentionnant l'exigence de limitation à un seul niveau de sous-traitance au point 6 "Offre" du cahier spécial des charges, au lieu du point 5 "Motifs d'exclusion et critères de sélection". Elle ne fait pas davantage apparaître – et le Conseil d'État n'aperçoit pas au terme de la présente procédure en extrême urgence – en quoi cette manière de procéder ainsi reprochée à la partie adverse lui causerait grief.

Enfin, la requérante semble dénoncer – en invoquant une violation de l'article 4, 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, lue en combinaison avec d'autres dispositions – une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle qu'impose cette disposition à la partie adverse, sans toutefois exposer en quoi cette obligation aurait été méconnue.

Au vu des réponses qu'appellent ainsi les différents griefs sur lesquels repose le moyen, celui-ci ne peut être déclaré sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, qu'elle expose comme suit :

" 2. Moyen pris en violation des articles 4, 16, 19, 43 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 7 § 5 et 70 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991; du principe de bonne administration, de la commission par la partie adverse d'un excès de pouvoir et d'une erreur manifeste d'appréciation;

1. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 exige que les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée.

Son article 16 impose que le montant du marché soit estimé, l'article 7 § 5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précisant que «pour les accords-cadres (...), la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée (...) de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre».

L'article 70 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 stipule :

§ 1^{er}. Dans le cas d'un marché de travaux, lorsque (...) les travaux objet du marché ne peuvent être exécutés que par des opérateurs économiques qui (...) sont agréés à cet effet (...) l'avis de marché ou, à défaut, les documents du marché, mentionnent l'agrément requis conformément à la loi précitée et à ses arrêtés d'exécution (...).

L'article 3 de la loi du 20 mars 1991 tel que modifié le 17 juin 2016 précise :

« Les marchés et les concessions de travaux visés à l'article 2, dont la valeur estimée dépasse un montant fixé par arrêté royal ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de la conclusion du marché ou de la concession :

1° soit sont agréés à cet effet;

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci.

Les marchés et les concessions de travaux visés à l'article 2 dont la valeur estimée ne dépasse pas le montant visé à l'alinéa 1^{er} ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de la conclusion, remplissent les conditions prévues à l'article 4, § 1^{er}, 1°, 4° et 7°, de la présente loi.»

L'article 3 § 4 de l'Arrêté Royal dispose quant à lui que «la classe d'agrément exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver».

2. Il est constant que la partie adverse n'a, en l'espèce, procédé à aucune estimation du marché litigieux.

Il est vrai que lorsque le marché porte sur un accord-cadre, cette absence d'évaluation n'a *a priori* – mais sous les réserves exprimées ci-après - guère de conséquence pratique sur l'agrément requis dans le chef des soumissionnaires.

La question de l'agrément s'apprécie, dans le cadre de l'exécution d'un contrat-cadre, au regard de la valeur des marchés subséquents passés en exécution de celui-ci :

« Dans le cas d'un (...) accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant

et des caractéristiques de chacun des marchés particuliers, qu'il convient d'apprécier les respects des dispositions légales et réglementaires en matière d'agrément. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il conviendra de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agrément requis.» (C.E., arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015).

3. Ces principes étant rappelés, il faut constater que le cahier des charges témoigne en l'espèce de la volonté de la partie adverse de confier à l'adjudicataire des marchés subséquents en veillant «à ce que le montant des commandes partielles ne dépasse pas le seuil d'agrément de la classe 1 de 135.000,00 € (HTVA), sauf accord explicite du et commandé par le service dirigeant».

De la sorte, la partie adverse :

- affiche son intention, lorsqu'il s'agira d'attribuer les marchés subséquents, d'apprécier la condition d'agrément de l'adjudicataire au regard de la seule condition de la valeur du marché subséquent considéré (article 3 § 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991), sans égard à la condition du montant total des travaux réalisés simultanément par l'adjudicataire (article 3 § 3 de l'arrêté royal : 682.000,00 €);
- fait état de ce que le service dirigeant pourra décider de ne pas respecter, lors de l'attribution des marchés subséquents, les conditions d'agrément.

4. La requérante peut invoquer les irrégularités qui entachent le cahier des charges dans le cadre du présent recours :

« Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges» (C.E. n° 152.173 du 2 décembre 2005);

« Il convient de distinguer la recevabilité *ratione temporis* du recours qui est directement dirigé contre le cahier des charges et la possibilité, nonobstant l'absence d'un tel recours, d'invoquer encore de manière recevable les irrégularités qui entacheraient le cahier des charges dans le cadre d'un recours contre des décisions ultérieures intervenant dans la procédure d'attribution (...).» (C.E. n° 222.357 du 1^{er} février 2013).

5. La partie adverse commet un abus de pouvoir ou à tout le moins une erreur manifeste d'appréciation par rapport aux dispositions légales précitées qui s'en trouve dès lors violées lorsqu'elle estime pouvoir, dans le cadre de la procédure d'attribution des marchés subséquents, se satisfaire du fait de veiller à ce que les commandes partielles ne dépassent pas un montant de 135.000,00 €.

La partie adverse méconnaît les dispositions légales précitées et commet un abus de pouvoir manifeste lorsqu'elle estime qu'un accord explicite de son service dirigeant permettrait de déroger aux conditions d'agrément lors de la passation des marchés subséquents.

6. Rien n'est prévu, dans les textes légaux et réglementaires ou dans les documents d'adjudication, pour assurer la communication à la concluyente des conditions dans lesquelles les marchés subséquents seront attribués.

Comme le confirment au contraire les dispositions du Cahier Spécial des Charges, la requérante ne dispose et ne disposera d'aucun moyen pour s'informer autrement de ces conditions d'attribution des marchés subséquents.

Elle ignore où ces travaux sont susceptibles d'être réalisés, la partie adverse déclarant qu'ils sont à réaliser notamment en la base aérienne de FLORENNES... à laquelle la requérante n'a nullement accès.

Elle se voit et se verra, partant, privée de toute possibilité d'invoquer l'irrégularité de l'attribution des marchés subséquents ou d'invoquer par devant les Tribunaux de l'ordre judiciaire l'application de l'article 17, 3° de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit pourtant :

« À la demande de toute personne intéressée, l'instance de recours déclare dépourvu d'effet un marché ou une concession conclu dans chacun des cas suivants (...) :

3° lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu un marché sur la base d'un accord-cadre sans que toutes les conditions soient fixées dans cet accord-cadre»

7. Appliqué à l'adjudication d'un accord-cadre, le respect du principe général de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 s'analyse tant au regard des conditions d'attribution de l'accord-cadre que des possibilités concrètes pour les soumissionnaires non retenus de vérifier la régularité des conditions dans lesquelles sont passés les marchés subséquents.

En l'espèce, ces possibilités sont inexistantes.

8. Il échet, à la lumière de ce qui précède, de suspendre la décision querellée en exécution de laquelle la partie adverse elle-même annonce qu'elle s'autorise à violer les dispositions légales relatives à l'agrément des entrepreneurs.

Le moyen est sérieux".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture du moyen, celui-ci doit être compris comme formulant quatre griefs, à savoir que la partie adverse n'a procédé à aucune estimation du marché litigieux (point 2 de l'exposé du moyen); qu'elle s'est réservée, par une disposition du cahier spécial des charges, la possibilité "de ne pas respecter, lors de l'attribution des marchés subséquents, les conditions d'agrément" (point 3); qu'elle commet une erreur manifeste d'appréciation et/ou un abus de pouvoir (manifeste) "lorsqu'elle estime pouvoir, dans le cadre de la procédure d'attribution des marchés subséquents, se satisfaire du fait de veiller à ce que les commandes partielles ne dépassent pas un montant de 135.000,00 €" et "lorsqu'elle estime qu'un accord explicite de son service dirigeant permettrait de déroger aux conditions d'agrément lors de la passation des marchés subséquents" (point 5) et que "[r]ien n'est prévu, dans les textes légaux et réglementaires ou dans les documents d'adjudication, pour assurer la communication à la concluante des conditions dans lesquelles les marchés subséquents seront attribués" (points 6 et 7).

Au vu de la disposition du cahier des charges qui fixe le montant du cautionnement que l'attributaire du marché sera tenu de constituer et précise que ce montant représente 5 % de la valeur du marché, il ne peut être sérieusement soutenu que la partie adverse n'a procédé à aucune estimation du marché litigieux.

Le cahier spécial des charges de l'accord-cadre litigieux comprend une disposition aux termes de laquelle "Le pouvoir adjudicateur veillera à ce que le montant des commandes partielles ne dépasse pas le seuil d'agrément de la classe 1 de 135.000,00 € (HTVA), sauf accord explicite du et commandé par le service dirigeant". Le moyen revient à soutenir que cette disposition – plus particulièrement au travers de la réserve "sauf accord explicite du et commandé par le service dirigeant" - serait entachée d'illégalité. La requérante n'a toutefois indiqué, ni dans sa requête ni en termes de plaidoiries, comment – à la supposer établie – cette illégalité lui aurait, en tant que telle, causé grief dans le cadre de la procédure d'attribution de cet accord-cadre. Dans ces circonstances, elle n'établit, *prima facie*, pas son intérêt au moyen, en tant que celui-ci formule ce grief.

Le moyen qui, en son point 5, dénonce une erreur manifeste d'appréciation et/ou un abus de pouvoir (manifeste) s'en tient à cette affirmation, sans toutefois indiquer en quoi la disposition contestée du cahier spécial des charges méconnaîtrait l'un (ou plusieurs) des principes et dispositions visés, particulièrement les dispositions passées en revue au point 1.

Quant au grief du défaut de transparence des conditions d'attribution des marchés subséquents, le moyen – en tant qu'il paraît dénoncer une lacune des "textes légaux et réglementaires" – ne vise pas les normes supérieures que ces textes méconnaîtraient et n'indique *a fortiori* pas en quoi elles seraient méconnues. Il n'est pas plus précis en tant qu'il met en cause les "documents d'adjudication", sauf à considérer – à la lecture du point 7 de l'exposé du moyen – que serait dénoncée une illégalité de ces documents au regard de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Si le grief doit être compris en ce sens, force est de constater au terme d'un examen effectué en extrême urgence que, tel qu'est exposé en termes de requête et précisé au cours des plaidoiries, il ne révèle pas une illégalité manifeste autorisant à déclarer le moyen sérieux en tant qu'il formule ce grief.

Au vu des réponses qu'appellent ainsi les différents griefs formulés par le moyen, celui-ci ne peut être déclaré sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un troisième moyen, qu'elle expose comme suit :

- " 3. Moyen pris en violation des articles 4, 16, 19, 43 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 7 § 5 et 70 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991; du principe de bonne administration, de la commission par la partie adverse d'un excès de pouvoir et d'une erreur manifeste d'appréciation;

1. Il est pour le moins surprenant que dans le cadre de la passation d'un marché «accord-cadre» d'une telle importance et d'une telle nature (des travaux dans des bases aériennes militaires), qu'elle s'est abstenue d'évaluer dans les documents d'adjudication, la partie adverse n'ait fixé dans le cahier des charges aucune exigence particulière quant aux capacités «ressources en hommes et en matériel» des soumissionnaires.

La requérante ignore les informations reprises à ce niveau dans l'offre de la Société de Travaux Européenne de Travaux.

Il est tout aussi interpellant que la durée de l'accord-cadre soit limitée au «31 décembre 2020» mais que, par le truchement de l'article 42 § 1^{er}, 2° de la loi du 17 juin 2016 qui autorise l'attribution de «nouveaux travaux consistant dans la répétition de travaux similaires (...) dans les trois ans après la conclusion du marché initial», la partie adverse se soit cru fondée à préciser dans l'avis de marché du 30 janvier 2019 que la durée du marché est de 48 mois, pouvant faire l'objet d'une reconduction une fois pour maximum un an (point II.2.7 de l'avis de marché du 30 janvier 2019).

2. Face à un accord-cadre dont la suspension est demandée, il appartient au Conseil d'État de vérifier si ce dernier est susceptible d'avoir un quelconque effet utile :

« Il convient, toutefois, de vérifier également au stade de l'attribution de l'accord-cadre si celui-ci pourra bien avoir un effet utile ou, en d'autres termes, si les marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre. Cette vérification implique de contrôler si on peut raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposera de l'agrégation requise lors de l'attribution des marchés particuliers.» (C.E., arrêt n° 230.653 du 25 mars 2015).

En l'espèce, on ne peut raisonnablement pas considérer que l'adjudicataire retenu pourra «exécuter» l'accord-cadre au moyen de sa classe d'agrégation et des moyens dont il dispose.

La Société Européenne de Travaux SPRL ne dispose que d'un seul employé, comme en témoigne son bilan social déposé en même temps que ses derniers comptes annuels publiés [...].

Elle ne présente, à l'actif «immobilisations corporelles» de ces derniers comptes annuels publiés, des «installations, machines et outillage», qu'à concurrence de 833,00 € (outre un «mobilier et matériel roulant» d'une valeur de 27.719,00 €).

Son siège social – elle ne dispose d'aucun autre siège d'exploitation - est situé dans une maison type «unifamiliale» [...].

Comment, en de telles circonstances, considérer raisonnablement qu'elle pourrait-être en mesure de réaliser, dans le délai imparti (aucune nouvelle commande après le 31 décembre 2020 : CSCh, page 8), pour 1.163.371,92 € de travaux (le montant de son offre pour le lot 2), sans que ne soient violés les conditions de son agréation et l'imposition visée au Cahier Spécial des Charges de ne recourir qu'à un seul niveau de sous-traitance.

Le Conseil d'État examinera, dans le cadre de cette analyse et sur base du dossier administratif complet, l'utilité de l'accord-cadre au regard de ce qui précède et des indications données dans l'offre de la Société de Travaux Européens quant à la part des travaux qu'elle a précisé vouloir exécuter elle-même et, pour les sous-traitants qu'elle a éventuellement renseignés, les capacités de ceux-ci à réaliser les parts de marchés que le soumissionnaire a précisé avoir l'intention de leur confier.

Le moyen est assurément sérieux et justifie que la décision querellée soit suspendue dans le cadre de la présente procédure".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Tel qu'exposé en termes de requête, le moyen doit être compris en ce sens qu'il critique tant la définition des conditions du marché (la requérante reprochant à la partie adverse de n'avoir fixé aucune exigence particulière quant aux capacités "ressources en hommes et en matériel" des soumissionnaires et se déclarant interpellée par les prescriptions des documents du marché se rapportant à la durée de l'accord-cadre) que leur mise en œuvre (mettant en cause l'aptitude de l'intervenante à exécuter l'accord-cadre).

En s'abstenant de fixer l'exigence de capacité évoquée par le moyen, la partie adverse a implicitement, mais certainement, considéré – à la faveur du pouvoir d'appréciation qu'elle exerce dans la fixation des conditions de sélection – que, pour évaluer utilement la capacité technique des soumissionnaires, elle ne devait pas compléter l'indication "générale" de capacité donnée par l'agréation dans une catégorie déterminée de travaux, par un (ou plusieurs) autre(s) critère(s) de sélection. Le moyen n'expose pas comment, en procédant de la sorte, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante se déclare, par ailleurs, interpellée (au point 1, *in fine*, de l'exposé de son moyen) par les modalités de fixation de la durée de l'accord-cadre, sans toutefois formuler la moindre critique de légalité à l'égard des dispositions des documents du marché relatives à cette durée et à la possibilité de reconduction.

Le moyen met, par ailleurs, en cause, l'aptitude de l'intervenante à exécuter l'accord-cadre "au moyen de sa classe d'agrération et des moyens dont [elle] dispose".

S'agissant de la classe d'agrération dont dispose l'intervenante, il n'est pas contesté qu'elle correspond à celle qu'exigeaient les documents du marché, sans d'ailleurs que ceux-ci soient critiqués par la requérante en tant qu'ils ont retenu cette classe d'agrération.

Pour ce qui concerne la critique des moyens d'exécution de l'accord-cadre dont disposerait l'intervenante et qui seraient insuffisants, il s'impose de relever ce qui suit : outre que le moyen n'entreprend pas, en termes de requête, de démontrer comment la partie adverse aurait commis quelque erreur d'appréciation, la requérante fait état d'éléments que le Conseil d'État ne pourrait prendre en considération sans substituer son appréciation à celle de la partie adverse. Elle invite, par ailleurs (au point 2, *in fine*, de l'exposé du moyen) le Conseil d'État à procéder à un examen qui ne relève pas de son pouvoir dans le cadre du présent recours.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un quatrième moyen, qu'elle expose comme suit:

- " 4. Moyen pris en violation des articles 4, 16, 19, 43, 81 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La partie adverse retient comme montant de l'offre de la Société Européenne de Travaux pour le lot 2 non pas le prix indiqué dans sa soumission, mais le prix que cette dernière a indiqué pour le lot 1.

Elle procède à cette interversion en considérant qu'il ne s'agirait que d'une erreur purement matérielle à corriger en application de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, commise lors de la soumission électronique.

Remplacer le prix offert pour un lot déterminé par le prix offert pour un autre lot ne paraît pas ressortir de la correction d'une erreur matérielle au sens des dispositions légales précitées, étant entendu qu'il conviendra de vérifier au dossier administratif si l'erreur invoquée est une simple erreur d'encodage d'un seul chiffre, ou si l'erreur commise par l'adjudicataire est plus générale dans la description qu'elle fait des lots en son offre.

Le moyen est sérieux".

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'examen effectué en extrême urgence fait apparaître – particulièrement à la lecture de l'offre de l'intervenante, versée au dossier administratif et à laquelle la requérante n'a pu avoir accès – que la partie adverse n'a, *prima facie*, pas violé les dispositions visées au moyen en procédant aux rectifications qui lui sont reprochées par celui-ci. En particulier, elle ne paraît pas avoir méconnu la notion d'"erreur purement matérielle" qu'il lui était permis de rectifier en vertu de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Dans ces circonstances, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

Dès lors qu'aucun des quatre moyens n'est déclaré sérieux, la demande de suspension doit être rejetée sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

IX. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des trois offres déposées dans le cadre du présent marché. L'intervenante formule la même demande.

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.

X. Indemnité de procédure

L'intervenante demande que lui soit accordée – à la charge de la requérante – une indemnité de procédure fixée à 700 euros.

Il ressort de l'article 30/1, § 2, alinéa 4, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qu'une partie intervenante ne peut bénéficier de cette indemnité de procédure.

La demande de l'intervenante doit, en conséquence, être rejetée.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les trois offres déposées dans le cadre du présent marché sont à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention. Sa demande d'indemnité de procédure est rejetée.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le vingt-neuf août deux mille dix-neuf par :

David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Samy DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

S. DJERBOU.

D. DE ROY.