

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.059 du 3 juillet 2018

A.220.914/VI-20.919

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

ayant élu domicile chez
M^{es} France GUERENNE et
Kevin POLET, avocats,
chemin du Stocquoy 1
1300 Wavre,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
HAUTE SENNE LOGEMENT,**

ayant élu domicile chez
M^e Pierre TACHENION, avocat,
place du Parc 7
7000 Mons.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 décembre 2016, la société anonyme FALCO demande, d'une part, la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, et, d'autre part, l'annulation de "la décision du conseil d'administration de la s.c.r.l. Haute Senne Logement du 26 octobre 2016 d'attribuer le lot n° 2 intitulé «Façades & divers» du marché public de travaux relatif à la «rénovation de logements (PiVert 2) sur 6 sites en 5 lots» à la s.a. Hullbridge".

II. Procédure

Un arrêt n° 236.937 du 27 décembre 2016 a rejeté la demande de suspension. Il a été notifié aux parties.

La partie requérante a demandé la poursuite de la procédure le 26 janvier 2017.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 19 février 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 mars 2018 à 10 heures.

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. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Kevin POLET, avocat, comparaisant pour la partie requérante et M^e Sébastien DOCQUIER, *loco* M^e Pierre TACHENION, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur, 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. Résumé des faits utiles

Le 16 décembre 2015, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'approuver les conditions, le montant et le mode passation (adjudication ouverte) d'un marché de travaux relatif à la "rénovation de logements (Pivert 2) sur 6 sites en 5 lots".

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 2 mai 2016. Aux termes de ce document, les offres devaient parvenir à la partie adverse au plus tard le 9 juin 2016 à 10h00.

Tant l'avis de marché que les clauses administratives du cahier spécial des charges (article 3.2) mentionnent, en ce qui concerne la sélection qualitative, que pour l'appréciation des capacités financière et technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises :

" Une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre trois fois le montant de son offre".

En ce qui concerne le lot n° 2 "Façades & divers", trois soumissionnaires ont déposé une offre :

- la société HULLBRIDGE ASSOCIATED pour un montant de 990.155,31 euros HTVA;
- la société THERET & FILS pour un montant de 1.036.223,10 euros HTVA;
- la requérante pour un montant de 956.779,50 euros HTVA.

Un rapport d'attribution a été rédigé par l'auteur de projet, la société privée à responsabilité limitée AXI(h)ome, le 25 août 2016.

Le 31 août 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé, notamment, d'approuver le rapport d'examen des offres du 25 août 2016 rédigé par l'auteur de projet, de considérer ce rapport d'examen des offres comme faisant partie de la délibération et d'attribuer le lot n° 2 du marché à la société FALCO pour le montant d'offre contrôlé de 1.018.923,27 euros TVAC.

Cette décision prévoit également ce qui suit :

" de transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle".

Par un courriel du 14 septembre 2016, un agent de la direction des marchés publics et droit immobilier de la Société wallonne du Logement a demandé à la partie adverse de lui faire parvenir dans les plus brefs délais la dernière version du cahier spécial des charges, en précisant que, dans l'attente de ce complément, le délai

imparti à l'autorité de tutelle par l'article 164 du Code wallon du Logement était suspendu. Le document en cause a été transmis à l'autorité de tutelle le 15 septembre.

Par un courriel du 19 septembre 2016, le même agent de la Société wallonne du Logement a fait savoir à la partie adverse que les différents lots devaient faire l'objet d'une analyse complémentaire et que dans l'attente du "complément", le délai de traitement prévu à l'article 164 du Code précité est suspendu. En ce qui concerne le lot n° 2, ce courriel indique ce qui suit:

" Lot 2: au niveau de la sélection qualitative, le CSC et l'avis de marché requièrent une attestation d'assurance risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels devant atteindre 3 fois le montant de l'offre. Le seul fait que le document soit présent dans l'offre ne suffit pas, il faut l'analyser.
Or, il est constaté que l'assurance remise par Falco ne couvre que les dommages corporels et matériels. Les dommages immatériels ne semblent pas couverts.
Il convient alors d'interroger la compagnie d'assurances afin de savoir si ce dommage est couvert ou non. Attention à ne pas demander de nouvelles attestations faute de quoi, il s'agit d'une régularisation.
Il convient également de vérifier si la garantie minimale atteint 3 fois le montant des offres de chaque soumissionnaire ou non.
Si non, la sélection qualitative n'est pas remplie.
[...]".

Par un courrier du 28 septembre 2016, l'auteur de projet a demandé à la requérante de fournir, au plus tard pour le 11 octobre 2016, la confirmation que les dommages immatériels étaient bien couverts par sa compagnie d'assurance, en précisant qu'il ne fallait pas "demander de nouvelles attestations faute de quoi, il s'agirait d'une régularisation de l'offre".

Par un courriel du 4 octobre 2016, la requérante a transmis à l'auteur de projet la réponse de sa compagnie d'assurances.

Lors de l'audience du 21 décembre 2016 sur la demande de suspension, la requérante a produit une attestation de sa compagnie d'assurances, datée du 4 octobre 2016, qu'elle aurait transmise en temps utile à la partie adverse et qui mentionne ce qui suit:

" Les garanties (par événement) de la police sont fixées comme suit :
[...] Risques en cours d'exploitation : [...]
Dommages corporels et matériels confondus y compris dommages immatériels consécutifs : 2.500.000 EUR".

Un rapport d'analyse et de révision du dossier eu égard aux exigences en matière d'assurance est rédigé par l'auteur de projet. Ce rapport fait apparaître d'abord que toutes les offres – à l'exception de celle d'AES – sont sélectionnées et que les offres des sociétés BEKAERT, MOSABOIS, HULLBRIDGE ASSOCIATED, ENVISYS, FLABELEC, SOTRELCO, TROIANI, GAUME, CFA, THERET & FILS, PALUMBO, PIERRET, JACOBS et FALCO "seront intégrées au classement", "ceci sous condition que le montant d'assurance garanti soit au moins égal à trois fois le montant du ou des lots qui leur seront attribués". Après avoir constaté que, pour le lot n° 2, l'offre de la société FALCO est classée première à la suite de la comparaison des offres, ce rapport propose d'attribuer ledit lot au soumissionnaire HULLBRIDGE ASSOCIATED en exposant ce qui suit :

- " Toutefois, concernant le lot 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer [sic] au soumissionnaire suivant : Hullbridge. Le classement du lot 2 est donc modifié comme suit :
- Lot 2 : Façades et divers :
 - 1 : Hullbridge
 - 2 : Theret
- Pour tous les autres lots, l'entreprise classée en première position répond bien aux demandes de l'assurance".

Par une délibération du 26 octobre 2016, le conseil d'administration de la partie adverse, faisant sien le rapport d'analyse et de révision du dossier, a décidé d'attribuer le lot n° 2 du marché litigieux au soumissionnaire HULLBRIDGE ASSOCIATED pour le montant de 1.049.280,61 euros TVAC.

Cette décision constitue l'acte attaqué dans le présent recours.

Le 21 novembre 2016, la partie adverse a été informée par l'autorité de tutelle de ce que, notamment pour le lot n° 2, la décision d'attribution à la société HULLBRIDGE était avalisée.

Par un courrier recommandé envoyé le 25 novembre 2016, la partie adverse a informé la partie requérante de ce que le lot n° 2 du marché avait été attribué le 26 octobre 2016 à la société HULLBRIDGE ASSOCIATED. En annexe à ce courrier étaient jointes les deux décisions prises par le conseil d'administration les 31 août et 26 octobre 2016.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

A. La requête

La requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des articles 4 et 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; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs; des principes de bonne administration et, plus particulièrement, du devoir de minutie et de l'obligation de motivation matérielle; de l'erreur dans les motifs; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

En une première branche, elle fait grief à la décision attaquée de viser, selon ses termes, à "modifier" la décision du 31 août 2016 attribuant le lot litigieux à la requérante alors que la décision attaquée n'expose pas les raisons qui ont poussé la partie adverse à procéder de la sorte.

Après avoir souligné que la partie adverse a communiqué sa décision d'attribution du 31 août 2016 ainsi que l'acte attaqué par un courrier du 24 novembre 2016, la requérante fait part de sa perplexité quant au fait que la partie adverse a attendu plusieurs mois avant de lui communiquer sa première décision d'attribution, étant donné que l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, impose au pouvoir adjudicateur de communiquer sa décision motivée aux soumissionnaires évincés et retenus "dès qu'il l'a prise".

Plus fondamentalement, la requérante marque son étonnement quant à l'objet de la décision attaquée. Elle relève que si cet objet est désigné dans ledit acte comme étant une "modification", il s'agit en réalité du retrait de la décision du 31 août 2016. Or, poursuit la requérante, la partie adverse ne pouvait procéder au retrait de sa première décision sans s'en expliquer, le retrait d'un acte administratif étant lui-même un acte administratif devant, notamment, être formellement et adéquatement motivé.

Se référant notamment à un arrêt n° 166.758 du 16 janvier 2007, la requérante fait valoir que la décision attaquée ne contient aucun motif relatif à la décision de la partie adverse de retirer sa décision d'attribution du 31 août 2016 et s'avère donc illégale.

En une seconde branche, la requérante relève que l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que "les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants [...]" et reproche à la partie adverse d'avoir confondu les phases de sélection des soumissionnaires et d'examen des offres.

À cet égard, elle soutient que les motifs de l'acte attaqué sont contradictoires. Elle constate qu'à la page 4 de la décision il est indiqué, s'agissant de la sélection qualitative, que "toutes les offres, sauf celles d'AES sont considérées comme complètes et sont donc sélectionnées", tandis qu'à la page 6, on peut lire: "En conclusion, seules les offres suivantes seront intégrées au classement : Bekaert – Mosabois – Hullbridge [...] – Falco", ce qui permet de comprendre que l'offre de la requérante a été non seulement sélectionnée mais aussi comparée avec les autres au regard du critère d'attribution du prix. Toutefois, souligne la requérante, à la page 7, sous le point 6 intitulé "Classement final", l'acte attaqué indique: "concernant le lot n° 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer au soumissionnaire suivant: Hullbridge [...]". La requérante estime que le raisonnement de la partie adverse n'est pas cohérent: elle ne peut pas, dans un premier temps, décider de comparer son offre avec les autres et, dans un second temps, "la rejeter", cela d'autant plus qu'elle a explicitement rejeté l'offre de la société AES au stade de la sélection qualitative.

Selon la requérante, dès lors qu'elle a décidé de sélectionner son offre et, ensuite, de la comparer avec les offres des autres soumissionnaires, la partie adverse n'avait d'autre choix que de lui attribuer le lot litigieux dès lors qu'elle était le soumissionnaire ayant déposé l'offre la plus basse. La requérante soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'en outre, elle a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

B. Le mémoire en réplique

Sur les deux branches réunies, la partie requérante expose qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif, elle estime nécessaire d'étayer son argumentation en soutenant que la Société wallonne du Logement a irrégulièrement exercé sa tutelle d'approbation, ce qui emporte, selon elle, des conséquences sur la régularité de la motivation de l'acte attaqué en ce qu'il retire la première décision d'attribution. Après avoir souligné que ce retrait s'analyse comme un revirement d'attitude et qu'il aurait donc dû faire l'objet d'une motivation formelle renforcée, elle relève que le dossier administratif, plus précisément les pièces n^{os} 5 et 6 de celui-ci, montre que c'est l'intervention de l'autorité de tutelle qui a permis à la partie adverse de se rendre compte de la prétendue irrégularité en cause. Or, soutient la requérante, "l'intervention de la Société wallonne du Logement n'a pas été effectuée par la personne compétente en vertu de l'article 107, 3^o, du Code wallon du Logement qui prévoit que le directeur général et le directeur général adjoint exercent la tutelle sur les sociétés de logement de service public à propos notamment des actes visés à l'article 164 du même Code, soit la tutelle d'approbation". La requérante constate que l'auteur du courriel du 19 septembre 2016 n'est ni le directeur général ni le directeur général adjoint et qu'il convient de constater l'irrégularité de l'intervention de la Société wallonne du Logement dans la présente affaire. Il s'ensuit, selon elle, que, conformément à l'article 159 de la Constitution, il y a lieu d'écarter les pièces 5 et 6 du dossier de pièces et de considérer que la Société wallonne "n'a jamais valablement donné son approbation en sa qualité d'autorité de tutelle, de sorte que la première décision d'attribution est devenue exécutoire après 30 jours, comme le prévoit l'article 164 du Code wallon du logement" et "qu'en l'absence de l'intervention de la Société wallonne du Logement, la partie adverse ne justifie pas à suffisance son revirement d'attitude ou, en d'autres termes, ce qui l'a mené[e] à constater après plusieurs mois l'irrégularité qu'elle allègue dans l'acte attaqué".

Par ailleurs, la requérante expose à nouveau l'argumentation figurant dans sa requête et soutient que la partie adverse n'a pas respecté les conditions découlant de la théorie du retrait d'acte. Elle rappelle que la décision d'attribution du 31 août 2016 lui a été transmise par un courrier du 24 novembre 2016, alors que, selon elle, en application de l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée, la partie adverse aurait dû lui communiquer la décision d'attribution du 31 août 2016 sans attendre l'intervention de l'autorité de tutelle.

Elle ajoute que "le retrait des actes administratifs individuels est un principe d'ordre public" et qu'il revient au Conseil d'État de contrôler d'office que la partie adverse a valablement retiré sa première décision d'attribution par le biais de l'acte attaqué.

Par ailleurs, elle fait valoir que les motifs de l'acte attaqué sont contradictoires, dès lors qu'il en ressort que, dans un premier temps, la partie adverse a décidé de comparer son offre avec celle des autres soumissionnaires et, dans un second temps, l'a rejetée. Elle soutient que la partie adverse n'avait d'autre choix que d'attribuer le lot litigieux au soumissionnaire qui a déposé l'offre la plus basse, soit elle-même, et qu'en décidant autrement, elle a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

C. Le dernier mémoire

Dans son dernier mémoire, la requérante expose que si le délai imparti à l'autorité de tutelle a commencé à courir le 15 septembre 2016, date à laquelle lui est parvenu le cahier spécial des charges à la suite du courriel du 14 septembre qui s'analyse comme une demande d'information, en revanche le courriel du 19 septembre "contient une analyse juridique de la première décision d'attribution" et constitue "une décision de tutelle constatant des irrégularités". Elle soutient qu'au lieu de suspendre le délai de traitement, la Société wallonne du Logement aurait dû suspendre la décision d'attribution, et ce d'autant plus que le délai de trente jours avait commencé à courir. Elle persiste à soutenir que la Société wallonne du Logement n'a jamais valablement exercé son pouvoir de tutelle et qu'en l'absence d'une intervention régulière de celle-ci, la partie adverse ne justifie pas à suffisance son revirement d'attitude.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

La décision de l'acte attaqué a pour objet d'attribuer le lot n° 2 du marché litigieux à la société HULLBRIDGE ASSOCIATED qui était classée en deuxième position, soit après la requérante. Elle est motivée comme suit:

" Toutefois, concernant le lot 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer [sic] au soumissionnaire suivant Hullbridge. Le classement du lot 2 est donc modifié comme suit:

Lot 2: Façades et divers:

1: Hullbridge

2: Theret.

Pour tous les autres lots, l'entreprise classée en première position répond bien aux demandes de l'assurance".

Si l'acte attaqué peut être interprété comme tendant également à retirer, fût-ce implicitement, la décision initiale d'attribution du marché litigieux, prise le 31 août 2016, le motif précité permet de comprendre que le vice dont était entachée la décision initiale d'attribution, et qui justifie que la partie adverse ait procédé au retrait de celle-ci, était l'attribution du marché à un soumissionnaire qui ne satisfaisait pas à l'une des exigences édictées par les documents du marché en vue de la sélection qualitative des soumissionnaires.

En ce qu'il fait grief à l'acte attaqué de ne contenir "aucun motif concernant la décision de la partie adverse de retirer sa décision d'attribution du 31 août 2016", le moyen n'est pas fondé.

Il est constant que c'est à la suite de l'examen effectué par la Société wallonne du Logement que l'auteur de projet a invité la requérante à obtenir de sa compagnie d'assurances la confirmation que les dommages immatériels sont bien couverts. Si l'intervention de l'autorité de tutelle a amené le pouvoir adjudicateur à procéder à un nouvel examen et à retirer implicitement sa décision du 31 août 2016, il s'agit d'un fait, dont l'existence est indépendante de la question de savoir si ledit courrier émanait de la personne compétente pour exercer la tutelle. Ce fait est certes à l'origine du nouvel examen auquel a procédé la partie adverse, mais il ne constitue pas le motif sur lequel se fonde la décision attaquée. À supposer que le courriel du 19 septembre 2016 de la direction des marchés publics et droit immobilier de la Société wallonne du Logement n'ait pas été envoyé par la personne compétente, en vertu de l'article 107, 3°, du Code wallon du Logement, pour exercer la tutelle administrative, une telle circonstance serait sans incidence sur la légalité du motif fondant la décision du 26 octobre 2016, y compris en ce que celle-ci retire implicitement la décision du 31 août 2016. Par ailleurs, même s'il fallait considérer que, en raison de l'irrégularité de l'intervention de l'autorité de tutelle, cette dernière décision n'aurait plus été susceptible d'annulation par la Société wallonne du Logement, il n'en résulterait pas que le pouvoir adjudicateur ne pouvait plus la retirer. En effet, l'expiration du délai imparti à l'autorité de tutelle pour suspendre ou annuler un acte ne confère pas à celui-ci le caractère définitif qui en empêche le retrait. Or, non seulement, il n'apparaît pas que la décision du 31 août 2016 ait été notifiée, mais même si elle l'avait été, elle n'aurait pas encore acquis un caractère définitif à la date

du 26 octobre 2016, de sorte que la décision attaquée ne peut s'analyser comme portant retrait implicite d'un acte définitif.

En affirmant pour le surplus, dans son mémoire en réplique, qu'il revient au Conseil d'État "de contrôler d'office que la partie adverse a valablement retiré sa première décision par le biais de l'acte attaqué", la requérante n'indique pas en quoi les règles relatives à la légalité du retrait auraient, selon elle, été violées. À cet égard, le moyen est irrecevable. La circonstance qu'il s'agit de règles d'ordre public s'avère indifférente, un moyen, fût-il d'ordre public, devant indiquer en quoi les règles dont la violation est alléguée auraient été violées.

En sa première branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B. Quant à la seconde branche

En sa seconde branche, le moyen repose sur deux griefs dénonçant une contradiction entre les motifs de l'acte attaqué, d'une part, et l'incohérence dont aurait fait preuve la partie adverse, d'autre part.

S'agissant de la contradiction entre les motifs de l'acte attaqué, à supposer qu'elle puisse être vérifiée, on n'aperçoit pas en quoi elle aurait pu faire grief à la requérante, dès lors, d'une part, que le motif évoqué en réponse à la première branche du moyen lui permet de comprendre la raison pour laquelle le lot n° 2 ne lui a pas été attribué et, d'autre part, qu'elle ne conteste nullement qu'elle ne répondait pas à l'exigence relative au montant de la garantie minimale de son assurance des risques professionnels. En cette seconde branche, le moyen est donc irrecevable à défaut d'intérêt.

En outre, et à ne pas s'en tenir à ce seul constat, les motifs que la requérante présente comme contradictoires ne peuvent être dissociés de l'ensemble du rapport d'analyse duquel ils sont extraits. Sans doute est-il relevé, dans un premier temps, que toutes les offres, à l'exception de celle d'AES, sont sélectionnées et que celle de la requérante – parmi d'autres qui sont identifiées – sera intégrée au classement, pour constater ensuite que la requérante ne satisfaisait pas à une exigence édictée en vue de la sélection qualitative. Il ne peut toutefois être perdu de vue que l'intégration des soumissionnaires au classement est expressément subordonnée à la "condition que le montant d'assurance garanti soit au moins égal à trois fois le montant du ou des lots qui leur seront attribués". Vérification faite, l'auteur de projet constate

que la requérante ne satisfait pas à cette exigence et que le marché ne peut lui être attribué. Ainsi lus dans l'ensemble du rapport d'analyse des offres sur lequel prend appui l'acte attaqué, les motifs visés par la requérante ne sont pas contradictoires.

S'agissant du grief d'incohérence du raisonnement de la partie adverse, il repose sur une approche de la procédure d'attribution du marché litigieux selon laquelle la partie adverse, qui aurait pris une première décision de sélection de la requérante et, "ensuite", une deuxième ayant pour objet de comparer son offre à celles des autres soumissionnaires, n'avait d'autre choix que de décider d'attribuer le lot litigieux à la requérante qui avait déposé l'offre la plus basse. Ce faisant, la requérante raisonne comme si la partie adverse avait adopté plusieurs décisions portant successivement sur la sélection qualitative, la comparaison des offres et, finalement, l'éviction de la requérante.

Tel n'est toutefois pas le cas. Quel que soit, en effet, l'ordonnancement des constatations, appréciations et conclusions dont l'auteur de projet rend compte dans son rapport d'analyse, et même s'il apparaît que la partie adverse s'approprie la teneur de ce rapport, il n'en reste pas moins qu'en adoptant l'acte attaqué, elle n'a exercé son pouvoir décisionnel qu'une seule fois à l'égard de la requérante, en décidant que celle-ci ne pouvait être sélectionnée. En tant qu'il reproche à la partie adverse d'avoir fait preuve d'incohérence au fil des décisions successives qu'elle aurait adoptées, le moyen repose sur une approche inexacte du processus décisionnel ayant abouti à l'adoption de l'acte attaqué.

En sa seconde branche, le premier moyen ne peut être retenu.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de "l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir".

Elle fait valoir que les deux administrateurs représentant la commune d'Ecaussinnes n'étaient pas présents le jour où la décision attaquée a été prise alors que l'article 23 des statuts de la partie adverse indique que son conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si "la représentation majoritaire des représentants des pouvoirs locaux est assurée". Elle souligne que la compétence d'une autorité

collégiale impose qu'elle soit valablement composée lorsqu'elle statue. Après avoir cité les articles 22 et 23 des statuts de la partie adverse et énuméré l'appartenance de chacun des administrateurs du conseil d'administration de la partie adverse, elle fait valoir que si l'article 23 est certes une disposition peu claire, elle doit être interprétée en ce sens que "la représentation majoritaire doit être assurée pour au sein de chaque commune [*sic*], sauf à considérer que le conseil d'administration de la partie adverse puisse valablement statuer sans que tous les pouvoirs locaux le composant soient représentés, ce qui ne se pourrait".

Elle soutient que, la commune d'Ecaussinnes "n'ayant pas pu prendre part à la délibération, la représentation majoritaire des représentants au sein des pouvoirs locaux n'est donc pas assurée" et qu'il y donc lieu de considérer que la partie adverse n'était pas compétente pour adopter l'acte attaqué, d'autant plus que l'objet du marché est la rénovation de logements dont 17 se trouvent sur le territoire de la commune d'Ecaussinnes. Elle ajoute qu'il incombe en tout état de cause à la partie adverse d'apporter la preuve de sa compétence.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 23 des statuts de la partie adverse est libellé comme suit:

- " Le Conseil ne délibère valablement que si:
- la moitié au moins de ses membres est présente ou représentée
 - la représentation majoritaire des représentants des pouvoirs locaux est assurée".

Cette disposition impose, d'une part, un *quorum* de présence et, d'autre part, que, parmi les administrateurs présents ou représentés, les représentants des pouvoirs locaux soient majoritaires. Elle n'appelle pas l'interprétation que la requérante lui donne au soutien de son moyen.

À la lecture du procès-verbal de la séance du conseil d'administration de la partie adverse au cours de laquelle a été adopté l'acte attaqué et de la composition de ce conseil d'administration, telle que s'y réfère la requérante elle-même, il n'est pas contestable qu'il a été satisfait aux exigences édictées par l'article 23 des statuts précités.

Le deuxième moyen n'est pas fondé.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

A. La requête

La requérante prend un troisième moyen de "la violation des articles 5, 20, 21 et 22 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des articles 58, 59 et 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des principes généraux du droit et de bonne administration, plus particulièrement, de l'obligation de motivation matérielle, du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de concurrence, du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, du principe de non-discrimination et du principe transparence; de l'erreur dans les motifs; de l'erreur de manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle fait grief à l'article 3.2 des clauses administratives du cahier spécial des charges de prévoir, afin d'apprécier la capacité financière et économique des soumissionnaires, l'obligation de déposer une "copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre 3 fois le montant de son offre" alors que, selon elle, les exigences minimales des critères de sélection qualitative doivent être proportionnelles avec l'importance du marché.

Après avoir rappelé la teneur de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, précité, elle fait valoir qu'il en résulte que le niveau de capacité exigé doit être dans un lien proportionnel avec la nature, la complexité et l'importance du marché et qu'un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas retenir un niveau d'exigence particulièrement élevé sans rapport avec la nature et la valeur du marché.

Elle souligne également que le niveau d'exigence exigé ne peut pas non plus avoir pour effet de fausser la procédure dès lors que par l'utilisation d'un niveau déterminé le pouvoir adjudicateur pourrait viser une entreprise particulière en vue, soit de l'écarter, soit de le sélectionner, au mépris des autres, de sorte que la

motivation d'un niveau d'exigence peut donc s'avérer cruciale.

Elle expose qu'en l'espèce, "l'exigence de produire une attestation d'assurance professionnelle dont la garantie minimale par sinistre tous dommages confondus doit atteindre 3 fois le montant de l'offre de la requérante – soit 1.018.903,27 € – est manifestement disproportionnée", étant rappelé que "le montant estimé du marché (tous lots confondus) est de 3.669.927,67 €". Selon la requérante, le niveau particulièrement élevé de cette exigence est sans rapport avec la nature et la valeur du marché et ne se justifie ni au regard du montant de l'offre de la requérante ainsi que de celle des autres soumissionnaires concernés pour le lot n° 2, ni au regard de la nature et la valeur du marché.

Elle souligne que la Cour de justice de l'Union européenne "a considéré comme excessive l'exigence au rang de la capacité économique et financière d'un chiffre d'affaires pour des prestations identiques durant les trois dernières d'au moins le triple du montant du marché considéré. Elle estime que l'on peut également se référer à la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE qui prévoit que les montants exigés ne peuvent être supérieurs au double de la valeur estimée du marché. Elle se réfère à cet égard au point 83 du préambule de ladite directive, qui précise ce qui suit:

" Les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics. Il conviendrait que toute exigence de cet ordre soit liée et proportionnée à l'objet du marché. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être autorisés à exiger que les opérateurs économiques aient un chiffre d'affaires minimum qui serait disproportionné par rapport à l'objet du marché ; en règle générale, le montant exigé ne devrait pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché".

Elle cite ensuite l'article 58.3. de la directive qui dispose comme suit:

" En ce qui concerne la capacité économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou le rapport individuel visé à l'article 84.

Le ratio, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères de cette prise en compte dans les documents de marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires".

Elle estime que, même si elle n'était pas applicable à l'acte attaqué, cette directive, transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016, fait néanmoins application de la jurisprudence déjà en vigueur et s'avère transposable au cas d'espèce, donnant tout au moins une ligne directrice de ce que l'on peut entendre par "en lien avec l'objet du marché" et le critère de proportionnalité qui y est lié. Elle en déduit qu'il a été jugé qu'une exigence liée au chiffre d'affaires devant s'élever au triple de la valeur du marché était disproportionnée et que, de même, la directive 2014/24/UE donne comme ligne de conduite le double du marché considéré s'agissant de fixer un chiffre d'affaires minimal. Selon elle, l'exigence s'élevant au triple du montant de son offre est manifestement disproportionnée et ne se justifie pas au regard de la nature et de la valeur du lot concerné.

La requérante fait également valoir que l'article 58, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des soumissionnaires qu'ils répondent à des exigences minimales pour chaque lot qui les concerne vu que chaque lot peut être attribué séparément. Elle n'aperçoit pas pourquoi la partie adverse n'a pas eu recours à cette possibilité et estime que, pour cette raison, elle a également commis une erreur manifeste d'appréciation dès lors que, outre son caractère disproportionné, cette exigence minimale a pour effet de restreindre drastiquement le jeu de la concurrence et ce, de manière injustifiée.

Par ailleurs, elle relève que la motivation de l'acte attaqué indique qu' "il a été constaté que même si les soumissionnaires avaient remis une attestation d'assurance, celle-ci n'était pas toujours conforme à ce qui était demandé [...]" et que l'auteur de projet l'a interrogée sur l'un de ces aspects. Elle fait valoir que si, en vertu de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse n'avait pas l'obligation de l'interroger sur "la garantie minimale qui doit atteindre au moins trois fois le montant de l'offre", il conviendrait de vérifier qu'elle n'a pas interrogé d'autres soumissionnaires sur cette question. Elle soutient que si tel était le cas, il y aurait lieu de conclure que la partie adverse a violé le principe d'égalité de traitement entre les

soumissionnaires. En effet, poursuit-elle, si la partie adverse n'a pas l'obligation d'interroger les soumissionnaires, lorsqu'elle décide toutefois de le faire, elle doit les inviter à compléter ou à expliciter les renseignements et documents présentés dans le cadre de la sélection qualitative de la même manière, le respect du principe d'égalité lui imposant d'offrir à tous les soumissionnaires les mêmes chances de s'expliquer.

B. Le mémoire en réplique

En réplique, la requérante expose à nouveau l'argumentation contenue dans la requête, en la précisant notamment à la suite de la consultation du dossier administratif.

Elle insiste sur le fait que le montant exigé de la garantie, à savoir trois fois le montant de l'offre, soit 3.056.708,81 euros se rapproche de la valeur estimée du marché tous lots confondus, soit 3.669.927,67 euros. Elle estime que le niveau particulièrement élevé d'une telle exigence est sans rapport avec la nature et la valeur du lot n° 2, dont la valeur a été estimée par la partie adverse à 1.036.444,63 euros.

Elle relève que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse n'explique pas la raison pour laquelle elle n'a pas eu recours à la possibilité offerte par l'article 58, 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 d'exiger des soumissionnaires qu'ils répondent à des exigences minimales pour chaque lot les concernant puisque chaque lot peut être attribué séparément. Elle ajoute que la partie adverse ne démontre en rien l'existence d'un lien proportionnel avec la nature, la complexité et l'importance du lot concerné. Elle affirme aussi qu'elle n'a jamais rencontré une exigence aussi élevée, qu'il ne s'agit pas d'une pratique courante et que la partie adverse a d'ailleurs dû interroger 11 entrepreneurs sur 19 pour s'assurer de la conformité de leurs documents d'assurance. Elle souligne qu'il n'est pas aisé d'obtenir l'intervention d'une compagnie d'assurances pour des montants disproportionnés et que l'exigence minimale en cause a bien pour effet de réduire drastiquement, et de manière injustifiée, le jeu de la concurrence.

S'agissant du courrier envoyé en septembre 2016 à 11 soumissionnaires, parmi lesquels la requérante, celle-ci fait valoir qu'elle a déploré, lors de l'audience sur la demande de suspension, que le dossier administratif ne comprît pas les courriers communiqués aux autres soumissionnaires. Elle souligne que l'arrêt n° 236.937 du 27 décembre 2016 a relevé que le dossier ne faisait pas apparaître que d'autres soumissionnaires auraient été interrogés à propos de cette même question, et que la

situation n'a pas changé depuis, alors qu'il est certain que ces courriers existent puisque l'acte attaqué en fait mention. Elle se réfère au Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 lequel indique, à propos de l'article 59, que si le pouvoir adjudicateur peut, en ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financière, économique, technique et professionnelle, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ceux déjà en sa possession en vue d'élargir la concurrence, une telle demande doit alors nécessairement avoir lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire. Elle souligne qu'il est impossible de vérifier le respect du principe d'égalité et que, dès lors, l'acte attaqué est irrégulier également pour cette raison.

C. Le dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante souligne qu'elle ne peut établir le caractère manifestement disproportionné de la garantie exigée qu'en comparant, comme elle l'a fait, le montant imposé et la valeur ainsi que la nature du lot litigieux. Elle estime qu'il en résulte qu'en ne faisant pas application de la possibilité prévue par l'article 58, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation que le Conseil d'État peut censurer.

S'agissant de la critique tirée de la méconnaissance du principe d'égalité, la requérante déclare se référer à la sagesse du Conseil d'État. Toutefois, elle insiste sur "l'autre erreur manifeste d'appréciation" qu'elle reproche à la partie adverse et qui consiste à avoir considéré qu'il "n'était pas question (...) d'inviter les soumissionnaires à fournir une nouvelle attestation d'assurance faute de quoi, il s'agissait d'une régularisation". Selon la requérante, cette affirmation, qui figure dans le mémoire en réponse et résulte également des courriers d'informations complémentaires sur les assurances des soumissionnaires déposés par la partie adverse à la demande de l'auditeur, indique que la partie adverse a confondu le régime de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (examen de la régularité des offres) et l'article 59 du même arrêté (examen des conditions de sélection qualitative). La requérante soutient que si la partie adverse avait considéré qu'il eût été possible de "régulariser" l'offre, elle l'aurait peut-être autorisée à déposer une nouvelle attestation d'assurance, d'autant plus que son offre était moins chère que celle de ses concurrents.

VI.2 Appréciation du Conseil d'État

Le pouvoir adjudicateur a imposé que la garantie minimale offerte par l'assurance des risques professionnels du soumissionnaire soit équivalente au triple de l'offre déposée par celui-ci.

Pour tenter d'établir le caractère disproportionné de cette exigence, la requérante se réfère à la limite de ce qui peut être exigé d'un candidat en ce qui concerne le chiffre d'affaires réalisé. Elle fait état à cet égard tant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Une telle référence est toutefois dépourvue de pertinence. En effet, un montant de couverture d'assurance ne peut être comparé à un montant de chiffre d'affaires réalisé, indépendamment de la circonstance, alléguée par la requérante dans son dernier mémoire, que l'obtention d'une garantie d'un montant élevé pourrait s'avérer plus difficile à obtenir. Sur ce dernier point, force est d'ailleurs de souligner que la requérante ne soutient pas qu'il aurait été impossible de fournir une telle garantie et qu'au contraire, elle regrette, dans son dernier mémoire, que la partie adverse ne l'ait pas autorisée à déposer une nouvelle attestation. Il peut également être constaté qu'il résulte du dossier administratif que le soumissionnaire qui s'est vu attribuer le lot n° 2 a pu produire l'attestation d'assurance requise, et ce, dès le mois de mars 2016.

N'est pas davantage de nature à démontrer le caractère manifestement excessif de l'exigence du cahier spécial des charges la circonstance que le montant de la garantie imposée pour le lot 2 s'approche, s'agissant de l'offre de la requérante, du montant estimé du marché tous lots confondus. Le montant global du marché est dépourvu de pertinence dans l'appréciation du caractère proportionné ou non de la garantie exigée pour un lot de ce marché.

La partie requérante est en défaut d'établir qu'en égard à la nature du chantier, qui porte sur la rénovation de 106 logements, ainsi qu'à l'importance et à la diversité des dommages pouvant survenir à l'occasion de l'exécution des travaux concernés, c'est de manière manifestement déraisonnable que la partie adverse a imposé que la garantie minimale offerte par l'assurance des risques professionnels du soumissionnaire soit équivalente au triple de l'offre déposée par celle-ci.

Par ailleurs, la requérante n'indique pas en quoi résident les spécificités du lot n° 2 qui, selon elle, auraient dû conduire la partie adverse à appliquer l'article 58, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui permet au pouvoir adjudicateur d'exiger des soumissionnaires qu'ils répondent à des exigences minimales pour chaque lot qui les concerne. Il s'agit d'une faculté laissée au pouvoir adjudicateur et la requérante n'établit pas qu'en n'y recourant pas, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

S'agissant du grief tiré de l'atteinte à l'égalité des soumissionnaires, à la suite de l'instruction effectuée par l'auditeur-rapporteur, la partie adverse a déposé les différents courriers, tous identiques, qui avaient été adressés le 28 septembre 2016 aux soumissionnaires, dont la requérante, quant à la conformité de leur candidature à l'exigence relative à l'assurance couvrant les risques professionnels. Il ressort de ces courriers que les soumissionnaires ont été interrogés exclusivement sur la question de la couverture des dommages immatériels par la garantie et non sur la question du montant de celle-ci. En conséquence, le moyen ne peut pas non plus être retenu à cet égard.

Quant au grief consistant en ce que ce serait à tort que la partie adverse a considéré qu'elle ne pouvait inviter la requérante à "régulariser" son offre en déposant une nouvelle attestation d'assurance, il y a lieu de constater qu'il n'est formulé pour la première fois que dans le dernier mémoire, sans que l'on aperçoive la raison pour laquelle il n'aurait pu l'être dans la requête. Vainement la requérante fait-elle valoir que l'erreur qu'elle reproche au pouvoir adjudicateur résulte des courriers adressés à propos des assurances, déposés par la partie adverse à la demande de l'auditeur-rapporteur. En effet, la requérante a reçu le même courrier, daté du 28 septembre 2016, duquel il résulte clairement qu'une nouvelle attestation ne pouvait être déposée faute de quoi il s'agirait d'une régularisation. Partant, la critique, qui s'analyse comme un moyen nouveau, est tardive et, partant, irrecevable.

Le troisième moyen n'est pas fondé.

VII. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel, pièce portant la référence A de ses annexes. Cette pièce est également déposée par la partie adverse à la pièce n° 2 de son dossier administratif.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties, il n'y a pas lieu de statuer sur la confidentialité de ces pièces.

VIII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation de la partie requérante au paiement de l'indemnité de procédure au taux de base de 700 euros, à majorer de 20%, en vertu de l'article 67, § 2, du Règlement général de procédure.

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

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 840 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 400 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trois juillet deux mille dix-huit par :

M. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre, président
M ^{me} Pascale VANDERNACHT,	président de chambre,
M. David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.