CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.340 du 31 janvier 2013

G./A.207.380/VI-19.837

En cause : **la société privée à responsabilité limitée WAVE,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale Idelux Projets publics,

ayant élu domicile chez
Mes François MOÏSES et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
place des NationsUnies, n° 7,
4020 Liège.

LE PRESIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 décembre 2012, la société privée à responsabilité limitée WAVE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise le 26 novembre 2012 par la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale Idelux Projets publics d'écarter son offre et d'attribuer le marché public relatif aux travaux d'aménagement scénographique du "centre mémoire de la 2ème guerre mondiale sur le site Mardasson à Bastogne – lot D – multimédia et audioguide" à la société anonyme MEYVAERT GLASS ENGINEERING.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 décembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 janvier 2013 à 14 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M^me^ le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Jean-Luc THEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Par un courrier du 4 décembre 2012, la requérante a été informée de ce qui suit :

" Conformément à l'article 65/8-§1-2° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que votre offre a été jugée irrégulière et nous vous communiquons les motifs de votre éviction repris dans l'extrait de la décision motivée ci-après :

1. Sélection qualitative et régularité

Dès le départ de l'analyse, deux offres sont déclarées irrégulières et ce, au regard des articles 93 et 103 de l'AR du 08 janvier 1996, en effet, les offres de l'association momentanée MEMOIRES VIVES et WAVE doivent être déclarées irrégulières au motif que WAVE fait partie de l'association momentanée MEMOIRES VIVES et que par conséquent WAVE a déposé deux offres.

Au terme de la sélection qualitative, les offres de Meyvaert et Sonim sont sélectionnées et sont régulières."

Il s'agit d'un extrait de la décision d'attribution du marché litigieux prise le 26 novembre 2012.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

Le premier moyen est pris de la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence, de concurrence entre soumissionnaires, des

articles 93 et 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et du principe de motivation matérielle des actes administratifs.

En substance, la requérante reproche à l'autorité adjudicatrice d'avoir écarté automatiquement son offre présentée en nom propre parce qu'elle aurait également déposé une deuxième offre "dans le cadre" de la société momentanée formée avec les entreprises PINCKAERS et ACTIVITY GROUP sans qu'il lui soit permis de démontrer que l'existence de ces deux offres n'était pas de nature à fausser la concurrence. Elle se réfère à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne C-538/07 du 19 mai 2009 (Assitur s.r.l. contre Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano). Concrètement, elle explique que le montant des offres remises n'était pas anormalement élevé et que l'objectif de sa participation à la société momentanée était de lui permettre la remise d'une offre dans chacun des lots relatifs au marché (soit les lots A à D), le matériel proposé dans les deux offres étant parfaitement identique.

La partie adverse fait valoir qu'elle a écarté l'offre de la requérante au motif qu'elle était irrégulière, celle-ci ayant déposé deux offres, en contradiction avec l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

Elle explique que la requérante a en effet déposé une offre pour le lot D en son nom propre et une autre, pour le même lot, grâce à sa participation dans l'association momentanée MEMOIRES VIVES.

Elle développe longuement son argumentation en faisant valoir le rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que des arrêts du Conseil d'Etat. Elle donne également son interprétation de l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mai 2009.

Elle relève que l'affirmation de la requérante selon laquelle les montants de ses offres correspondraient entre eux, est erronée.

En toute hypothèse, pour la partie adverse, "l'absence d'évidence de l'illégalité de la décision attaquée est d'autant plus manifeste que l'arbitrage des prétentions réciproques des parties en cause devrait faire l'objet d'une question préjudicielle à la Cour de justice, l'interrogeant sur la compatibilité des articles 93, 103 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 avec les exigences qui se déduisent du droit de l'Union européenne.".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 93 et 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 disposent comme suit :

" Art. 93. § 1er. Lorsque le soumissionnaire est une association sans personnalité juridique formée entre plusieurs personnes physiques ou morales, l'offre est signée par chacune d'entre elles. Celles-ci s'engagent solidairement et désignent celle d'entre elles qui sera chargée de représenter l'association vis-à-vis du pouvoir adjudicateur.

Sans préjudice de l'article 11 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, les membres d'une telle association se conforment aux dispositions des articles 89 à 92 et 103, comme s'ils étaient eux-mêmes le soumissionnaire.

[…]

Art. 103. Sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché.".

Aux termes de ces dispositions, il n'est pas contestable ni contesté qu'un soumissionnaire ne peut, pour un même marché, déposer deux offres en son nom personnel.

Cette interdiction ne peut cependant pas être appliquée, automatiquement, lorsqu'une offre est faite par un soumissionnaire en son nom personnel et que, pour le même marché et la même procédure, une autre offre est faite par une société momentanée à laquelle ce soumissionnaire participe.

En effet, lorsqu'une société momentanée dépose une offre, elle le fait en cette qualité et non comme mandataire des entreprises qui la constituent. Les intérêts de la société momentanée sont d'ailleurs distincts de ceux de ses membres. Ainsi, lorsqu'une société momentanée dépose une offre, c'est elle, et non chacun de ses membres, qui est le cocontractant de l'autorité adjudicatrice. L'offre ainsi déposée constitue un tout et non la somme des offres des membres de ladite société. Il ne peut donc être conclu, dans cette hypothèse qui est celle de la présente espèce, que deux offres ont été déposées par la partie requérante.

Cette interprétation des textes applicables en l'espèce est confortée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, lorsque le seuil de publicité européenne est atteint, ce qui est le cas en l'espèce, l'exclusion automatique d'un soumissionnaire, sauf lorsqu'elle est justifiée par un défaut relatif aux qualités professionnelles, doit rester exceptionnelle. Dans son arrêt Assitur, la Cour de justice a ainsi jugé comme suit :

" 29. Force est donc de constater que la réglementation nationale en cause au principal, dans la mesure où elle étend l'interdiction de participation à une même procédure d'attribution de marché aux situations dans lesquelles le rapport de contrôle entre les entreprises concernées reste sans incidence sur le comportement de ces dernières dans le cadre de telles procédures, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence.

30. Une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêts du 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 et C-34/03, Rec. p. I -1559, points 33 et 35, ainsi que Michaniki, précité, point 62)."

Il s'ensuit que dans la présente affaire, l'autorité adjudicatrice ne pouvait, sans violer les principes d'égalité et de transparence, ainsi que les articles 93 et 103 dans l'interprétation qui doit être la leur au regard du droit de l'Union européenne, écarter la soumission de la partie requérante, présentée en son nom propre, sans lui permettre d'établir que le dépôt d'une offre par la société momentanée dont elle faisait partie ne portait pas atteinte au principe de la concurrence.

Le premier moyen est sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse indique que le marché litigieux s'inscrit dans un projet plus global d'environ huit millions d'euros hors taxe sur la valeur ajoutée, subsidié en partie par le fonds FEDER, que le chantier gros-œuvre et techniques spéciales se termine, que les quatre lots du parcours scénographique sont attribués, que les lots A, B et C sont notifiés, que le planning général implique la réalisation des quatre lots, que trois salles de scènes immersives sont présentes dans le parcours, qu'elles sont attribuées également et que les travaux sont bien enclenchés, que ces salles immersives attendent une partie des équipements du lot D, que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué interrompra nécessairement l'exécution de ces autres marchés, que les entreprises adjudicataires ne manqueront pas de réclamer l'indemnisation du préjudice que cette interruption de chantier leur causera, que la société d'exploitation du site, qui a déjà été désignée, a lancé la commercialisation, qu'elle prévoit une ouverture avant l'été, que, si une suspension de l'exécution de la décision attaquée devait intervenir, la société d'exploitation n'ouvrira pas puisque qu'elle ne voudra pas lancer son exploitation en cours de saison ou après la saison

pour éviter de perdre de l'argent sur la première année, que la suspension de l'exécution de la décision attaquée entraînera nécessairement son retrait si la partie adverse veut éviter que ces conséquences graves ne persistent, que le recommencement de la procédure d'attribution du marché ne permettra pas que le marché soit réalisé et réceptionné avant fin 2013, date ultime à laquelle les fonds FEDER doivent être liquidés, que la partie adverse ne peut supporter seule le coût du marché sans financement extérieur et que, dans ces circonstances, la suspension de l'exécution de la décision attaquée aurait pour conséquence probable une sérieuse menace de la bonne poursuite du projet, que le projet présente en outre des caractéristiques propres dont le Conseil d'Etat doit tenir compte dans l'appréciation des intérêts en cause, que le projet a pour objectif de maintenir dans la mémoire collective les sacrifices des générations passées, que le retarder, c'est retarder l'hommage rendu à ces générations, ainsi que le combat permanent et au combien actuel contre les idées contre lesquelles ces générations se sont battues et qu'une telle conséquence excèderait l'avantage que la requérante pourrait retirer de la suspension de la décision attaquée par laquelle la partie adverse attribue le marché public litigieux.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne dépose aucune pièce relative à la matérialité des affirmations contenues dans sa note d'observations.

Il n'est nullement établi qu'un retard dû à un arrêt de suspension entraînerait la perte des subventions FEDER puisqu'elles sont disponibles jusqu'à la fin de l'année 2013.

A la suite d'un arrêt de suspension de la décision attaquée, la partie adverse ne se retrouverait pas à une étape de la procédure telle que la réalisation du projet serait irrémédiablement compromise. En effet, l'obligation qui s'imposerait à elle, si elle entend poursuivre l'attribution du lot D, est d'intégrer l'offre de la requérante à l'analyse des offres ou, si tant est qu'elle souhaite un examen des rapports entre la requérante et la société momentanée dont elle fait partie, d'interroger la requérante à propos de ces rapports.

La réfection de l'acte attaqué étant susceptible d'être accomplie à bref délai et les inconvénients allégués n'étant étayés par aucune pièce, il n'y a pas lieu à balance des intérêts en faveur d'un rejet de la demande de suspension.

Il y a donc lieu de suspendre l'exécution de l'acte attaqué.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 26 novembre 2012 par l'Intercommunale Idelux Projets publics d'écarter l'offre de la société WAVE et d'attribuer le marché public relatif aux travaux d'aménagement scénographique du "centre mémoire de la 2ème guerre mondiale sur le site Mardasson à Bastogne – lot D – multimédia et audioguide" à la société MEYVAERT GLASS ENGINEERING.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le trente et un janvier deux mille treize par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M.	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.