

Audience publique du 14 décembre 2006

=====
Requête en sursis à exécution introduite par
la société SÀRL,,
contre une décision du ministre de la Justice,
en présence des sociétés S.A. et
..... S.A.,
en matière de marchés publics

ORDONNANCE

Vu la requête déposée le 7 décembre 2006 au greffe du tribunal administratif par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée SÀRL, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant actuellement en fonctions, tendant à ordonner le sursis à exécution d'une décision du ministre de la Justice du 27 novembre 2006, prise dans le cadre d'un marché public relatif à l'exploitation de la cuisine et du restaurant de l'Ecole de Police, l'ayant informée que son offre présentée en vue de l'attribution du marché en question n'avait pas été retenue au motif qu'elle n'était pas l'offre économiquement la plus avantageuse pour le Trésor, un recours au fond ayant été par ailleurs introduit contre ladite décision par requête introduite le même jour, inscrite sous le numéro 22261 du rôle;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL, demeurant à Luxembourg, du même jour, portant signification de la requête aux sociétés S.A., établie et ayant son siège à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions et S.A., établie et ayant son siège à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions;

Vu les articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives;

Vu les pièces versées et notamment la décision incriminée;

Maître Fernand ENTRINGER, pour la demanderesse, Maître Marc ELVINGER pour la société anonyme S.A. et Monsieur le délégué du gouvernement Guy SCHLEDER entendus en leurs plaidoiries respectives.

Dans le cadre d'une adjudication publique relative à l'exploitation de la cuisine et du restaurant de l'Ecole de Police, les sociétés SÀRL, S.A. et S.A. avaient, entre autres, remis une offre.

Par courrier du 27 novembre 2006, le ministre de la Justice adressa à la société SÀRL une lettre de la teneur suivante:

" Monsieur,

Par la présente, j'ai l'honneur de vous informer que lors de l'examen des offres des erreurs ont été constatées dans deux dossiers de soumission. En effet, les sociétés S.A. et auraient dû indiquer sur le bordereau de soumission le prix par journée alimentaire hors TVA et non le prix TVA comprise. Conformément aux dispositions inscrites aux articles 72 paragraphe 1) et 73 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics (...), ces erreurs ont été redressées et le nouveau tableau de classement des soumissionnaires ayant présenté une offre lors de la séance d'ouverture en date du 28 septembre 2006 se présente comme suit:

<i>Société</i>	<i>Prix par journée en € hors TVA</i>
<i>1.</i>	<i>13, 40.-</i>
<i>2.</i>	<i>13,58.-</i>
<i>3.</i>	<i>13,94.-</i>
<i>4.l.</i>	<i>15,90.-</i>
<i>5.</i>	<i>21,93.-</i>

Conformément aux dispositions inscrites aux articles 88 et 89 du règlement grand-ducal susmentionné, je suis au regret de devoir vous informer qu'il n'a pas été fait usage de votre offre remise à l'occasion de la soumission reprise sous rubrique, offre n'ayant pas été économiquement la plus avantageuse pour le Trésor.

A noter toutefois que votre offre a été conforme au cahier des charges ainsi qu'au cahier spécial des charges.

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation à introduire devant le Tribunal Administratif par ministère d'un avocat à la Cour dans le délai de trois mois à partir de la notification de la présente.

Veillez agréer..."

Par requête déposée le 7 décembre 2006, inscrite sous le numéro 22261 du rôle, la société SÀRL a introduit un recours tendant principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation de la décision du ministre de ne pas lui attribuer le marché litigieux, et par requête déposée le même jour, inscrite sous le numéro 22262 du rôle, elle a introduit une demande dans laquelle elle sollicite "*la surséance à statuer sur l'adjudication.*"

Elle fait exposer que sa demande est justifiée sur base des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, étant donné que la décision ministérielle risque de lui causer un préjudice grave et définitif et que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond sont sérieux. Elle s'estime lésée matériellement par l'offre la plus basse et moralement atteinte dans son honneur commercial, alors que la différence entre les offres ferait apparaître la sienne comme frauduleusement gonflée.

Concernant le sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours au fond, elle fait valoir différents arguments:

- l'Etat aurait de manière non admissible procédé à un redressement de l'offre de la société S.A. et indiquant que, ce faisant, il redressait une «erreur» alors qu'en vertu des articles 71 et 72 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, seules les erreurs arithmétiques pourraient être redressées à l'exclusion des erreurs de calcul. Or, l'erreur redressée par le ministre de la Justice ne constituerait pas une erreur arithmétique;

- la décision serait viciée en ce qu'elle n'indiquerait pas, à suffisance de droit, les motifs à la base de la décision de ne pas adjuger le marché à la demanderesse;

- le pouvoir adjudicateur aurait à tort accepté des changements de l'offre proposés par la société S.A.

L'Etat grand-ducal conteste l'existence d'un préjudice grave et définitif dans le chef de la demanderesse ainsi que le sérieux des moyens invoqués. Concernant l'exigence d'un préjudice grave et définitif, il fait valoir, d'une part, que le préjudice subi en raison de la non-attribution du marché litigieux ne serait pas définitif en ce qu'il pourrait être compensé par l'allocation de dommages-intérêts en cas d'attribution illégale à un autre soumissionnaire, et, d'autre part, que la suspension de la procédure d'adjudication engendrerait dans le chef de l'Etat un problème majeur en ce qu'elle risquerait de compromettre la continuité du de la cuisine et du restaurant de l'Ecole de Police dès le 1^{er} janvier 2007. En ce qui concerne le sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours au fond, il estime que l'Etat était en droit de redresser une simple erreur matérielle sautant aux yeux à la lecture du bordereau de soumission; qu'en outre que la motivation de la lettre adressée à la société SÀRL pour l'informer de ce que son offre n'avait pas été retenue, soit assez sommaire, l'administration pourrait toujours, en cours d'instruction du dossier, compléter la motivation sans que la décision critiquée encoure pour autant la censure; que la société s'étant vu attribuer le marché litigieux n'aurait pas proposé des

changements à son offre, mais l'Etat aurait d'office procédé au redressement qui s'imposait.

En vertu de l'article 11, (2) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

L'article 12 de la même loi dispose que le président du tribunal administratif peut au provisoire ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution d'une affaire dont est saisi le tribunal administratif, à l'exclusion des mesures ayant pour objet des droits civils.

Sous peine de vider de sa substance l'article 11 de la loi, qui prévoit que le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux, il y a lieu d'admettre que l'institution d'une mesure de sauvegarde est soumise aux mêmes conditions concernant les caractères du préjudice et des moyens invoqués à l'appui du recours. Admettre le contraire reviendrait en effet à autoriser le sursis à exécution d'une décision administrative alors même que les conditions posées par l'article 11 ne seraient pas remplies, le libellé de l'article 12 n'excluant pas, *a priori*, un tel sursis qui peut à son tour être compris comme mesure de sauvegarde.

Concernant le moyen de défense consistant à nier le risque d'un préjudice grave et définitif dans le chef de la demanderesse, il est vrai qu'avant le vote de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et l'entrée en vigueur du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de ladite loi, la décision d'adjudication et la conclusion concomitante du contrat civil d'exécution étaient considérées comme ne causant pas aux soumissionnaires injustement évincés un préjudice grave et définitif, étant donné qu'ils pouvaient voir réparer leur dommage moyennant une action en responsabilité civile à intenter ultérieurement au pouvoir adjudicateur. On ne saurait cependant raisonnablement admettre que le législateur a procédé à un changement de la réglementation en vigueur en introduisant notamment un délai de quinzaine entre la décision d'adjudication et le contrat civil d'exécution, sans vouloir lui conférer un effet réel, ce qui serait pourtant le cas si on continuait à admettre qu'en raison du caractère réparable du préjudice du soumissionnaire injustement évincé moyennant l'allocation de dommages-intérêts, le juge du provisoire en matière administrative ne saurait connaître de demandes en suspension d'adjudications querellées par des soumissionnaires écartés. Il faut au contraire admettre que la nouvelle réglementation a conféré au président du tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché

litigieux, et cela même si, en théorie, le préjudice du soumissionnaire injustement écarté peut être réparé par l'allocation ultérieure de dommages-intérêts (v. trib. adm., ord. prés. 28 mai 2004, Pas. adm. 2006, V° Procédure contentieuse, n° 375 et les autres références y citées).

D'autre part, on ne saurait se borner à affirmer, pour contester l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, que le juge devrait comparer les inconvénients respectifs entre l'hypothèse d'une exécution de la décision attaquée et celle d'une suspension de son exécution en attendant la solution du litige au fond, et opter pour celle des solutions qui engendre le moins d'inconvénients. En réalité, la loi prévoit que les décisions administratives sont exécutoires en principe, le juge, saisi dans le cadre des articles 11 et 12 de la loi précitée du 21 juin 1999, ne pouvant ordonner le sursis à exécution ou une mesure de sauvegarde que lorsque l'exécution immédiate de la décision risque de causer à l'administré un préjudice grave et définitif. L'existence d'un tel préjudice ne se mesure donc pas par rapport à l'intérêt relatif de l'exécution immédiate de la décision administrative attaquée, mais par rapport à la situation préjudiciable – en droit et en fait – susceptible d'être créée par l'exécution immédiate de la décision et respectivement la possibilité ou l'impossibilité de recréer la situation initiale au cas où le recours engagé au fond contre la décision est couronné de succès.

Il suit de ce qui précède que ni la possibilité d'une réparation pécuniaire ultérieure du préjudice, ni les désavantages que présenterait une mesure de sursis à exécution pour l'Etat, ne sont de nature à mettre en doute le risque d'un préjudice grave et définitif dans le chef de la demanderesse en cas d'éviction illégale du marché litigieux.

En contrepartie de l'admission large d'une requête en sursis à exécution de la décision d'adjudication d'un marché public au regard de la condition du risque d'un préjudice grave et définitif, celle de l'existence de moyens sérieux doit être appréciée de manière stricte, sous peine de permettre une suspension quasiment systématique des décisions d'adjudication qui risquerait de désorganiser le système des adjudications publiques.

Concernant le sérieux des moyens, le premier moyen consiste à dénier à l'Etat le droit de procéder au redressement qu'il a opéré en prenant comme prix pour la comparaison des différentes offres celui de 13,40 € offert par la société S.A. au lieu des 13,80 € indiqués dans l'offre.

Les cinq dernières lignes du bordereau de soumission remis par la société S.A. se présentent de la manière suivante:

Prix € htva (Coûts moyens a+b+c+d+e+f+g+h)		13,40
TVA 3 %		0,40
Prix € ttc		13,80
Prix de la journée alimentaire (en chiffre)	13,80 € htva	
Prix de la journée alimentaire (en lettres)	Treize virgule quatre vingt € htva	

Il se dégage de toute évidence du tableau en question qu'il contient une contradiction en ce que le montant de 13,80 € y est indiqué une fois comme représentant le prix offert TVA comprise et une fois comme prix hors TVA.

Il s'agit de savoir si le pouvoir adjudicateur était en droit de redresser l'inexactitude contenue dans l'offre de S.A.

L'article 71 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, précité, dispose que le pouvoir adjudicateur examine et vérifie les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, notamment quant au bien-fondé des prix et quant à l'exactitude des calculs. Les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées. En cas de besoin, il est fait appel à des experts.

En vertu de l'article 72 du même règlement, les erreurs arithmétiques sont redressées de la manière suivante:

- 1) si le total ne correspond pas aux prix unitaires, ces derniers font foi;
- 2) si les prix unitaires inscrits en chiffres diffèrent de ceux inscrits en toutes lettres, les prix correspondant au total émargé sont admis;
- 3) si celui-ci ne s'accorde ni avec les uns, ni avec les autres, le prix indiqué en toutes lettres fait foi;
- 4) s'il y a discordance entre le prix forfaitaire et les prix unitaires, le prix forfaitaire fait foi.

La jurisprudence des juridictions administratives, dont le président, statuant au provisoire, ne saurait s'écarter, définit l'erreur arithmétique comme une erreur d'addition ou de multiplication, c'est-à-dire un faux calcul (trib. adm. 21 février 2001, Pas. adm. 2006, V° Marchés publics, n° 31)

En l'espèce, le fait d'indiquer le même montant alternativement comme incluant la TVA et comme l'excluant, ne semble pas procéder d'une erreur de calcul.

Il paraît en revanche s'agir d'une erreur matérielle que la jurisprudence administrative définit comme l'erreur qui résulte d'un défaut d'attention et qui n'est pas de nature à affecter la base des calculs nécessaires à la soumission (trib. adm. 21 février 2001, précité).

La même jurisprudence décide encore que l'erreur matérielle doit être rectifiée lorsqu'elle apparaît manifestement au moment de l'examen des offres. En effet, la rectification des erreurs matérielles manifestes n'affecte pas les règles interdisant ou restreignant les possibilités de modifications ou de redressements des prix, c'est-à-dire qu'elle n'est pas de nature à fausser le libre jeu de la concurrence, mais au contraire, elle tend à corriger la volonté déclarée par le soumissionnaire et à faire apparaître sa volonté réelle, c'est-à-dire son offre réelle. En d'autres termes, la rectification des erreurs

matérielles manifestes n'est autre chose que la manifestation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui incombe au pouvoir adjudicateur.

Il ne semble donc pas, en l'espèce, qu'en agissant comme il l'a fait, le pouvoir adjudicateur se soit écarté de ses droits et devoirs en la matière. Il ne semble en particulier ne pas avoir méconnu l'article 72, précité, du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui s'applique exclusivement aux erreurs arithmétiques.

Quant au moyen tiré de ce que la décision d'adjudication serait viciée au regard de l'article 90, paragraphe 3 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 en ce que la demanderesse n'aurait pas été informée des motifs à la base de la non-prise en considération de son offre, s'il est vrai que la lettre d'information lui adressée est des plus sommaires en ce qu'elle se borne à indiquer que son offre n'avait "*pas été économiquement la plus avantageuse pour le Trésor*", il n'en est pas moins vrai que le délégué du gouvernement a complété la motivation à l'audience en présentant un tableau comparatif d'évaluation des différentes offres. De toute manière, l'absence d'indication de la motivation d'une décision administrative n'entraîne pas, en principe, la nullité de cette décision, mais empêche que le délai de recours contentieux commence à courir.

La société SÀRL estime encore que les articles 75 et 77 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui prohibent respectivement la prise en compte, par le pouvoir adjudicateur, de changements et additions proposés par les soumissionnaires après l'ouverture des soumissions et les arrangements entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires en vue de la modification des prix de leurs offres. Or, en l'espèce, il semble qu'il n'y ait eu, ni changement ou additions à l'offre de la société S.A. après l'ouverture de la soumission, ni arrangement entre cette société et l'Etat, mais rectification, d'office, d'une erreur matérielle par le pouvoir adjudicateur.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'au stade actuel de l'instruction du litige, les moyens invoqués à l'appui du recours au fond n'apparaissent pas comme suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution.

Par ces motifs,

le soussigné président du tribunal administratif, statuant par défaut à l'égard de la société SÀRL et contradictoirement à l'égard des autres parties et en audience publique,

reçoit la demande en sursis à exécution en la forme,

au fond la déclare non justifiée et en déboute,

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 14 décembre 2006 par M. Ravarani, président du tribunal administratif, en présence de M. Rassel, greffier.

s. Rassel

s. Ravarani