

**Audience publique du 11 mai 2011**

Recours introduit par  
l'association momentanée ...,  
contre des décisions du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Luxembourg,  
en présence de  
l'association momentanée XXX,  
en matière de marchés publics

---

**JUGEMENT**

Vu le recours introduit le 25 juin 2010 sous le numéro du rôle 27036 du rôle au greffe du tribunal administratif par Maître François PRUM, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de :

1. la société ...
2. la société ...
3. la société ...
4. la société ...
5. la société....,

regroupées au sein de l'association momentanée ...,

tendant à l'annulation de deux décisions prises par le collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Luxembourg, matérialisées à travers un courrier du 8 juin 2010, de ne pas retenir l'offre de l'association momentanée ... dans le cadre d'une soumission en vue de l'adjudication des travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées reliant les stations d'épuration de Bonnevoie et de Beggen mais d'attribuer le marché en cause à l'association momentanée XXX ;

Vu les exploits de l'huissier de justice Carlos CALVO, demeurant à Luxembourg, immatriculé près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, respectivement du 29 juin 2010, portant signification de ce recours à l'administration communale de la Ville de Luxembourg, établie et ayant son siège social en son Hôtel de Ville à L-1648 Luxembourg, 42, place Guillaume II, représentée par son collège des Bourgmestre et Echevins actuellement en fonctions, ainsi que du 30 juin 2010 portant signification du même recours à la société .XXX, établie et ayant son siège social à ..., et à la société XXX ayant élu domicile en l'étude de Maître Ariane KORTÜM, avocat à la Cour, demeurant à L-2449 Luxembourg, 11, boulevard Royal ;

Vu le mémoire en réponse déposé le 29 septembre 2010 par Maître Michel SCHWARTZ pour le compte de l'administration communale de la Ville de Luxembourg ;

Vu le mémoire en réplique déposé le 28 octobre 2010 par Maître François PRUM au greffe du tribunal administratif pour le compte des parties demanderesses ;

Vu le mémoire en duplique déposé le 29 novembre 2010 par Maître Michel SCHWARTZ pour le compte de l'administration communale de la Ville de Luxembourg ;

Vu les pièces versées et notamment les décisions attaquées ;

Le juge rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître François PRUM et Maître Michel SCHWARTZ en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 4 avril 2011.

---

Suivant un avis d'adjudication daté du 9 décembre 2009, l'administration communale de la Ville de Luxembourg lança un appel d'offres pour la réalisation d'un collecteur d'une longueur totale d'environ 6.000 mètres d'eaux usées reliant les stations d'épuration de Bonnevoie et de Beggen en utilisant la technique dite du fonçage.

Compte tenu de l'envergure du marché en question, ce dernier fut scindé en trois lots A, B et C.

Suite à l'ouverture des soumissions en date du 19 mars 2010, à laquelle 8 entreprises ou groupements d'entreprises avaient participé, l'association momentanée ..., ci-après « *l'association momentanée ...* », adressa en date du 16 avril 2010 un courrier à la Ville de Luxembourg par lequel elle exprima son « *inquiétude quant au niveau de compétence de quelques soumissionnaires* », l'association momentanée en particulier affirmant que plusieurs soumissionnaires ne rempliraient pas certains critères techniques ou professionnels figurant dans le cahier spécial des charges, et notamment le critère prévu sous l'article 2.9.4 du cahier spécial des charges qui exige de la part des soumissionnaires qu'ils aient déjà réalisé dans le passé un ouvrage ayant intégré des travaux de fonçage sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres.

Par lettre recommandée datée du 8 juin 2010, la Ville de Luxembourg informa l'association momentanée ... que son offre n'avait pas été retenue dans les termes suivants :

*« J'ai l'honneur de m'adresser à vous dans le cadre de l'affaire émarginée pour vous informer, conformément à l'article 90 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 que le Collège Échevinal a décidé de ne pas retenir votre offre pour la raison suivante :*

*Votre offre n'est pas l'offre économiquement la plus avantageuse après évaluation sur la base du critère d'attribution du marché défini dans le cahier spécial des charges, qui consiste en le prix acceptable le plus bas.*

*Conformément à l'article 90 précité, la conclusion du contrat avec l'adjudicataire ne peut avoir lieu qu'après un délai d'au moins 15 jours à compter de la présente information.*

*Pendant ce délai, une réclamation éventuelle de votre part peut être introduite auprès du Collège Échevinal de la Ville, à l'adresse L-2090 Luxembourg.*

*En application du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes, je tiens également à vous*

*informer qu'un recours en annulation contre la décision précitée peut être introduite devant le tribunal administratif dans un délai de 3 mois à partir de la présente notification, par requête signée d'un avocat à la Cour.»*

Par lettre recommandée du même jour, l'association momentanée composée des sociétés XXX, ci-après dénommée « *l'association momentanée XXX* », fut informée que le collègue échevinal l'avait déclarée adjudicataire pour les lots A, B et C du marché.

Par lettre du 18 juin 2010, l'association momentanée ...fit introduire une réclamation contre la décision de Ville de Luxembourg, par rapport à laquelle le bourgmestre de la Ville de Luxembourg prit position par courrier du 21 juin 2010, et par requête déposée au greffe du tribunal administratif en date du 25 juin 2010, elle a encore introduit un recours en annulation contre la décision de la Ville de Luxembourg ayant adjugé à l'association momentanée XXX le marché en question et corrélativement contre la décision de ne pas lui attribuer ledit marché.

Une requête en effet suspensif fut parallèlement enrôlée sous le numéro 27037 devant le président du tribunal administratif afin qu'il soit sursis à l'exécution de la décision de la Ville de Luxembourg d'adjuger le marché à l'association momentanée XXX ; dans son ordonnance datée du 5 juillet 2010, le juge des référés prononça le sursis sollicité.

#### Quant à la recevabilité :

La loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics ne prévoit pas la possibilité d'exercer un recours en réformation contre une décision de rejet d'une offre ou contre une décision d'adjudication, de sorte que seul un recours en annulation est possible contre les décisions querellées.

A ce sujet, il convient de relever que le susdit courrier du 8 juin 2010 émanant du bourgmestre de la Ville de Luxembourg, présenté par la Ville de Luxembourg dans sa farde de pièce comme constituant la décision d'adjudication, ne constitue qu'une lettre informant la demanderesse des suites réservées à son offre et est dès lors, en tant que telle, dépourvue de tout caractère décisionnel<sup>1</sup>. Force est cependant de constater que l'association momentanée ... querelle à travers ce courrier du bourgmestre l'informant du rejet de son offre en fait la décision ayant attribué le marché à l'association momentanée XXX et ayant implicitement mais nécessairement écarté l'association momentanée ...de ce même marché.

Or, la décision afférente du collègue échevinal, non versée en cause, attribuant le marché à l'association momentanée XXX ne s'est pas matérialisée autrement à l'égard de la demanderesse que par la lettre du 8 juin 2010. En effet, c'est par ce biais que la demanderesse, qui ne reçut pas notification de la délibération du collègue échevinal, a été informée de la décision de rejet de son offre.

Par conséquent, en attaquant la lettre 8 juin 2010, révélatrice de l'existence de la décision d'adjudication valant rejet implicite de son offre, la demanderesse a nécessairement visé la décision du collègue échevinal.

---

<sup>1</sup> Trib. adm. 26 février 2004, n° 16952, Pas. adm. 2010, V° Marchés publics, n° 130

Dès lors, et à défaut de tout moyen d'irrecevabilité circonstancié, le recours en annulation tel qu'introduit est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Quant au fond :

Le tribunal, saisi d'un recours en annulation, vérifie si les motifs sont de nature à motiver légalement la décision attaquée et contrôle si cette décision n'est pas entachée de nullité pour incompétence, excès ou détournement de pouvoir, ou pour violation de la loi ou des formes destinées à protéger des intérêts privés.

La demanderesse affirme à l'appui de son recours que plusieurs points dans la soumission de l'association momentanée XXX ne correspondraient pas au moins à un critère technique ou professionnel de sélection, tel que prescrit par le cahier spécial des charges.

Ainsi, elle donne à considérer que l'association momentanée XXX n'aurait pas respecté le critère de sélection tel qu'énoncé à l'article 2.9.4. modifié du cahier spécial des charges, selon lequel les caractéristiques des 5 ouvrages de référence, considérés dans leur totalité, devront répondre à l'ensemble des critères mentionnés ci-après, dont notamment « *un fonçage réalisé sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres* », la demanderesse étant d'avis que ce critère serait à lire dans le sens de l'exigence d'un seul et unique tronçon de fonçage pour ces 1.500 mètres.

A l'appui de son argumentation, elle donne en substance à considérer que la raison d'être du critère de sélection d'un fonçage d'une longueur de référence de 1.500 mètres découlerait de la norme de construction DW A-A125, norme qui serait d'application pour le présent projet.

Elle relève encore que le projet de collecteur exigerait notamment en tant que fonçage le plus long un fonçage de 1.162 mètres, c'est-à-dire une longueur qui se trouverait déjà en-dehors du standard énoncé par la norme DW A-A125, qui parlerait d'expériences classiques de 500 à 800 mètres de longueur.

La partie demanderesse estime encore qu'un fonçage sur une longueur totale de 1.500 mètres d'un seul tenant serait la seule interprétation logique et donc possible. A cet égard, elle s'empare du fait que le cahier des charges prévoirait plusieurs types de fonçage différents sur certaines longueurs, certains critères faisant référence à un certain diamètre sur une certaine longueur, certains avec une certaine dureté et résistance sur une certaine longueur, certains encore avec une certaine forme de terrain, en l'occurrence du terrain pierreux meuble et sur une certaine longueur, certains en fonction de la réalisation sur une certaine longueur dans une courbe dans un sol rocheux, respectivement non rocheux, un autre enfin réalisé dans la nappe phréatique avec une hauteur supérieure à 5 mètres sur une certaine longueur et enfin un fonçage sur une certaine longueur avec une surpression déterminée. Or, si on admettait que le fonçage sur une longueur totale de 1.500 mètres peut s'effectuer de plusieurs tenants le critère litigieux serait automatiquement rempli par une simple addition des différents critères relatifs à un fonçage dans des sols spécifiques, avec des résistances spécifiques, avec un diamètre spécifique, réalisé en courbe ou non, avec une certaine pression ou non, ce qui reviendrait à dire qu'aucun critère de référence par rapport à la longueur n'aurait en fait été exigé.

L'association momentanée ...critique ensuite le fait qu'une notice explicative rédigée *ex post*, à savoir postérieurement à l'ordonnance de référé du 5 juillet 2010, ait été produite par l'administration communale, la partie demanderesse estimant qu'il s'agirait en l'espèce d'un rapport de complaisance en ce qu'il est établi par le bureau d'ingénieurs à l'origine de l'établissement du cahier spécial des charges et qui assiste la partie adverse, la partie demanderesse accusant plus particulièrement ledit bureau d'ingénieurs de défendre son propre dossier, « *probablement mal conçu dès le départ en livrant à la Ville de Luxembourg des pseudo arguments techniques afin de justifier devant le Tribunal administratif son choix purement subjectif en faveur de l'association momentanée XXX* » et estimant qu'il en irait de l'équité et de la transparence nécessaires à tous les marchés publics soumis par le pouvoir adjudicateur que les clauses afférentes à un marché public se suffisent à elles-mêmes.

Enfin, elle expose qu'un fonçage d'un seul tenant sur une longue distance serait techniquement différent d'un fonçage de plusieurs tenants sur de courtes distances, et s'empare à ce sujet d'un rapport établi par un expert, à savoir le professeur UUU. La partie demanderesse entend démontrer dans ce contexte qu'un fonçage sur un tracé long serait tout à fait différent d'un fonçage sur une longueur courte, et ce du point de vue de la technique applicable (équipement plus puissant, système de mesurage et guidage plus sophistiqué, système de ventilation du tunnel plus complexe, mesures contre le risque de l'inondation du tunnel), de la sécurité et du guidage de la machine de fonçage, en s'appuyant sur les conclusions du prédit expert, selon lequel le fait de ne pas exiger pour l'ouvrage litigieux des soumissionnaires de rapporter la preuve comme quoi ils avaient réalisé des fonçages d'un seul tenant sur une distance au moins égale au plus long fonçage prévu pour l'ouvrage litigieux constituerait une négligence grave.

L'administration communale, de son côté, s'empare de prime abord de la notion d'« *ouvrage* », telle que figurant dans le critère de sélection litigieux, pour soutenir que cette notion renverrait incontestablement au collecteur d'eaux usées dans son ensemble, quelque soit le nombre de tronçons nécessaires pour réaliser ce collecteur, et ce sur base de notions connues dans le secteur de la construction, et notamment en matière de marché public, où la notion d'ouvrage figurerait sous l'article 3. 1. b) de la loi du 25 juin 2009. Elle estime en effet qu'il serait clair que, d'après la définition de l'ouvrage donnée par les législateurs national et communautaire, un tronçon de canalisation ne pourrait pas constituer un ouvrage puisqu'il n'aurait en soi aucune utilité technique ou économique, mais que ce serait uniquement la combinaison de tous les tronçons qui permettrait de former une canalisation acheminant l'eau d'un point A à un point B et qui conférerait une utilité économique ou technique à cette construction, qui devrait dès lors être qualifiée d'ouvrage. Elle en veut encore pour preuve que lorsque l'on demande au soumissionnaire de documenter son offre avec un ouvrage de référence, il s'agirait de désigner l'entièreté du marché sur lequel est intervenue cette entreprise : si ce marché comportait la réalisation d'une canalisation en plusieurs tronçons, ce serait partant donc la longueur totale de ces tronçons, qui font tous partie du même ouvrage, qui devrait être prise en considération.

Toujours dans le même ordre d'idées, l'administration communale relève que le cahier des charges préciserait d'ailleurs que les ouvrages de référence seraient considérés dans leur totalité pour déterminer si les caractéristiques que doivent revêtir les travaux de fonçage sont remplies ou non. Aussi, si les ouvrages sont considérés dans leur totalité, cela reviendrait à dire que si un ouvrage a été entrecoupé de plusieurs puits verticaux ayant divisé l'ouvrage en plusieurs tronçons, ce serait donc la longueur totale de ces tronçons qui devrait être prise en considération.

Dès lors, l'administration communale estime que l'association momentanée ...irait bien au-delà d'une simple interprétation du critère de sélection prévu dans le cahier spécial des charges, puisqu'elle rajouterait à ce critère une condition supplémentaire non exigée, à savoir que le fonçage soit réalisé d'un seul tenant. Or, là où le pouvoir adjudicateur n'aurait pas fait de distinction (d'un seul tenant ou en plusieurs tronçons), l'administration communale estime que le soumissionnaire ne devrait pas en faire non plus.

Plus particulièrement, elle affirme qu'elle pourrait en principe fixer les critères de sélection comme bon lui semble et qu'il n'appartiendrait pas à la partie demanderesse ou au professeur UUU dont elle se serait adjointe les services de réécrire le cahier des charges « *pour qu'il corresponde à ce que ces personnes pensent être approprié et surtout pour qu'il soit taillé sur mesure pour que le marché soit attribué à l'AM ....* ».

Enfin, en ce qui concerne cette question d'interprétation, elle s'empare de l'article 21 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics pour opposer à l'argumentation de l'association momentanée ...que celle-ci serait forclosée à faire valoir l'existence d'un prétendu problème d'interprétation de ce critère de sélection, étant donné que ce problème aurait dû, aux termes du prédict article, être soulevé au plus tard 7 jours avant l'ouverture de la soumission, ce que n'aurait pas fait l'association momentanée ...puisque'elle n'aurait évoqué ce problème qu'après ouverture des soumissions, dans sa lettre du 16 avril 2010.

L'administration communale critique ensuite l'argument tiré par l'association momentanée ...de la formulation grammaticale du critère exigé, rédigé au singulier, en expliquant que comme il s'agissait de désigner en des termes techniques les travaux à réaliser pour ce marché, le choix des termes « *fonçage [au singulier] d'un collecteur principal DN 2000 mm d'eaux usées reliant les stations d'épuration de Bonnevoie et de Beggen* », ne désignait que la technique utilisée pour réaliser le collecteur dans son ensemble peu importe le nombre de tronçons intermédiaires qui composent ce collecteur, l'intégration de puits verticaux venant entrecouper le tracé n'ayant pas pour effet de changer la formulation utilisée.

L'administration communale explique encore pourquoi elle aurait exigé un ouvrage de référence comprenant des travaux de fonçage réalisés sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres en se référant au rapport explicatif du bureau d'ingénieurs TR-Engineering, l'administration communale expliquant à cet égard plus particulièrement qu'il s'agissait pour elle d'obtenir une référence dans laquelle le candidat soumissionnaire ait réalisé des travaux d'une certaine envergure ayant nécessité la mise en œuvre de moyens humains et techniques importants, cette preuve étant, de l'avis de l'administration communale, rapportée dès lors que le candidat soumissionnaire démontre avoir réalisé des travaux de fonçage sur plus de 1.500 mètres, peu importe qu'il s'agisse de travaux réalisés d'un seul tenant ou non.

Elle entend ensuite réfuter l'argument de l'association momentanée ...aux termes duquel la réalisation d'un seul tenant de travaux de fonçage sur de longues distances entraînerait des difficultés techniques que l'on ne retrouverait pas sur des distances plus courtes, en expliquant que la mise en place du collecteur ne se ferait pas en creusant sur toute la longueur du tracé une tranchée horizontale à l'intérieur de laquelle serait ensuite posée la canalisation, mais en poussant / en pressant les tuyaux dans le sous-sol à partir de stations de poussées à installer dans les différents puits qui vont entrecouper le tracé de la canalisation, la technique envisagée étant la suivante : on creuserait tout d'abord un puits vertical au fond duquel serait installée une station de poussée munie de vérins hydrauliques qui va permettre

de pousser / de presser dans le sous-sol tout d'abord un engin de forage («*Vortriebsmaschine* ») derrière lequel seraient accolées unes à unes les sections de conduite composant la canalisation. A partir d'une certaine longueur de fonçage réalisée d'un seul tenant, le dispositif devrait être muni de stations de poussée intermédiaires («*Zwischenpresstationen* ») qui permettraient de relayer la poussée provenant de la station de départ.

L'administration communale estime dès lors que cette technique resterait la même quelle que soit la longueur du fonçage à réaliser, ce qui viendrait contredire l'argument avancé par la partie demanderesse consistant à dire que la raison pour laquelle le fonçage d'une longueur de plus de 1.500 mètres ne pourrait en l'espèce s'entendre que d'un seul tenant résiderait dans le fait que le fonçage deviendrait techniquement de plus en plus difficile à réaliser à mesure que la longueur du tronçon à foncer augmenterait.

L'administration communale s'empare ensuite de l'article 207 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, qui impose au pouvoir adjudicateur de n'exiger que des critères de sélection qui soient proportionnés à l'objet du marché, pour soutenir qu'exiger une référence dans laquelle le candidat soumissionnaire aurait réalisé un fonçage sur 1.500 mètres d'un seul tenant serait non seulement disproportionné, mais encore discriminatoire.

A cet égard, elle expose que d'un point de vue technique un fonçage réalisé sur une distance de 1.500 mètres serait presque toujours, sauf à de très rares exceptions près, entrecoupé de plusieurs fosses / puits qui en diviseraient le tracé en plusieurs tronçons, ce qui expliquerait que la norme DW A-A125 préconiserait la réalisation de tronçons d'une longueur comprise entre 500 et 800 mètres. En l'espèce, elle affirme avoir essayé, dans la mesure du possible, de respecter cette norme, puisque 5 des 8 tronçons prévus auraient une longueur inférieure aux 800 mètres fixée comme limite raisonnable à la longueur d'un tronçon, seuls trois tronçons du collecteur dépassant, en raison des contraintes de terrain, cette limite, à savoir le tronçon entre les puits 01 à 03 qui affiche une longueur de 948 mètres, le tronçon entre les puits 03 à 04 d'une longueur de 1.124 mètres, et le tronçon compris entre les puits 07 à 08 présentant une longueur de 1.162 mètres.

Aussi, elle estime que demander une référence de fonçage d'un seul tenant sur une longueur de plus de 1.500 mètres ne pourrait plus être qualifié de critère proportionné à l'objet du marché, ledit marché comportant 8 tronçons dont deux seulement dépasseraient la longueur de 1.000 mètres et que le plus long aurait une longueur de 1.162 mètres seulement.

Par ailleurs, si l'association momentanée ...affirme ne pas avoir été le seul soumissionnaire à interpréter le deuxième critère de référence comme visant un fonçage réalisé d'un seul tenant sur une distance de 1.500 mètres, puisque d'autres soumissionnaires auraient aussi présenté à l'appui de leur soumission des ouvrages de référence intégrant des travaux de fonçage réalisés d'un seul tenant sur une distance supérieure à 1.500 mètres, l'administration communale estime que si certaines entreprises avaient présenté des références portant sur un fonçage réalisé sur 1.500 mètres d'un seul tenant, ce ne serait cependant pas pour avoir interprété la deuxième référence de fonçage comme visant un fonçage d'un seul tenant, mais tout simplement parce qu'elles avaient réalisé dans le passé un tel ouvrage.

La clause litigieuse figurant sous le point III.2.3) « *Capacité technique* » dans l'avis d'adjudication ainsi que sous le point 2.9.4. du cahier spécial des charges tel que modifié par l'additif n° 1 de février 2009 est libellée comme suit :

*« Les caractéristiques des cinq ouvrages de référence, considérés dans leur totalité, devront répondre à l'ensemble des critères mentionnés ci-après :*

- (...) »
- *Fonçage réalisé sur une longueur totale supérieure à 1500 m., (...) »*

Il résulte de cette clause que tout candidat à la soumission doit pouvoir justifier d'au moins un ouvrage ayant nécessité la réalisation de travaux de fonçage sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres.

Il est constant en cause que la légalité de cette condition n'est pas contestée, les parties étant uniquement en désaccord quant à l'interprétation de cette clause, l'association momentanée ...estimant, comme indiqué ci-avant, en substance que cette clause exigerait en tant que référence la réalisation d'un fonçage d'un seul tenant sur une longueur totale de 1.500 mètres, tandis que l'administration communale maintient que ledit fonçage pourrait être réalisé en plusieurs tronçons séparés par des puits sur une longueur totale de 1.500 mètres.

Il convient à ce sujet de rappeler que la clause litigieuse constitue une condition de sélection, et non une condition d'attribution du marché, et plus particulièrement d'une condition relevant de la capacité technique des soumissionnaires, destinée, conformément à l'article 232 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics portant modification du seuil prévu à l'article 106.10° de la loi communale du 13 décembre 1988, à permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer et de vérifier les capacités techniques ou professionnelles des soumissionnaires : l'objet d'une telle clause est dès lors principalement de donner l'assurance au pouvoir adjudicateur que l'expérience et les capacités techniques du soumissionnaire suffisent pour garantir la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question.

Le contrôle à exercer par le tribunal par rapport à l'application et à l'interprétation de cette clause doit dès lors principalement s'effectuer compte tenu de cet objectif ; s'il importe certes également de vérifier que la formulation, l'interprétation ou l'application d'une telle condition de sélection ne porte pas atteinte à la concurrence - le tribunal étant appelé à vérifier qu'une concurrence suffisante reste assurée et que le principe d'égalité soit respecté - cette question ne se pose cependant pas en l'espèce, la partie demanderesse, d'une part, ayant été admise à l'instar de l'association momentanée XXX à la deuxième phase portant sur l'analyse du critère d'attribution, à savoir l'offre la plus avantageuse économiquement, et d'autre part, ne fait valoir ni atteinte à la concurrence ni une quelconque discrimination, tout comme la partie demanderesse ne semble pas - au vu de ses moyens - avoir subi directement un quelconque préjudice de la divergence d'interprétation de la clause litigieuse, la partie demanderesse en particulier n'ayant pas fait valoir que la rédaction de la clause litigieuse divergente de l'interprétation retenue finalement par l'administration communale ait une quelconque influence sur la présentation de sa propre offre et notamment du prix offert.

Cette constatation appelle de prime abord une double conclusion.



Ainsi, si l'administration communale oppose certes à l'association momentanée ...la forclusion tirée de l'article 21 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité, aux termes duquel « *le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu sous peine d'irrecevabilité, de les signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long* », cette disposition vise expressément des « *ambiguïtés, erreurs ou omissions* » qui seraient de nature à rendre impossible l'établissement d'un prix ou à fausser la comparaison des offres telles que par exemple une contradiction entre les parties des plans ou du métré descriptif, des lacunes dans les stipulations techniques ou encore des formules de révision de prix erronées<sup>2</sup>, bref tous les cas où le soumissionnaire ne dispose pas par le fait de l'administration des données indispensables au calcul de son prix<sup>3</sup> et où il s'interroge sur ce que l'administration a voulu, alors qu'il ne peut soumissionner que d'après une hypothèse qu'il se fait personnellement et qui n'est pas nécessairement celle qui a été retenue par l'administration ou celle sur laquelle se seront basés les autres concurrents<sup>4</sup> : cette disposition couvre dès lors des ambiguïtés - notion pouvant être définie comme une imprécision de ce terme ou une incertitude quant à la portée et à la signification de ce terme<sup>5</sup>-, des erreurs matérielles affectant la rédaction de certaines dispositions du cahier des charges, ou encore des omissions, c'est-à-dire des lacunes intervenues lors de la rédaction du cahier des charges.

Or, en l'espèce, comme retenu ci-avant, si la question divisant les parties relève bien d'une question d'interprétation d'une condition de sélection, il n'appert cependant pas que cette divergence ait eu une quelconque incidence sur l'offre de la partie demanderesse, mais la partie demanderesse se contentant, *post festum*, d'avancer une autre interprétation que celle appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'éliminer le soumissionnaire retenu, de sorte que l'article 21 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité n'a pas vocation à s'appliquer au présent cas.

La seconde conclusion qui s'impose au vu de cette constatation est qu'en l'espèce, le contrôle du tribunal se limitera à vérifier, si, compte tenu du libellé de la clause litigieuse, l'interprétation en faite par l'administration communale est conforme à l'objectif poursuivi par ladite clause, étant rappelé que le tribunal, saisi en l'espèce d'un recours en annulation, est appelé à examiner, sur base des pièces et éléments du dossier administratif, si les faits sur lesquels s'est fondée l'administration sont matériellement établis à l'exclusion de tout doute et s'ils sont de nature à justifier la décision, de même qu'il peut examiner si la mesure prise ne comporte pas une erreur d'appréciation<sup>6</sup>. En effet, le juge de l'annulation est appelé à vérifier, d'un côté, si, au niveau de la décision administrative querellée, les éléments de droit pertinents ont été appliqués et, d'un autre côté, si la matérialité des faits sur lesquels l'autorité de décision s'est basée est établie. Au niveau de l'application du droit aux éléments de fait, le juge de l'annulation vérifie encore s'il n'en est résulté aucune erreur d'appréciation se résolvant en dépassement de la marge d'appréciation de l'auteur de la décision querellée. Le contrôle de légalité à exercer par le juge de l'annulation n'est pas

---

<sup>2</sup> Voir M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 4<sup>e</sup> éd., n° 161, au sujet de l'article 20, par. 4 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, directement inspiré de la réglementation luxembourgeoise.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6<sup>e</sup> éd, T.1a, p.923.

<sup>5</sup> Trib. adm. 22 décembre 2006, n° 21211, [www.ja.etat.lu](http://www.ja.etat.lu).

<sup>6</sup> Cour adm. 16 octobre 2008, 24350, Pas. adm. 2010, V° Recours en annulation, n° 19.

incompatible avec le pouvoir d'appréciation de l'auteur de la décision qui dispose d'une marge d'appréciation. Ce n'est que si cette marge a été dépassée que la décision prise encourt l'annulation pour erreur d'appréciation. Ce dépassement peut notamment consister dans une disproportion dans l'application de la règle de droit aux éléments de fait. Le contrôle de légalité du juge de l'annulation s'analyse alors en contrôle de proportionnalité<sup>7</sup>, encore que les considérations de pure opportunité d'une décision administrative échappent au contrôle du juge de l'annulation.

Le tribunal est dès lors amené à vérifier, en tant que juge de la légalité, dans les limites tracées ci-avant, si le pouvoir adjudicateur a pu dans les marges de son pouvoir d'appréciation appliquer la clause exigeant une référence portant sur la réalisation d'un « *Fonçage réalisé sur une longueur totale supérieure à 1500 mètres* » comme incluant également la réalisation d'un fonçage d'une longueur totale de 1.500 mètres mais comportant plusieurs tronçons séparés par des puits. En revanche, il n'appartient pas au tribunal en l'espèce de trancher entre les deux interprétations offertes par les parties respectives en retenant celle qui, sur base de considérations techniques ou autres, serait la meilleure pour le chantier envisagé, un tel choix ne relevant pas du contrôle du juge de la légalité, puisque relevant d'une question d'opportunité technique dont le choix appartient à l'autorité adjudicatrice et maître d'ouvrage.

Il convient en particulier de souligner, sur la toile de fond des principes indiqués ci-avant, que le présent litige n'a pas pour objet la question de déterminer le mode technique optimal de fonçage, mais la légalité et la régularité de la décision prise par l'administration communale selon laquelle une référence déterminée produite par l'association momentanée XXX et attestant de la réalisation d'un fonçage réalisé en plusieurs tronçons mais sur une longueur totale de 1.500 mètres serait suffisante tant au vu du libellé de la clause 2.9.4. du cahier spécial des charges que de son but. En d'autres termes, il n'appartient pas au juge de la légalité de vérifier *ex post* la conformité de la clause 2.9.4., ou plutôt de l'application de cette clause par le pouvoir adjudicateur, avec les exigences de la technique du fonçage, mais de vérifier si, compte tenu des éléments de fait et de droit dont disposait le pouvoir adjudicateur au moment de la prise de sa décision, il pouvait, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, estimer que ladite référence lui procurait l'assurance que l'expérience et les capacités techniques de l'association momentanée XXX suffisent pour garantir la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question.

En l'espèce, force est de prime abord de constater que du point de vue syntaxique l'adjonction au terme « *longueur* » de l'adjectif « *total* » indique nécessairement que cette longueur est, respectivement peut être, composée de plusieurs parties, lesquelles doivent ensemble représenter une longueur de 1.500 mètres, le terme « *total* » étant en effet défini comme « *l'assemblage de plusieurs éléments formant un tout* » ou encore en tant qu'adjectif inséré après un substantif, comme « *pris dans son entier, dans la somme de toutes ses parties* »<sup>8</sup>, de sorte que de ce point de vue, un fonçage entrecoupé de plusieurs puits techniques, constitué partant de plusieurs tronçons formant un « *total* » de 1.500 mètres, paraît pouvoir être admis.

Dès lors, une première analyse littérale de la clause litigieuse ne permet pas de déceler d'erreur d'appréciation de la part du pouvoir adjudicateur.

---

<sup>7</sup> Cour adm. 9 novembre 2010, n° 26886C, Pas. adm. 2010, V° Recours en annulation, n° 18.

<sup>8</sup> Le Grand Robert - Dictionnaire de la Langue française

Cette conclusion retenue *prima facie* est encore corroborée par les explications, fournies certes *ex post* par le bureau d'ingénieurs TR-Engineering qui a élaboré le cahier des charges pour compte de l'administration communale, lequel, tel que relevé à juste titre par l'administration communale, est le mieux placé pour expliquer les raisons pour lesquelles la référence de fonçage sur une longueur de 1.500 mètres a été demandée. Si la partie demanderesse estime qu'il y aurait lieu d'écarter ledit rapport explicatif du bureau d'ingénieurs TR-Engineering pour cause de « *confusion entre le bureau d'ingénieurs TR-Engineering rédacteur de la notice explicative et la partie défenderesse* », le tribunal, pour sa part, ne constate pas de pareille confusion, le bureau d'ingénieurs n'ayant agi qu'au nom et pour compte de l'administration communale, laquelle, en s'appropriant les explications dudit bureau ne fait que confirmer, sous sa responsabilité, l'interprétation donnée *ab initio* au critère de sélection litigieux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'écarter ledit rapport.

C'est ainsi que sous l'intitulé « *Ergänzende Angaben zu Kriterium N° 2: Vortrieb mit einer Gesamtlänge > 1500 m* », ladite note explicative retient que « *Es ist nicht gefordert eine Vortriebslänge zwischen Start- und Zielschacht von mehr als 1500 m nachzuweisen. Der geleistete und nachzuweisende Vortrieb muss insgesamt mehr als 1500 m haben. (...) Es war also nicht gefordert, ein Vortrieb mit einer Länge von  $L > 1500m$  zwischen Start- und Zielschacht nachzuweisen* ».

Tel que retenu ci-avant, le but premier et principal de la condition de sélection litigieuse n'est pas de permettre l'élimination de l'un ou l'autre soumissionnaire, mais de fournir des garanties au pouvoir adjudicateur et maître de d'ouvrage, garanties que ce dernier est *in fine* le seul à pouvoir apprécier, sous l'assistance le cas échéant du bureau d'études par lui mandaté, la note explicative résumant à juste titre cet objectif comme suit : « *Sinn und Zweck der Auswahlkriterien war es nur Bieter zuzulassen welche über eine gewisse Mindesterfahrung mit Rohrvortriebverfahren verfügen und gleichzeitig einen ausreichenden Wettbewerb zuzulassen um ein finanziell interessantes Preisangebot für den Bauherr zu erlangen* ».

Or, en l'espèce le pouvoir adjudicateur, par référence aux explications du bureau d'ingénieurs qu'il fait nécessairement siennes, confirme qu'il n'a jamais été question que le fonçage demandé soit obligatoirement réalisé d'un seul tenant tel que préconisé par l'association momentanée ... , et ce en produisant des explications techniques, dont il n'appert pas que l'administration communale, en se basant sur l'avis professionnel afférent du bureau d'ingénieurs, pour accepter la référence fournie par l'association momentanée XXX, soit sortie de sa marge d'appréciation. Cette conclusion n'exclut *a priori* pas la thèse défendue par l'association momentanée ...; toutefois, en présence de deux interprétations, dont celle retenue par l'administration communale ne semble pas au vu des explications fournies ni déraisonnable ni contraire au libellé même de la condition litigieuse, le tribunal, dans les limites de son pouvoir de contrôle, ne constate pas que le pouvoir adjudicateur ait commis une quelconque erreur d'appréciation.

A cet égard, le fait qu'un fonçage d'un seul tenant ait éventuellement été techniquement préférable, voire ait été la seule technique applicable, tel que l'expert UUU produit par la partie demanderesse semble l'affirmer, n'est pas pertinent, cette question, comme indiqué ci-avant, relevant d'une question d'opportunité tranché par le pouvoir adjudicateur sous sa responsabilité respectivement sous celle du bureau d'ingénieurs l'ayant conseillé.

En l'espèce, le tribunal peut dès lors admettre la pertinence de l'application faite par l'administration communale du critère litigieux, le tribunal n'y décelant pas d'erreur d'appréciation de la part du pouvoir adjudicateur par lequel celui-ci serait sorti de sa marge d'appréciation.

Le moyen tiré d'un non-respect par l'association momentanée XXX du critère de sélection tel qu'énoncé à l'article 2.9.4. modifié du cahier spécial des charges, exigeant en tant que référence « *un fonçage réalisé sur une longueur totale supérieure à 1.500 mètres* », n'est dès lors pas fondé.

L'association momentanée ...expose ensuite en deuxième lieu que selon l'article 2.9.4. de l'additif, les 5 ouvrages de référence auraient dû avoir été réalisés sur les 5 dernières années, ce qui, comme le dépôt des soumissions s'est fait en mars 2010, aurait dû concerner des ouvrages réalisés sur la période de mars 2005 à mars 2010.

Or, à cet égard, l'association momentanée ...estime que diverses références produites par l'association momentanée XXX n'auraient pas dû être prises en compte pour être trop anciens, de sorte que la soumission XXX n'aurait pas rempli les critères de sélection et aurait dû être écartée.

Elle affirme ainsi plus particulièrement que tant la 6<sup>e</sup> référence « *Kläranlage Boevange sur Attert, Luxemburg* » que la 7<sup>e</sup> référence « *Blankenheim Rohvertrieb unter historischem Ortskern, Koblenzstrasse* », la 8<sup>e</sup> référence « *Tiefsammler Süd-Ost, 2.BA* » et la 9<sup>e</sup> référence « *Tiefsammler Alexianergraben, Aachen* » auraient été réalisées sur la période 2004.

Quant à la 4<sup>e</sup> référence « *Kabeismannsbach, Bochum* » et la 5<sup>e</sup> « *Friedrich-Ebert-Platz* », si celles-ci feraient certes référence à la période 2005, elles ne sauraient également être prises en compte si celles-ci devaient avoir été réalisées avant mars 2005.

L'administration communale, de son côté, explique que si l'avis d'adjudication exigeait 5 références, l'association momentanée XXX aurait soumis 9 ouvrages de référence, les 5 premiers ouvrages ayant été cités en tant que références principales conformes aux exigences du cahier spécial des charges, tandis que les 4 dernières auraient été seulement citées en tant que références secondaires présentées pour documenter davantage l'expérience acquise par l'association momentanée XXX dans le domaine considéré.

Elle fait encore plaider que le délai de 5 ans prescrit ne devrait pas être calculé à rebours à partir de la date de dépôt des soumissions, mais à compter du moment où il a été demandé de justifier de telles références, c'est-à-dire en l'espèce à partir de la publication de l'avis de marché, en date du 9 décembre 2009, de sorte que la période de référence s'étendrait du 9 décembre 2004 au 9 décembre 2009, ce qui inclurait les seules références « *principales* » mises en cause par la partie demanderesse, à savoir les 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> références citées, achevées respectivement le 2 décembre 2005 et le 31 mai 2006.

Elle estime encore qu'en tout état de cause la condition tenant à la période à l'intérieur de laquelle les ouvrages de référence doivent avoir été réalisés ne ferait pas partie de ces conditions à ce point essentielles qu'elle n'autoriseraient par le pouvoir adjudicateur à prendre en considération des soumissions documentées par des ouvrages de référence

réalisés quelques mois avant la période de référence stipulée.

L'avis de publication du marché daté du 9 décembre 2009, reprenant les énonciations du cahier spécial des charges sous le point 2.9.4. tel que modifié par l'additif n° 1 de février 2009, demande aux soumissionnaires sous le point III.2.3) « *Capacité technique* » de justifier de « *5 ouvrages de référence réalisés au cours des 5 dernières années* ».

La partie demanderesse considère, en substance, que 6 références citées par l'association momentanée XXX se situeraient en dehors de cette période de 5 ans.

Le tribunal constate de prime abord que l'association momentanée XXX a produit un total de 9 références, dont, conformément aux explications de l'administration communale, seules les 5 premières auraient été destinées à rencontrer l'exigence inscrite à l'avis de publication du marché, respectivement au cahier spécial des charges, les 4 dernières références ayant été fournies en sus, afin d'étayer davantage les compétences et expériences techniques du soumissionnaire.

Cette explication est corroborée par les indications figurant dans les données fournies par l'association momentanée XXX à l'administration communale dans le cadre de son dossier de soumission, les 5 premières références, numérotées de 1 à 5, y étant explicitement identifiées comme « *Referenzen mit Bescheinigungen der Auftraggeber über die ordnungsgemässe Ausführung gem. Anforderungen des Leistungsverzeichnisses* », tandis que les 4 autres références, non numérotées et séparées d'un trait des références « *principales* », sont présentées comme « *weitere Referenzen vergleichbarer Baumassnahmen mit Bescheinigung des Auftragsgebers* ».

Il s'ensuit que seules les 5 premières références, numérotées de 1 à 5, sont à prendre en considération en tant que réponse à l'exigence figurant à l'avis de publication du marché de 5 ouvrages de référence réalisés au cours des 5 dernières années.

Les critiques adressées aux références 6, 7, 8 et 9 par rapport au critère figurant tant dans l'avis de publication que dans le cahier spécial des charges ne sont dès lors pas fondées.

Quant aux 4<sup>e</sup> référence « *Kabeismannsbach, Bochum* » et 5<sup>e</sup> référence « *Friedrich-Ebert-Platz* », si le dossier de soumission se borne à indiquer en tant que « *Zeitraum* » l'année 2005, il résulte néanmoins, en ce qui concerne l'ouvrage de référence n° 4 à Bochum, d'un procès-verbal de réception versé en cause que lesdits travaux ont débuté le 15 décembre 2003 pour être achevés le 2 décembre 2005, tandis qu'en ce concerne la 5<sup>e</sup> référence relative à des travaux effectués au Friedrich-Ebert-Platz à Wetzlar, un procès-verbal de réception atteste que les travaux ont été menés du 6 décembre 2004 au 31 mai 2006.

Il s'ensuit que les dates d'achèvement de ces chantiers de références se situent effectivement dans la période de référence de 5 ans, que celle-ci soit calculée telle que l'avance la partie demanderesse, à savoir de mars 2005 à mars 2010, ou tel que l'allègue l'administration communale, à savoir du 9 décembre 2004 au 9 décembre 2009.

Le moyen afférent de l'association momentanée ...est partant à rejeter pour ne pas être fondé.

Par ailleurs, et à titre superfétatoire, il convient de relever, à l'instar de l'administration communale, qu'un dépassement de quelque mois de la période de référence ne serait pas, *ipso facto*, de nature à éliminer le soumissionnaire concerné, l'exigence d'ouvrages de référence réalisés endéans une période de 5 ans n'étant là encore pas un critère d'élimination à appliquer strictement, mais un critère destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier et de vérifier que le soumissionnaire dispose d'une expérience technique et professionnelle déterminée relativement récente, gage d'une réalisation du chantier concerné conforme aux règles de l'art les plus récentes.

Aussi, confronté à une référence réalisée quelques mois au-delà des 5 ans prévus dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur apprécie discrétionnairement l'importance d'une telle irrégularité<sup>9</sup>, le juge se bornant à s'assurer du caractère raisonnable de cette appréciation et, surtout, de ce qu'elle a été exercée avec la même indulgence - ou la même sévérité - à l'égard de tous les concurrents<sup>10</sup>, le tribunal étant notamment appelé à vérifier si le principe d'égalité des chances entre les concurrents est ou non violé, le pouvoir adjudicateur ne pouvant créer aucune discrimination juridique ou de fait, susceptible soit d'avantager certains soumissionnaires, soit de les handicaper et si une comparaison effective est encore possible<sup>11</sup>.

La partie demanderesse, en troisième lieu, met en cause l'exécution à bonne fin des ouvrages de référence, et plus particulièrement la 1<sup>ère</sup> référence « *Rejet de la station d'épuration de Liège-Sclessin etc.* »

Elle en veut pour preuve que le certificat de bonne exécution figurant au dossier de soumission de l'association momentanée XXX indiquerait que le chantier aurait débuté en 2007, alors qu'elle-même saurait « *de source sûre* », que le chantier de cette référence aurait plus d'un an de retard et ne serait pas terminé à ce jour.

Plus particulièrement encore, elle relève que parmi les pièces versées par l'association momentanée XXX figurerait un premier certificat signé en date du 19 février 2010 par le directeur général du maître de l'ouvrage, Monsieur TTT, attestant que les travaux de fonçage étaient « *non terminés en 2009* », de sorte qu'il serait certain que le 19 février 2010, date de l'avis de publication du marché, les travaux de fonçage n'étaient pas terminés sur ce chantier.

Si un deuxième certificat allèguerait certes que les fonçages sont « *terminés en février 2010* », soit juste avant la date de l'adjudication publique du 19 mars 2010, ce second certificat ne serait pas daté et ne serait pas signé par le directeur général du maître de l'ouvrage à l'instar du certificat daté précédent mais par un directeur adjoint, Monsieur GGG, de sorte que l'accomplissement total des fonçages affirmé dans ce deuxième certificat serait douteux car il ne serait resté qu'un maximum de neuf jours, dont seulement cinq jours ouvrables au plus, pour finaliser les travaux de fonçage restants.

L'association momentanée ...affirme, nonobstant ce certificat, que la société XXX n'aurait pas fini son travail sur le fonçage à réaliser, affirmation qu'elle base sur des rapports

---

<sup>9</sup> C.E. belge 25 juin 1991, n° 37.314, C.E. belge 28 octobre 1981, n° 21514, cité dans : M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6<sup>e</sup> éd., T.1A, p.966, n° 6.

<sup>10</sup> M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6<sup>e</sup> éd., T.1A, p.966, n° 6.

<sup>11</sup> Voir M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6<sup>e</sup> éd., T.1A, p.972, n° 9.

de chantier relatifs à un projet voisin du chantier de Liège-Sclessin, qui aurait été coordonné avec le chantier de référence ainsi que sur des « *informations* » qui lui seraient parvenues.

L'association momentanée ...relève encore que la page suivante de ce certificat qualifié de « *douteux et non daté* » ne porterait pas de numéro de page en bas à droite comme le feraient les pages précédentes et suivantes, tandis que le certificat lui-même ne porterait pas de numérotation, alors qu'il serait indispensable pour la validité du premier chantier en tant qu'ouvrage de référence.

Enfin, elle met en exergue le fait, porté à sa connaissance « *à travers différentes investigations* », que le certificat litigieux n'aurait été produit par l'association momentanée XXX que sur demande explicite de l'administration communale faisant suite à son propre courrier du 16 avril 2010 mettant en cause le fait que l'association momentanée XXX ne remplissait pas le critère de fonçage relatif à la longueur totale supérieure à 1.500 mètres.

Elle en conclut que ce ne serait que suite à l'intervention de l'administration communale que l'association momentanée XXX aurait pris contact le 26 avril 2010 avec le maître de l'ouvrage à Liège en vue de la signature du deuxième certificat non daté et signé par Monsieur GGG afin de compléter *a posteriori* le dossier de soumission introduit, ce qui témoignerait d'une collusion entre la Ville de Luxembourg, respectivement le bureau d'études TR Engineering et la société XXX particulièrement flagrante et choquante.

Aussi, elle estime qu'une telle façon « *non objective et truquée* » dans la gestion d'une soumission publique devrait être sanctionnée par le juge administratif, raison pour laquelle elle demande dès lors au tribunal d'écarter l'ouvrage de référence n° 1 de l'association momentanée XXX pour ne pas avoir contenu au moment de l'adjudication publique les documents nécessaires prouvant que le fonçage sur le chantier de Liège était terminé.

L'administration communale, de son côté, entend résister à l'argumentation de la partie adverse en se prévalant des 2 certificats versés en cause, le premier certificat ayant été établi par le maître d'ouvrage, la société AAA, et dont il résulterait qu'au 31 décembre 2009, la société XXX avait réalisé des travaux de fonçage sur deux tronçons de 332 mètres chacun, deux tronçons de 403 mètres chacun et un tronçon de 510 mètres, soit une longueur totale de 1.980 mètres, et ce « *suivant les règles de l'art du cahier des charges techniques* ». Elle relève encore qu'aux termes de ce certificat un dernier tronçon d'une longueur de 413 mètres n'avait pas été terminé au 31 décembre 2009, tronçon qui aurait fait l'objet du second certificat précisant que les travaux de fonçages auraient été entièrement terminés en février 2010, ce y compris le dernier tronçon d'une longueur de 413 mètres.

Elle estime que puisque le premier certificat refléterait la situation au 31 décembre 2009, aucune raison ne plaiderait contre le fait que l'association momentanée XXX ait eu matériellement le temps de terminer le chantier jusqu'en février 2010, date à laquelle l'ouvrage aurait effectivement été terminé d'après le deuxième certificat. Par ailleurs, même à supposer par impossible que le premier certificat refléterait l'état d'avancement du chantier au jour de son établissement le 19 février 2010, il n'y aurait pas pour autant lieu d'en déduire que le dernier tronçon de 413 mètres ne pouvait pas avoir été achevé 9 jours plus tard, puisque le certificat du 19 février 2010 ne préciserait pas quel aurait été l'état d'avancement des travaux concernant le dernier tronçon inachevé.

Quant aux deux rapports de chantier versés en cause par l'association momentanée ..., l'un daté du 11 mars 2010 et l'autre du 25 mars 2010, censés démontrer l'inachèvement allégué, elle affirme que ces rapports ne permettraient pas en l'état actuel du dossier de conclure à l'inachèvement des travaux de fonçage réalisés en relation avec la station d'épuration de Liège-Sclessin.

L'administration communale s'empare dès lors de l'existence de ces deux certificats qui attesteraient de l'achèvement des travaux émanant d'un représentant d'une autorité publique belge, en l'espèce l'AAA, pour rappeler qu'elle n'aurait pas à se livrer à des enquêtes pour savoir si les indications figurant sur ces certificats seraient exactes ou non, le fait que ces certificats émanent d'une autorité publique respectivement du maître de l'ouvrage se suffisant à lui-même.

Par ailleurs, elle fait plaider que même si par impossible ces travaux auraient été achevés après ouverture des soumissions, ils auraient néanmoins été achevés avant la décision d'adjudication, de sorte à pouvoir être pris en considération.

Si l'association momentanée ...a certes formulé une offre de preuve ayant pour objet de démontrer que le deuxième certificat n'aurait été établi par l'AAA que vers la fin du mois d'avril 2010 à la demande de l'association momentanée XXX, de sorte que ce certificat n'aurait pas pu être remis au pouvoir adjudicateur avant le début du mois de mai 2010, l'administration communale considère que cette offre de preuve serait dépourvue de toute pertinence puisque ce deuxième certificat lui aurait effectivement été remis en annexe à un message électronique du 6 mai 2010, ce qui ne serait cependant pas illégal, mais explicitement autorisé par le règlement grand-ducal du 3 août 2009.

L'avis de publication du marché daté du 9 décembre 2009, reprenant les énonciations du cahier spécial des charges sous le point 2.9.4. tel que modifié par l'additif n° 1 de février 2009, exige sous le point III.2.3) « *Capacité technique* » que les 5 ouvrages de référence soient appuyés par des certificats de bonne exécution, lesquels indiqueront en particulier « *s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin* ».

En l'espèce, l'association momentanée XXX a produit en tant que référence n° 1 un chantier sis à Liège-Sclessin, réalisé selon les données figurant au dossier de soumission « *ab 2007* ».

Elle a encore versé en ce qui concerne ce chantier de référence n° 1 une première attestation, datée du 19 février 2010, dont il ressort que sur 6 tronçons du chantier de Liège-Sclessin, 5 tronçons avaient été achevés « *suivant les règles de l'art du cahier des charges technique* » jusqu'au 31.12.2009 et un tronçon de 413 mètres (CH5 – CH 4) restait encore à exécuter.

Elle a produit une seconde attestation, établie conformément à un courrier daté du 27 octobre 2010 de l'AAA (« *association intercommunale pour le démergement et l'épuration des communes de la province de Liège* »), « *dans les 2 ou 3 jours* » ayant suivi le 26 avril 2010, soit fin avril 2010.



Cette seconde attestation, non datée, reprend les 6 tronçons énumérés ci-avant, pour attester de leur achèvement en février 2010, en ce compris le tronçon CH 5- CH 4 de 413 mètres.

L'association momentanée ...met en doute le caractère réel des faits attestés par cette seconde attestation, en soulevant diverses particularités formelles, et elle soulève l'illégalité de l'attitude de l'administration communale, ayant consisté à solliciter une attestation complémentaire de l'association momentanée XXX après dépôt de son dossier de soumission.

Il convient cependant de rappeler, sur la toile de fond des règles juridiques régissant les rôles respectifs du pouvoir adjudicateur et du juge de l'annulation en la présente matière et sur l'objectif poursuivi par le critère de sélection dont le respect par l'association momentanée XXX est contesté, que le présent litige n'a pas pour objet la question de l'achèvement effectif du dernier tronçon du chantier de Liège-Sclessin à une date déterminée, mais la légalité et la régularité de la décision prise par l'administration communale, consistant à retenir que l'association momentanée XXX remplissait les critères de sélection. En d'autres termes, il n'appartient pas au tribunal de vérifier *ex post* l'achèvement ou non du tronçon, mais de vérifier si, compte tenu des éléments de fait et de droit dont disposait le pouvoir adjudicateur au moment de la prise de la décision déferée, il pouvait - ou aurait dû - constater le non-respect de la condition de sélection, respectivement s'il pouvait, au vu des données disponibles, admettre la conformité de l'offre de l'association momentanée XXX.

A cet égard, il est patent que le premier certificat produit par l'association momentanée XXX n'attestait pas de l'achèvement de l'intégralité du chantier de Liège-Sclessin, ce qui a amené l'administration communale à solliciter au courant du mois d'avril 2010 des renseignements complémentaires.

L'article 240 du règlement grand-ducal du 3 août 2009, intitulé « *Documentation et renseignements complémentaires* » prévoit que « *Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 222 à 239* », ledit article s'appliquant en particulier également aux articles 232 et 233 relatifs aux capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires, lesquelles peuvent être justifiées par « *la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin; le cas échéant, ces certificats sont transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente* ».

Il résulte de ces dispositions que le soumissionnaire est tenu de fournir notamment certaines données relatives à ses capacités techniques et professionnelles et que lesdites données doivent être « *justifiées* », c'est-à-dire prouvées, de différentes manières ; lorsque lesdites preuves ne sont pas disponibles, le pouvoir adjudicateur peut admettre d'autres modes de preuve et lorsque les preuves ne sont pas suffisamment explicites, probantes, le pouvoir adjudicateur peut exiger un complément de preuve.

C'est dès lors à bon droit que l'administration communale a demandé à l'association momentanée XXX de compléter son dossier en lui adressant un certificat complémentaire attestant de l'achèvement des travaux relatifs au fonçage CH5-CH4, ceci dans la mesure où le

premier certificat laissait entendre que le dernier tronçon de l'ouvrage était en cours de réalisation, ladite demande ayant été nécessairement et régulièrement adressée au soumissionnaire concerné après l'ouverture des soumissions cachetées effectuée le 19 mars 2010 - le pouvoir adjudicateur n'ayant pas pu prendre auparavant connaissance des différentes offres - mais avant la décision d'adjudication, intervenue le 7 juin 2010.

Or, ledit certificat ayant attesté de l'achèvement de l'intégralité du chantier au cours du mois de février 2010, l'administration communale, en se basant sur les deux certificats émanant du maître de l'ouvrage, n'est pas sortie des limites de son pouvoir d'appréciation tel que délimité ci-avant, aucun élément dont disposait le pouvoir adjudicateur ne lui ayant en particulier permis d'écarter lesdits certificats, et en particulier de mettre en doute l'authenticité des faits attestés par le second certificat.

Il convient encore de relever que la date précise d'achèvement, située par le maître d'ouvrage en février 2010 n'a en soi guère de pertinence, et ce même si le chantier avait été définitivement achevé après la date-limite de réception des offres, à savoir le 19 février 2010, la date d'achèvement, sise en tout état de cause que quelques jours après cette date-limite, n'ayant pas été de nature à disqualifier l'association momentanée XXX, la preuve de ses capacités techniques et professionnelles ayant, comme relevé ci-avant, été rapportée avant la décision d'adjudication, le pouvoir adjudicateur étant en effet habilité à apprécier discrétionnairement l'importance d'une telle éventuelle irrégularité par rapport au but poursuivi par ce critère de sélection, à savoir de vérifier et de garantir que le soumissionnaire dispose d'une expérience technique et professionnelle déterminée récente.

Quant à la réalité des faits attestés par ce second certificat telle que contestée par-devant le tribunal, outre, pour rappel, qu'il n'appartient pas au tribunal de vérifier *ex post* l'achèvement ou non du tronçon litigieux, il y a lieu de souligner que si le faux en écriture ne se présume pas et que si l'article 19 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives prévoit expressément la possibilité d'une demande en inscription de faux contre une pièce produite, la partie demanderesse n'a pas formulé une demande en inscription de faux qui aurait permis au tribunal d'engager la procédure spécifique afférente prévue à l'article 19 prévisé aboutissant le cas échéant à un jugement sur le faux par le tribunal compétent en la matière. Il s'ensuit qu'en l'état actuel du dossier, il n'appartient pas au tribunal de retenir la qualification de faux document par rapport à la pièce litigieuse et il doit considérer le certificat en question comme non énérvé en sa force probatoire, à défaut par la partie demanderesse d'avoir engagé la procédure spécifique afférente prévue à l'article 19 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, prévoyant expressément la possibilité d'une demande en inscription de faux contre une pièce produite<sup>12</sup>.

Le moyen afférent, tenant à voir écarter le second certificat et à voir constater que la bonne exécution des travaux de fonçage réalisés sur le chantier de Liège- Sclessin ne serait pas établie, de sorte que la soumission de l'association momentanée XXX serait incomplète, est par conséquent à rejeter, le même sort frappant l'offre de preuve formulée par la partie demanderesse, celle-ci étant en tout état de cause devenue superflue au vu de la teneur du courrier de l'AAA du 27 octobre 2010 et des explications de l'administration communale relative à la date de réception du second certificat.

---

<sup>12</sup> Voir notamment trib. adm. 11 mars 2009, n° 25031, trib. adm. 20 avril 2009, n° 24838, trib. adm. 10 juin 2009, n° 25047.

Il se dégage dès lors de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'en l'état actuel du dossier et compte tenu des moyens figurant dans la requête introductive d'instance, le tribunal ne saurait utilement mettre en cause ni la légalité ni le bien-fondé des décisions déferées, la partie demanderesse n'ayant pas formulé d'autres moyens d'annulation. A cet égard, le tribunal relève que les discussions des parties au sujet du manque de transparence allégué de l'administration communale ayant précédé l'introduction des recours contentieux et ayant prétendument perduré après l'ordonnance de référé ainsi qu'au sujet des responsabilités respectives dans le retard dans la signature du marché et du préjudice politique et financier en résultant, ne contiennent ni moyen d'annulation, ni conclusion décelable, de sorte qu'elles n'ont pas été prises en considération par le tribunal, étant donné qu'il n'appartient pas au tribunal de suppléer à la carence de la partie demanderesse et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de ses écrits.

Il s'ensuit que le recours sous analyse est à rejeter comme non fondé.

Le tribunal tient encore à relever qu'il n'a pas tenu compte de la note de plaidoiries déposée par-devant le juge des référés et à laquelle l'association momentanée ...se réfère expressément dans le dispositif de son mémoire en réplique et communiquée au titre de pièce, le contenu de ladite note, dans la mesure où il n'a ni figuré dans la requête introductive d'instance et dans le mémoire en réplique, ni été soutenu oralement devant le tribunal, étant à écarter des débats.

L'administration communale réclame la condamnation de l'association momentanée ..., respectivement les différentes sociétés composant ladite association solidairement, sinon *in solidum*, à une indemnité d'un montant de 6.500 euros sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, l'administration communale mettant à cet égard en particulier l'attitude déloyale de l'association momentanée ...en exergue.

La demande tendant à l'obtention d'une indemnité de 6.500 euros étant de la sorte à qualifier de demande en obtention de dommages-intérêts pour procédure vexatoire, voire pour un comportement de l'association momentanée ...considéré comme fautif, elle est à rejeter, les juridictions administratives n'étant pas compétentes pour indemniser un quelconque préjudice tiré du fond du litige<sup>13</sup>, cette question relevant du juge judiciaire.

Néanmoins dans la mesure où la demande s'inscrit dans le cadre de l'article 33 de la prédite loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, il y a lieu de constater que les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge de la partie défenderesse n'ont pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce, de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande afférente.

### **Par ces motifs,**

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement,

reçoit le recours en annulation en la forme,

---

<sup>13</sup> Cour adm. 22 avril 1999, n° 10489C, Pas. adm. 2010, V° Procédure contentieuse, n° 832.

au fond le déclare non justifié et en déboute,

rejette la demande en obtention d'une indemnité de procédure formulée par la Ville de Luxembourg,

condamne la partie demanderesse aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 11 mai 2011 par :

Marc Sünner, premier juge,  
Claude Fellens, premier juge,  
Andrée Gindt, juge,

en présence du greffier Michèle Hoffmann,

Hoffmann

Sünner