

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle: **38943C**

Inscrit le 6 janvier 2017

Audience publique du 25 avril 2017

**Appel formé par
la société anonyme ... S.A., L-...,
contre un jugement du tribunal administratif du 12 décembre 2016 (n^{os} 37063 et
37477 du rôle), rendu suite à ses recours dirigés contre deux décisions du
collège des bourgmestre et échevins de la commune de Bertrange,
en présence de la société à responsabilité limitée ... S.à r.l., L-...,
en matière de marchés publics**

Vu l'acte d'appel déposé au greffe de la Cour administrative le 6 janvier 2017 par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège social à L-..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., dirigé contre un jugement rendu en matière de marchés publics par le tribunal administratif le 12 décembre 2016, par lequel ledit tribunal, après avoir déclaré irrecevable les recours principaux en réformation, a rejeté ses recours en annulation dirigés contre 1) la décision du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Bertrange du 17 juillet 2015, matérialisée par une lettre de l'administration communale de Bertrange du 20 juillet 2015, portant information que son offre relative au marché des travaux de ferronnerie intérieure dans le cadre de la construction de l'école « ... » à Bertrange n'a pas été retenue et portant information que le marché a été attribué à la société à responsabilité limitée ...S.à r.l. et 2) la décision de la commune de Bertrange du 5 août 2015, rendue sur recours gracieux, confirmant que son offre relative au marché des travaux de ferronnerie intérieure dans le cadre de la construction de l'école « ... » à Bertrange n'a pas été retenue et que le marché a été attribué à ladite société ... S.à r.l.;

Vu l'exploit de l'huissier de justice de justice Patrick KURDYBAN, demeurant à Luxembourg, du 12 janvier 2017, portant signification de cet acte d'appel à l'administration communale de Bertrange, représentée par son collège des bourgmestre et échevins, établie à la maison communale à L-..., ainsi qu'à la société à responsabilité limitée ... S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-... lieudit « ... », représentée par son gérant actuellement en

fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ...;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 9 février 2017 par Maître Steve HELMINGER, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de l'administration communale de Bertrange;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 1^{er} mars 2017 au nom et pour le compte de la société appelante;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 3 avril 2017 pour compte de l'administration communale de Bertrange;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître Vincent ISITMEZ, en remplacement de Maître Gérard SCHANK, et Maître Steve HELMINGER en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 4 avril 2017.

Suivant avis de marché du 7 mai 2015, l'administration communale de Bertrange, ci-après désignée par la « *commune de Bertrange* », lança un appel d'offre, selon la procédure ouverte, pour les travaux de ferronnerie intérieure dans le cadre de la construction de l'école « ... » à Bertrange.

Par courrier du 2 juillet 2015, la société ... S.A., ci-après désignée par le « *bureau ...* », demanda, au nom de la commune de Bertrange, à la société ... S.A., ci-après désignée par la « *société ...* », de lui faire parvenir des références pour des travaux similaires à ceux visés à la position ... du cahier des charges à la suite de l'offre déposée par celle-ci dans le cadre dudit marché.

Par un courrier du 3 juillet 2015, la société ... répondit à ce courrier dans les termes suivants :

« Suite à votre courrier du 02 juillet dernier, nous vous transmettons en annexe les références de notre fournisseur des mailles qui nous livre et nous aide au montage pour ce type d'ouvrage. (...) ».

Par courrier du 20 juillet 2015, la commune de Bertrange informa la société ... que son offre avait été écartée comme étant non conforme aux motifs suivants :

« Nous avons le regret de vous informer que le collègue échevinal de la commune de Bertrange - par décision du 17 juillet 2015 - n'a pas retenu votre offre relative au marché sous rubrique et ceci pour la/les raison(s) suivante(s) :

- votre offre est déclarée en tant qu'offre non régulière (administrativement non conforme). Les documents administratifs en ce qui concerne votre sous-traitant restent, malgré notre rappel écrit, incomplets (absences entre autres des certificats de non obligation), suivant les articles 85-87 du règlement grand-ducal du 03 août 2009. Vu ce qui précède, votre offre est écartée.

Conformément à l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, il vous est loisible de présenter vos observations au pouvoir adjudicateur.

La présente vous est adressée conformément à l'article 90 alinéa 3 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Passé le délai de quinze jours à compter de la présente information, le collège des bourgmestre et échevins procédera à la conclusion du contrat avec l'adjudicataire sur base de l'article 90,4 du même règlement. Cette décision sera portée à la connaissance des soumissionnaires qui auront présenté des observations.

En application de l'article 14 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, nous vous informons qu'un recours contre la présente décision peut être introduit auprès du tribunal administratif par un avocat de la liste 1. Ce recours doit être introduit sous peine de déchéance dans un délai de 3 mois à partir de la notification de la présente ».

Suivant un courrier de son mandataire du 29 juillet 2015, la société ... introduisit une réclamation contre cette décision et demanda au pouvoir adjudicateur de surseoir à conclure le contrat d'adjudication et de lui indiquer l'identité du soumissionnaire auquel le marché a été attribué.

Par un courrier du 31 juillet 2015, la société ... fut informée par la commune de Bertrange que le processus d'adjudication avait été suspendu et que celle-ci allait procéder à une analyse approfondie de sa réclamation.

Par un courrier du 5 août 2015, la commune de Bertrange prit position comme suit :

« (...) Par la présente, nous nous empressons de revenir vers vous suite au courrier de votre mandataire du 29 juillet 2015, de même que celui du bureau ... à votre adresse en date du 31 juillet 2015.

Conformément à votre demande nous vous informons que l'entreprise ... a été retenue adjudicataire du marché.

Pour ce qui concerne le courrier de votre mandataire du 29 juillet 2015 et valant réclamation sinon recours gracieux, nous devons constater que l'argumentation y développée laisse de convaincre.

Tant l'avis de marché que les clauses contractuelles sous l'article 1.10.4 imposent la présentation de 3 références pour des travaux similaires et notamment pour ce qui concerne la réalisation de plusieurs mailles tendues, en inox, en forme, géométrie et hauteur variables.

Votre mandataire a confirmé dans son courrier précité que vous n'avez pas recours à la sous-traitance, pour ainsi avoir également confirmé que vous ne remplissez pas les critères de sélection qualitative du marché, alors que les références par vous indiquées sont celles d'une tierce société n'étant de votre propre aveu pas votre sous-traitant.

Pour être complet et même à supposer que cette tierce société devait pouvoir être considérée de sous-traitant, votre offre ne serait toujours pas conforme, pour ne pas avoir

fourni, malgré rappel, les documents administratifs requis d'un tel sous-traitant conformément aux articles 85-87, respectivement 233 et 237 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

En espérant que ces quelques explications peuvent vous convaincre du bien-fondé de notre décision, nous vous informons que, conformément au courrier précité du bureau ..., nous comptons passer commande à l'expiration d'un délai supplémentaire de 15 jours calendriers courant à partir de ce jour ».

Par un courrier du 14 août 2015, la société ... saisit la commission des soumissions qui rendit un avis en date du 25 septembre 2015.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 19 octobre 2015, inscrite sous le n° 37063 du rôle, la société ... fit introduire un recours en réformation, sinon en annulation contre la « *décision du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Bertrange du 17 juillet 2015, matérialisée à son égard par une lettre de la commune de Bertrange du 20 juillet 2015 portant information que son offre n'a pas été retenue et portant information que le marché a été attribué à la société à responsabilité limitée ... s.à r.l.* », ci-après désignée par la « *société ...* ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 2 février 2016, inscrite sous le numéro 37477 du rôle, la société ... introduisit encore un recours en réformation, sinon en annulation contre la décision de la commune de Bertrange du 5 août 2015 confirmant que son offre n'avait pas été retenue et que le marché avait été attribué à la société MIG.

Par jugement rendu le 12 décembre 2016, le tribunal administratif joignit les deux recours inscrits sous les n°s 37063 et 37477 du rôle, se déclara incompétent pour connaître des deux recours principaux en réformation, reçut les deux recours subsidiaires en annulation en la forme, au fond, les déclara non justifiés, partant en débouta, le tout avec rejet de la demande en obtention d'une indemnité de procédure présentée par la partie demanderesse et en laissant les frais de l'instance à sa charge.

Par requête d'appel déposée le 6 janvier 2017, la société ... a régulièrement interjeté appel contre le susdit jugement du 12 décembre 2016.

L'appelante conclut à la confirmation du jugement *a quo* en ce qui concerne la décision des premiers juges de rejeter les moyens d'irrecevabilité soulevés par la commune de Bertrange, mais à sa réformation, au motif que son offre aurait été écartée à tort, dès lors que contrairement à ce qui a été retenu à son encontre, elle n'aurait pas eu recours à un sous-traitant, d'une part, et que les références pour des ouvrages analogues et de même nature, telles que fournies par elle, seraient adéquates et suffisantes, d'autre part.

La commune de Bertrange déclare interjeter appel incident contre le jugement entrepris. En premier lieu, elle réitère son moyen tiré de ce que le recours originaire inscrit sous le n° 37063 du rôle serait irrecevable pour ne viser que la seule décision initiale du 17 juillet 2015. En effet, l'argumentation développée dans ce recours viserait la deuxième décision du 5 août 2015, prise suite au recours gracieux de la société ..., pourtant non visée par le premier recours. En outre, une annulation de la seule décision initiale ne serait pas de nature à donner satisfaction à l'appelante initiale, au motif que la deuxième décision survivrait et lui resterait opposable.

Selon la partie intimée, il conviendrait de retenir que soit la décision initiale et la décision prise sur recours gracieux seraient à considérer ensemble et partant indivisiblement, alors le premier recours serait irrecevable pour ne pas avoir visé la deuxième décision soit qu'il s'agirait de deux décisions distinctes, bien qu'ayant un même objet, et alors le recours resterait toujours irrecevable pour ne pas être de nature à donner satisfaction à la société ... du fait de la survie de la deuxième décision.

Concernant le deuxième recours, inscrit sous le n° 37477 du rôle, la commune de Bertrange soulève encore son irrecevabilité pour ne pas avoir été introduit dans le délai légal de trois mois après la prise de décision.

En l'espèce, force est de constater que les deux décisions prises par le collège échevinal de Bertrange, respectivement en date des 17 juillet et 5 août 2015, ont toutes les deux pour objet de décider quant au sort à réserver à une offre soumise par la société ... dans le cadre de la procédure d'adjudication publique litigieuse, la première décision intervenant, le 17 juillet 2015, en tant que réponse réservée à la soumission de l'offre en question, et la seconde, le 5 août 2015, sur recours gracieux de la société ..., dirigé par elle contre la décision initiale d'écartement de son offre. Considérées en leur réalité tant économique que juridique, les deux décisions ont un seul et même objet, à savoir celui de fournir une réponse à la soumission de la société Cette unicité d'objet n'est pas affectée par le fait qu'intervenant suite à une réclamation et un argumentaire le sous-tendant, la deuxième décision véhicule logiquement des éléments de motivation supplémentaires, fournis en réponse aux arguments développés par la réclamante à l'appui de son recours gracieux. Il s'ensuit que les deux décisions ne sont pas distinctes et la deuxième décision ne remplace pas la première, mais les deux forment un seul ensemble.

De ce constat, il ne saurait cependant pas être dégagé que la demanderesse initiale, en ne visant, à travers son premier recours, que la seule décision initiale du 17 juillet 2015, aurait pêché en scindant un tout indissociable et que son recours serait irrecevable de ce fait.

En effet, bien qu'il eût été plus logique pour elle d'avoir agi, à travers un seul et même recours, tant contre la décision d'écartement initiale que contre celle confirmative donnée en réponse à son recours gracieux, il n'en reste pas moins qu'à travers son recours dirigé contre la seule décision initiale, la demanderesse initiale ne vise pas moins que « *le* » rejet de son offre et si elle était victorieuse, l'annulation de la décision pointée ferait disparaître la base juridique sur laquelle repose naturellement la décision confirmative prise sur recours gracieux et cette dernière n'aurait, implicitement, mais nécessairement, plus d'existence valable.

Par ailleurs, tout comme la partie intimée est recevable à véhiculer des éléments de motivation supplémentaires à l'appui de sa décision initiale, notamment ceux libellés à travers sa réponse donnée au recours gracieux, la partie demanderesse initiale est en droit de viser tous les éléments de motivation de la décision de rejet qui a été opposée à son offre, n'eussent-ils pas été énoncés dans la décision initiale.

Le moyen d'irrecevabilité du premier recours contentieux introduit par la société ..., réitéré en instance d'appel par la commune de Bertrange, laisse partant d'être fondé.

Au-delà du fait qu'au regard des considérations qui précèdent, indépendamment du sort à réserver au moyen d'irrecevabilité *ratione temporis* opposé au deuxième recours introduit par la société ... à l'encontre de la décision du 5 août 2015, l'accès au prétoire de la

demanderesse pour agir contre « *la* » décision d'écartement de son offre n'en serait pas pour autant affecté, force est encore de constater, à l'instar des premiers juges, que dès lors que la décision du 5 août 2015 répond avec des éléments de motivation supplémentaires à une réclamation de la société ..., il aurait appartenu à la commune de Bertrange d'indiquer, conformément à l'article 14 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, une nouvelle information sur les voies de recours et, faute de ce faire, aucun délai pour agir à l'encontre de la décision du 5 août 2015 n'a commencé à courir.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité afférent laisse encore d'être fondé et l'appel incident manque partant de fondement.

Quant au fond de l'affaire, dans un premier ordre d'idées, la partie appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que son fournisseur, la société ..., serait à qualifier de sous-traitant et que les certificats relativement à sa capacité technique n'auraient pas été fournis.

Selon la partie appelante, les premiers juges auraient mal apprécié les circonstances de fait de la cause. En effet, elle n'aurait point eu recours à la sous-traitance, la société ... n'étant qu'un simple fournisseur et non pas un sous-traitant. Elle en veut pour preuve le fait que dans son bordereau de soumission, à la page 42 des clauses contractuelles relative à la « *liste des sous-traitants* », elle aurait expressément marqué la mention « *Néant* ».

Or, il serait clair qu'elle n'aurait pas été obligée de fournir au pouvoir adjudicateur des informations concernant un sous-traitant inexistant et que les dispositions des articles 85 à 87 du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10) de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, ci-après désigné par le « *règlement grand-ducal du 3 août 2009* », n'auraient partant pas été violées.

Elle précise avoir fourni, à travers son courrier du 3 juillet 2015 à l'adresse de la commune de Bertrange, des informations au sujet de son « *fournisseur* » de mailles tendues, « *à qui elle avait demandé de l'assister dans le cadre des travaux de montage des dites mailles* ».

Elle entend cependant voir relativiser ces termes en ce sens que cette assistance n'aurait été que simplement technique et consisté qu'« *à contrôler et à vérifier que les travaux de montage des mailles tendues à réaliser (...) [par elle] seraient conformes aux prescriptions et recommandations du fabricant et aux règles de l'art* ». D'ailleurs, cette assistance n'aurait pas été indispensable, dès lors qu'elle aurait été parfaitement à même de réaliser les travaux conformément aux exigences du cahier des charges.

La requalification du rôle de son fournisseur et du contrat liant les deux entreprises, telle qu'opérée par les premiers juges, à supposer que le juge administratif soit compétent pour connaître et interpréter des conventions conclues entre deux entreprises, serait partant contraire à la volonté des parties.

Il est encore insisté sur ce que cette vision des choses aurait été confirmée par la commission des soumissions dans son avis du 25 septembre 2015.

Dans un deuxième ordre d'idées, l'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir retenu que « (...) *dans la mesure où il se dégage du bordereau de la soumission que le poste des travaux de mailles tendues correspond à un montant de ... euros hors TVA, comparé aux postes des mains-courantes d'un montant de ... euros hors TVA, respectivement des garde-corps droits, inclinés et pleins pour un montant global de ... euros hors TVA, l'exigence du maître de l'ouvrage de recevoir des références plus particulièrement pour les travaux de mailles tendues n'est pas sujet à critique ».*

Elle estime avoir fourni suffisamment de références, de sorte à remplir le critère de sélection concernant sa capacité technique ou professionnelle conformément au point 1.10.4 des clauses contractuelles générales.

Ainsi, il est soutenu qu'il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir fourni de référence concernant les travaux relatifs à la maille tendue, au motif que pareille exigence ne se dégagerait pas du cahier des charges, comme la commission des soumission l'aurait d'ailleurs estimé en retenant: « (...) *En ce qui concerne les références à fournir, le cahier des charges exige des références pour des ouvrages analogues et de même nature, de sorte qu'il n'est pas requis qu'il doit obligatoirement s'agir de travaux relatifs à de la maille, alors que les travaux ne concernaient pas uniquement la maille (...) ».*

Ainsi, il serait satisfait à l'exigence de production de références de bonne exécution pour les travaux les plus importants en produisant des références pour des travaux de ferronnerie intérieure, sans distinction des éventuels postes ou sous-postes des travaux du marché.

L'appelante estime qu'on lui reprocherait à tort de ne pas respecter les critères de sélection relatifs à sa capacité technique.

Il est demandé à la Cour de dire que le pouvoir adjudicateur aurait manqué aux règles applicables en matière de marchés publics en appliquant le critère des références et de l'expérience comme un critère d'attribution, alors qu'une fois les offres sélectionnées, l'on ne saurait départager les candidats selon leur expérience et selon leurs références.

Enfin, il serait faux de considérer les travaux de « *maille tendue verticale en inox »* comme constituant les travaux les plus importants du marché, alors qu'il ne représenteraient que 45 % du marché.

La commune de Bertrange conclut à voir rejeter l'appel comme étant non fondé.

Les premiers juges ont à juste titre mis en exergue le rôle spécifique du juge administratif lorsqu'il est appelé, comme en la présente matière, à statuer comme juge de l'annulation, la mission légale l'appelant à vérifier si les motifs invoqués par l'administration sont de nature à motiver légalement la décision attaquée et à contrôler 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.

Plus particulièrement, il a été insisté à bon escient sur le fait que si dans le cadre d'un recours en annulation, la légalité d'une décision administrative s'apprécie en considération de la situation de droit et de fait au jour où elle a été prise, la vérification de la matérialité des faits s'effectue, en principe, d'après les pièces et éléments du dossier administratif,

respectivement en fonction des éléments dont l'autorité a connaissance ou aurait dû avoir connaissance au moment où elle statue.

Au-delà, 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 un dépassement de la marge d'appréciation de l'auteur de la décision querellée.

Ceci étant dit, le cadre légal du litige est essentiellement dressé par l'article 71 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 qui 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 spécial des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées. (...) ».

Il est donc imposé au pouvoir adjudicateur d'examiner et de vérifier les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, d'une part, et précisé que les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier spécial des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées, d'autre part. L'article 59 du même règlement grand-ducal ajoute que les offres non conformes aux articles 56, 57 et 58 ne sont pas prises en considération et l'article 85 dudit règlement pointe encore que le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus.

A cet égard, c'est encore à juste titre que les premiers juges ont dégagé de la formulation impérative de l'article 71 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 qu'il ne confère pas une faculté au pouvoir adjudicateur pour éliminer une offre en cas de constat de sa non-conformité technique, mais qu'il pose le principe que dans cette hypothèse, l'offre non conforme *« est éliminée »*, de sorte à exclure tout pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, et, *a fortiori*, tout risque de distorsion de concurrence et d'inégalité des soumissionnaires face à une soumission, en exigeant de tous les soumissionnaires qu'ils respectent scrupuleusement le cahier des charges, toutes les entreprises devant en effet faire, conformément à l'article 4 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, l'objet d'un traitement identique.

En l'espèce, il convient de constater que les deux décisions litigieuses par lesquelles la commune de Bertrange a écarté l'offre présentée par la société ..., du fait d'être motivées sur un défaut de fourniture de la documentation relative à un sous-traitant conformément aux articles 85 à 87 du règlement grand-ducal du 3 août 2009, sont à situer au niveau du contrôle du respect des critères de sélection des offres et non pas au niveau de l'appréciation des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire au niveau de l'application des critères d'attribution du marché. - Il suit de ce constat préalable qu'en tout état de cause, l'argumentaire développé par la partie appelante à travers son mémoire en réplique, tablant sur ce que le pouvoir adjudicateur aurait fait un usage prohibé

des critères de sélection pour départager les candidats sélectionnés selon leur expérience et leurs références, c'est-à-dire qu'il aurait posé le critère de l'expérience comme critère d'attribution, est à rejeter. En effet, ce raisonnement manque en fait, dès lors qu'il appert clairement que la société ... n'a précisément pas été sélectionnée, étant donné qu'il a été retenu qu'elle ne remplissait pas les conditions d'un critère de sélection et que de ce fait, son offre était à écarter.

Ceci étant dit, les critiques formulées par la société ... relativement au bien-fondé du motif d'un défaut de fourniture de la documentation relative à son sous-traitant, appelle le juge administratif à examiner le rôle que la société ... était appelé à jouer dans le cadre de son intervention dans la réalisation de l'offre de la société Plus particulièrement, il convient d'examiner si elle était appelée à intervenir en tant que sous-traitant de la société ..., comme retenu par le pouvoir adjudicateur, auquel cas le motif de rejet afférent serait justifié ou si elle n'était appelée qu'à intervenir comme simple fournisseur, comme le soutient la partie appelante, auquel cas le motif en question manquerait de fondement.

Comme d'ores et déjà relevé ci-avant, cette analyse doit se faire par rapport à la situation de fait telle qu'elle se présentait au pouvoir adjudicateur au moment de la prise de décision, étant insisté sur ce qu'en la matière, le contrôle de la légalité doit nécessairement se faire au regard des seuls éléments intrinsèques du dossier de soumission présenté par un soumissionnaire et qu'il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir tenu compte d'éléments qui ne lui ont pas été présentés utilement.

Or, au-delà de toutes considérations relativement à la qualification des relations contractuelles pouvant exister entre les sociétés ... et ..., la Cour rejoint les premiers juges en ce qu'ils ont pointé à bon escient que s'il est vrai que la société ... avait indiqué au pouvoir adjudicateur, à travers son bordereau de soumission et, plus particulièrement, l'apposition de la mention « *néant* » dans la rubrique « *liste des sous-traitants* », ne pas faire appel à un sous-traitant, il est cependant vrai encore que dans son courrier du 3 juillet 2015, fourni en réponse à un courrier du bureau ... du 2 juillet 2015 lui réclamant des références pour des ouvrages analogues de même nature tant au niveau de l'aménagement des gardes corps que pour le volet relatif à la maille tendue, la société ... transmet « *les références de notre fournisseur des mailles qui nous livre et nous aide au montage de ce type d'ouvrage* ».

Or, ce faisant, la société ... a affiché clairement faire intervenir la société ... dans la réalisation des travaux portés en soumission publique, tant au niveau de la fourniture de la maille tendue qu'activement, au niveau du montage du matériel fourni, de sorte qu'il pouvait valablement apparaître aux yeux du pouvoir adjudicateur que le rôle de la société ... dépassait indubitablement celui d'un simple fournisseur de matériel et qu'il s'agissait, en réalité -malgré l'indication initiale contraire-, d'un sous-traitant, au sens de l'article 10, paragraphe 2, du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Telle est la situation qui s'est présentée au pouvoir adjudicateur et sur base de laquelle il a été appelé à décider, telle est encore la situation à laquelle le juge de l'annulation doit avoir égard, de sorte que l'appelante tente vainement de relativiser par la suite le rôle de la société En tant que professionnel convoitant un marché public, la société ... ne peut s'en prendre qu'à elle-même lorsque dans le cadre d'une procédure de soumission publique, elle s'exprime mal. Par ailleurs, il n'incombait pas au pouvoir adjudicateur de revenir à charge pour examiner si derrière l'apparence créée par les dernières explications du soumissionnaire, il ne se cachait pas une réalité autre.

Or, dans la mesure où la société ... pouvait être considérée constituer un sous-traitant de la société ..., la commune de Bertrange a valablement pu écarter l'offre présentée par cette dernière au motif que les certificats relatifs audit sous-traitant, tels qu'exigés par les dispositions des articles 85 à 87 du règlement grand-ducal du 3 août 2009, ne lui avaient pas été soumis.

Si au regard de ces considérations l'offre de la société appelante a été valablement écartée par les deux décisions litigieuses et que de la sorte, l'appel est d'ores-et-déjà à rejeter pour manquer de fondement, la Cour tient à son tour à insister sur le fait que même à supposer que la société ... n'eût pas été à considérer comme sous-traitant de la société ..., l'offre de cette dernière aurait encore été écartée à bon droit du chef d'un défaut de production de toutes les références personnelles requises au sujet des travaux de réalisation de mailles tendues. En effet, dès lors que les clauses contractuelles, générales et particulières (resp. art. 1.10.4 « *capacité technique ou professionnelle* » et 2.9 « *conditions minima de participation de la soumission* ») du dossier de soumission requerraient respectivement la production de « 3 certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants » et 3 références « *pour des ouvrages analogues et de même nature* », d'une part, et que le poste relatif aux travaux de mailles tendues (atteignant à lui seul pratiquement 50% de la valeur totale du marché) est à qualifier de poste pour lequel le maître de l'ouvrage était en droit de solliciter des références attestant la capacité technique pour les réaliser, d'autre part, le défaut de production de références personnelles y afférentes par la société ... lui aurait à son tour valu l'exclusion de son offre.

Dans cet ordre d'idées, l'appelante ne saurait prétendre à être entérinée en ce qu'elle entend voir considérer tous les travaux (en l'occurrence d'après l'avis de marché, des travaux de garde-corps métalliques, des travaux de profilés de rives, des travaux de mains-courantes et des travaux de réalisation de plusieurs mailles tendues, en inox, de forme, géométrie et hauteur variables) en leur ensemble, comme ne constituant que des variantes de travaux de ferronnerie intérieure. En effet, la spécificité de la réalisation des travaux de maille technique demandés par le maître d'ouvrage est notamment, mais singulièrement, illustrée par le fait que l'appelante ressentait elle-même le besoin de se faire, selon ses propres termes, « *assister* » ou « *contrôler* » par la société ... en vue de leur montage.

Il est par ailleurs patent qu'un soumissionnaire ne saurait se prévaloir des références techniques de son fournisseur ou d'une tierce entreprise.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel laisse d'être justifié.

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'appelante en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter. Il en est de même de celle formulée par la commune de Bertrange, étant donné que les conditions afférentes ne sont pas remplies.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties;

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

au fond, les déclare non justifiés et en déboute;

partant confirme le jugement entrepris du 12 décembre 2016;

rejette les deux demandes en allocation d'une indemnité de procédure formulées respectivement par l'appelante et la partie intimée pour manquer de fondement;

condamne l'appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Henri CAMPILL, vice-président,
Lynn SPIELMANN, conseiller,
Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu par le vice-président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier assumé de la Cour Sam WICKENS.

s. WICKENS

s. CAMPILL

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 25.04.2017

le greffier de la Cour administrative