

Audience publique du 7 novembre 2017

Requête en obtention d'une mesure provisoire
introduite par l'association momentanée ...
contre des décisions du ministre du Développement durable et des Infrastructures,
en présence
de la société anonyme ..., ...,
en matière de marchés publics

ORDONNANCE

Vu la requête inscrite sous le numéro 40284 du rôle et déposée le 18 octobre 2017 au greffe du tribunal administratif par Maître Ariane KORTÜM, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de 1) la société anonyme ..., établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, 2) la société anonyme ..., établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, 3) la société à responsabilité limitée ..., établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions, regroupées au sein de l'association momentanée ..., tendant à l'institution d'un sursis à exécution, sinon d'une mesure de sauvegarde, contre l'arrêté du ministre du Développement durable et des Infrastructures du 18 septembre 2017 portant attribution du marché public de « *Travaux de Façades et de Menuiserie métallique à exécuter dans l'intérêt de la Construction du Centre Pénitentiaire Ueschterhaff à Sanem* », à la société anonyme ..., établie et ayant son siège social à ..., et contre la décision du même ministre du 5 octobre 2017, par laquelle l'offre de l'association momentanée ... soumise en vue de l'obtention dudit marché a été rejetée, un recours en réformation, sinon en annulation ayant été par ailleurs introduit contre lesdites décisions ministérielles par requête déposée le même jour, inscrite sous le numéro 40283 du rôle ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO, demeurant à Luxembourg, du 19 octobre 2017, portant signification de la prédite requête en obtention d'une mesure provisoire à la société anonyme ... ;

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

Vu les pièces versées en cause et notamment les décisions attaquées ;

Maître Ariane KORTÜM, pour la partie demanderesse, ainsi que Maître Brice OLINGER, en remplacement de Maître Patrick KINSCH pour l'Etat du Grand-Duché de

Luxembourg, et Maître Marc THEISEN pour la société anonyme ... entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 6 novembre 2017.

Par avis de marché du 17 janvier 2017, le ministère du Développement Durable et des Infrastructures annonça l'ouverture d'une procédure de soumission ouverte en vue de l'attribution du marché public relatif aux travaux de façades et de menuiserie métallique du Centre Pénitentiaire Ueschterhaff à Sanem.

La société anonyme ..., la société anonyme ..., ainsi que la société à responsabilité limitée ..., regroupées au sein de l'association momentanée ..., ci-après « l'association momentanée », déposèrent une offre en date du 9 mars 2017.

Lors de l'ouverture des soumissions en date du 10 mars 2017, la société anonyme ... apparut être la moins-disante des concurrents en lice, tandis que l'association momentanée présenta la deuxième meilleure offre.

Par courrier du 6 juillet 2017, l'association momentanée s'adressa à l'administration des Bâtiments publics pour contester que la société anonyme ... ait rempli les conditions minima de participation tels que figurant aux conditions d'appel d'offres.

Par arrêté du 18 septembre 2017, le ministre du Développement durable et des Infrastructures, dénommé ci-après le « ministre », sur proposition du directeur de l'administration des Bâtiments publics du 23 août 2017, approuva le procès-verbal d'adjudication publique, suivant lequel la société anonyme ... s'engage à exécuter les prestations mises en soumission publique moyennant le paiement d'un prix de ... euros (TTC).

Par courrier du 5 octobre 2017, notifié le 6 octobre 2017, le ministre informa l'association momentanée que l'offre soumise par elle n'avait pas pu être prise en considération, étant donné qu'elle n'était pas la plus favorable, ledit courrier comprenant en annexe copie de l'arrêté ministériel d'adjudication cité ci-avant.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 18 octobre 2017, inscrite sous le numéro 40283 du rôle, l'association momentanée a fait introduire un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la décision d'attribution du marché que de la décision de rejet de son offre.

Par requête séparée déposée le même jour, inscrite sous le numéro 40284 du rôle, elle sollicite encore le sursis à exécution des deux décisions attaquées dans le cadre du recours au fond.

L'association momentanée estime que les conditions légales requises pour voir instituer la mesure provisoire sollicitée sont remplies en l'espèce au motif que l'exécution de la décision d'adjudication risquerait de lui causer un préjudice grave et définitif, d'une part, et que les moyens d'annulation à l'appui de son recours au fond seraient sérieux, d'autre part.

Pour justifier l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, elle fait valoir que l'exécution immédiate de la décision d'adjudication moyennant la conclusion du contrat entre le pouvoir adjudicateur et la société adjudicatrice avant que le tribunal administratif ne se soit prononcé sur le recours au fond l'écarterait définitivement et irrémédiablement du marché en cause ; or, le marché en cause serait non seulement d'une envergure importante, mais les différents membres de l'association momentanée auraient encore depuis la remise de leur offre organisé leurs effectifs de telle manière à pouvoir dans les délais contractuels exécuter lesdits travaux, ce qui aurait impliqué de s'abstenir à participer à d'autres marchés de cette envergure en prévention du risque de ne pas être en mesure d'assumer leurs obligations dans le cadre du marché litigieux.

Or, la perte de ce marché et le préjudice en résultant ne seraient pas compensés par l'attribution de dommages et intérêts aux termes d'un procès civil contre l'Etat.

L'association momentanée estime encore que son recours au fond aurait de sérieuses chances de succès de voir annuler les décisions querellées et elle se prévaut au fond de la violation, respectivement du non-respect par la société anonyme ..., ci-après « la société ... », des critères de sélection qualitative tels que figurant aux clauses contractuelles régissant le marché en question.

Plus précisément, l'association momentanée affirme que si l'article 2.10.6 des clauses contractuelles impose aux soumissionnaires de justifier d'un chiffre d'affaires annuel minimum pour le dernier exercice de 15 millions d'euros et d'un personnel de 150 personnes dans le métier concerné, il résulterait du dernier bilan publié par la société ... que celle-ci justifierait seulement d'un chiffre d'affaires de ... euros pour l'année 2015 et de ... euros pour l'année 2016. De même, en ce qui concerne le nombre d'effectifs, la société ... ne disposerait que d'un effectif de ... personnes pour 2015 et de ... pour 2016.

Dans la mesure toutefois où l'article 228 du règlement grand-ducal du 11 août 2009 sur les marchés publics permettrait au soumissionnaire de faire valoir la capacité d'autres entités pour l'exécution d'un certain marché, l'association momentanée estime que le seul fait de conclure un contrat de sous-traitance dans le cadre d'une soumission à un marché public, ne saurait être considéré comme un engagement au sens de l'article 228 précité, puisqu'au travers du précontrat de sous-traitance, le sous-traitant s'engagerait uniquement à réaliser certaines prestations faisant partie du marché, mais ne s'engagerait pas à prêter son concours à la réalisation du marché en général.

L'association momentanée expose ensuite que l'article 2.10.4.1 des clauses contractuelles exigerait que les soumissionnaires respectent un certain nombre de critères et de spécifications techniques. Ainsi, concernant la livraison de manganèse, les conditions contractuelles exigeraient la production de fiches techniques ou certificats prouvant que la qualité livrée correspond à du manganèse n°1.3401 (« *Hartmanganstahl* ») : or, la société ... n'aurait pas livré de documents techniques concernant les caractéristiques exigées pour la livraison du manganèse.

Par ailleurs, si le cahier des charges exigerait sous la position 031.6.01.01.0003 la livraison d'un cadre de fenêtre avec un niveau de sécurité RC6, l'association momentanée prétend que le sous-traitant retenu par la société ..., à savoir la société ..., ne serait pas à même de fournir la certification RC6, ce qui résulterait d'un échange de mail antérieur, daté du février 2017, entre cette même société ... et l'association momentanée.

Enfin, l'association momentanée s'interroge quant aux garanties présentées par la société ..., et plus particulièrement quant aux capacités financières et aux capacités en termes de personnel de cette société. A cet égard, elle fait plaider que comme le cahier des charges exigerait un effectif de 150 personnes occupé dans le métier concerné, ce critère ne saurait en tout état de cause être rempli dans le chef de la société ... qui ne disposerait que d'un effectif total de ... personnes, sans que la distinction ne soit faite entre le personnel occupé dans le métier concerné et le restant du personnel ; par ailleurs, le chiffre d'affaires demandé de 15 millions d'euros, que l'association momentanée considère comme un chiffre d'affaires faible eu égard à l'envergure du marché, ne serait pas non plus atteint par la société ... qui aurait connu des difficultés financières au cours des dernières années, l'association momentanée relevant que le dernier bilan publié montrerait d'ailleurs un chiffre d'affaires ainsi que des effectifs en baisse.

Dans le même ordre d'idées, l'association momentanée émet encore des doutes quant aux références fournies par la société ..., et en particulier quant aux références fournies relativement à un projet analogue à caractère sécuritaire.

L'association momentanée estime en conclusion que la décision d'attribuer le marché à la société ... serait entachée d'illégalité dans la mesure où les critères posés par le cahier des charges ne seraient pas été remplis, de sorte que cette décision serait vraisemblablement destinée à être annulée par les juges du fond.

L'Etat, rejoint en ses plaidoiries par la société ..., contre cette argumentation en relevant que les conditions légales pour obtenir une mesure provisoire ne seraient pas remplies en cause, les parties défenderesse et tiers-intéressée contestant tant le risque d'un préjudice grave et définitif que le caractère sérieux des moyens de l'association momentanée.

En vertu de l'article 11 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, un sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux. Le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance.

L'affaire au fond ayant été introduite le 18 octobre 2017 et compte tenu des délais légaux d'instruction fixés par la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée, l'affaire ne saurait être considérée comme pouvant être plaidée à brève échéance.

En ce qui concerne plus particulièrement le préjudice grave et définitif tel qu'invoqué, il convient de rappeler qu'un préjudice est grave au sens de l'article 11 de la loi précitée du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Il est définitif lorsque le succès de la demande présentée au fond ne permet pas ou ne permet que difficilement un rétablissement de la situation antérieure à la prise de l'acte illégal, la seule réparation par équivalent du dommage qui se manifeste postérieurement à son annulation ou sa réformation ne pouvant être considérée à cet égard comme empêchant la réalisation d'un préjudice définitif.

En l'espèce, l'exécution immédiate des décisions attaquées et plus particulièrement de la décision d'adjudication moyennant la conclusion du contrat entre le pouvoir adjudicateur et la société adjudicatrice avant que le tribunal administratif se soit prononcé par rapport au recours au fond, implique le risque tant définitif que grave pour la demanderesse de perdre toute chance de se voir attribuer un marché d'une importance certaine et de référence pour lequel elle a présenté l'offre la seconde moins-disante, l'association momentanée s'exposant par ailleurs, outre à la perte de ce marché d'envergure - la seule importance des sommes en jeu, plus de ... millions d'euros, établissant d'emblée le risque de préjudice grave - et de ses conséquences financières directes importantes, à un manque à gagner important et à la perte de chances résultant de la mise en disponibilité de ses capacités dans l'attente de l'attribution du marché en cause.

Il s'ensuit que la première exigence légale est remplie en cause.

Il reste à examiner si la deuxième condition énoncée par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 pour justifier une mesure de sursis à exécution et requérant que les moyens présentés par la demanderesse à l'appui de son recours au fond soient suffisamment sérieux est remplie en cause.

Concernant les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la demande, le juge appelé à en apprécier le caractère sérieux ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés, et accorder le sursis, respectivement la mesure de sauvegarde lorsqu'il paraît, en l'état de l'instruction, de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution, respectivement l'institution d'une mesure de sauvegarde doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'ils constituent une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès.

Ainsi, le juge du référé est appelé, d'une part, à procéder à une appréciation de l'instant au vu des éléments qui lui ont été soumis par les parties à l'instance, cette appréciation étant susceptible de changer par la suite en fonction de l'instruction de l'affaire et, d'autre part, non pas à se prononcer sur le bien-fondé des moyens, mais à vérifier, après une analyse nécessairement sommaire des moyens et des arguments présentés, si un des moyens soulevés par le demandeur apparaît comme étant de nature à justifier avec une probabilité suffisante l'annulation de la décision attaquée.

Il convient tout particulièrement de souligner que comme la requête en effet suspensif sinon en institution d'une mesure de sauvegarde, en ce qu'elle sollicite une mesure provisoire, s'appuie directement et uniquement sur les moyens invoqués au fond, le juge statuant au provisoire est uniquement appelé à apprécier le sérieux des moyens invoqués au fond : il n'est partant appelé qu'à apprécier le sérieux des moyens produits devant le juge du fond, c'est-à-dire les moyens figurant à ce stade dans la requête introductive d'instance enrôlée devant le

juge au fond, le juge du provisoire ne pouvant plus particulièrement pas tenir compte de moyens qui pourraient figurer postérieurement à sa saisine dans de futurs et hypothétiques mémoires ampliatifs.

La compétence du président du tribunal est restreinte à des mesures essentiellement provisoires et ne saurait en aucun cas porter préjudice au principal. Il doit s'abstenir de préjuger les éléments soumis à l'appréciation ultérieure du tribunal statuant au fond, ce qui implique qu'il doit s'abstenir de prendre position de manière péremptoire, non seulement par rapport aux moyens invoqués au fond, mais même concernant les questions de recevabilité du recours au fond, comme l'intérêt à agir, étant donné que ces questions pourraient être appréciées différemment par le tribunal statuant au fond. Il doit donc se borner à apprécier si les chances de voir déclarer recevable le recours au fond paraissent sérieuses, au vu des éléments produits devant lui. Au niveau de l'examen des moyens d'annulation invoqués à l'appui du recours au fond, l'examen de ses chances de succès appelle le juge administratif saisi de conclusions à des fins de sursis à exécution, à procéder à une appréciation de l'instant au vu des éléments qui lui ont été soumis par les parties à l'instance, cette appréciation étant susceptible de changer par la suite en fonction de l'instruction de l'affaire et à vérifier si un des moyens soulevés par la partie demanderesse apparaît comme étant de nature à justifier avec une probabilité suffisante l'annulation voire la réformation de la décision critiquée.

Il doit pour cela prendre en considération les solutions jurisprudentielles bien établies, étant donné que lorsque de telles solutions existent, l'issue du litige - que ce soit dans le sens du succès du recours ou de son échec - n'est plus affectée d'un aléa.

En ce qui concerne le premier moyen, lequel consiste en substance à contester la possibilité pour la société ... de se prévaloir, en ce qui concerne ses capacités financières et techniques, des capacités de tiers, force est de constater qu'il résulte des articles 228 et 234 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, qu'un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités.

Il résulte encore de de l'article 10, paragraphe 2 du même règlement grand-ducal que la sous-traitance est définie comme suit : « *L'opération par laquelle un entrepreneur dit général ou principal confie par un contrat de sous-traitance à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise générale qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

Il appert dès lors que, d'une part, un opérateur économique peut se prévaloir des capacités d'autres entités, sans que qu'une forme déterminée de relation entre les deux entités en question ne soit imposée, de sorte que le recours à un contrat de sous-traitance ne paraît pas, *a priori*, exclu. D'autre part, il appert encore que lorsque la relation en question prend la forme d'un contrat de sous-traitance, ce contrat peut se limiter à porter sur une partie seulement du marché.

Il résulte ensuite d'une lecture superficielle des clauses contractuelles que le recours à un sous-traitant semble être explicitement prévu (voir articles 1.10 et 2.10) et que le respect des conditions de capacité semble s'apprécier également par rapport aux sous-traitants (voir notamment article 1.10.4 *in fine*, article 2.10).

Le soussigné relève par ailleurs qu'il résulte de la jurisprudence des juges du fond que les personnes candidates à la participation d'une soumission ont la possibilité de se prévaloir de leurs sous-traitants en vue d'établir qu'elles satisfont aux conditions économique, financière et technique de participation à une procédure de passation, solution valable pour tous marchés publics, qu'ils soient de travaux, de fournitures ou de services¹.

Le soussigné relève à cet égard plus précisément qu'aux termes d'un arrêt de la Cour administrative², relatif à la question de la détention d'autorisations d'établissement dans le chef du soumissionnaire et du sous-traitant de celui-ci, qu'il faut mais qu'il suffit que l'adjudicataire et son sous-traitant disposent de la ou des autorisations d'établissement requises pour les parcelles respectives du marché par eux respectivement exécutées, alors qu'un entrepreneur général ou principal est uniquement censé remplir ensemble, de manière collective, avec ses sous-traitants, les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, la Cour administrative ayant ainsi retenu la possibilité pour une association d'entreprises, en ce compris d'après cet arrêt un soumissionnaire et ses sous-traitants, de faire apprécier sa capacité technique, financière et économique non pas dans le chef de chacun de ses membres pris individuellement, mais d'une manière consolidée, cette conclusion semblant encore se dégager, du moins implicitement, d'un autre arrêt de la Cour administrative du 3 octobre 2013³.

Les critiques de principe de l'association momentanée à l'égard du fait que la société ... se soit prévaluée des capacités d'un sous-traitant en ce qui concerne ses capacités financières et techniques ne convainquent dès lors guère à ce stade.

Par ailleurs, et en fait, il résulte concrètement des éléments d'explication et des pièces fournies par le pouvoir adjudicateur, d'une part, que la société ... semble disposer de « *pré-contrats de sous-traitance* » conclus avec trois sous-traitants prospectifs pour des travaux, fournitures et services déterminés, ces trois sous-traitants prospectifs s'étant ainsi explicitement engagés à conclure des contrats de sous-traitance avec la société ... pour les travaux déterminés au cas où cette société serait adjudicataire du marché en question et, d'autre part, que la société ..., ensemble les trois sous-traitants prospectifs, présente un chiffre d'affaires de plus de ... millions d'euros et un effectif de ... personnes (dont ... sur chantier), soit des chiffres largement plus importants que ceux requis par l'article 2.10.6 des clauses particulières.

Le moyen afférent, tel qu'actuellement figurant dans les requêtes respectives, ne présente dès lors en l'état actuel d'instruction du dossier et des arguments échangés de part et d'autre pas le sérieux nécessaire pour justifier la mesure provisoire requise, encore que la question, simplement affleurée, de savoir si un opérateur peut se prévaloir de l'intégralité des effectifs et du chiffre d'affaires de ses sous-traitants, ou uniquement de ceux relatifs « *au métier concerné* », tel que prévu par l'article 2.10.6 des clauses particulières, mérite certainement d'être davantage développé et discuté devant le juge du fond, notamment au vu de l'arrêt du 7 avril 2016 de la Cour de Justice de l'Union européenne⁴ qui a retenu que si un soumissionnaire est libre d'établir des liens avec les entités dont il fait valoir les capacités et

¹ Trib. adm. 10 septembre 2009, n° 23553 ; trib.adm. 13 décembre 2010, n° 26633, confirmé par arrêt du 12 mai 2011, n° 27702C ; Cour adm. 25 février 2014, n° 33170C ; trib. adm. 12 décembre 2016, n° 37063 et 37477, confirmé par arrêt du 25 avril 2017, n° 38943C, Pas. adm. 2017, V° Marchés publics, n° 70.

² Cour adm. 25 février 2014, n° 33170C.

³ Cour adm. 3 octobre 2013, n° 32268C.

⁴ CJUE, 7 avril 2016, n° C 324/14 ; voir aussi trib.adm.(prés.) 13 mars 2017, n° 39150 du rôle.

de choisir la nature juridique de ces liens, il est néanmoins tenu d'apporter la preuve qu'il dispose effectivement des moyens de celles-ci qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution d'un marché déterminé, la Cour ayant explicitement relevé qu'un « *soumissionnaire ne saurait faire valoir les capacités d'autres entités afin de satisfaire de manière purement formelle aux conditions requises par le pouvoir adjudicateur* ».

Quant au deuxième moyen, tiré d'un non-respect de l'article 2.10.4.1 des clauses contractuelles en ce que ce dernier exigerait la production de fiches techniques ou certificats prouvant que la qualité livrée correspond à du manganèse n°1.3401, il semble résulter des éléments d'explication et des pièces fournies par le pouvoir adjudicateur que la société ... a fourni un certificat de son fournisseur ... selon lequel le « *Manganhartstahl* » devant être fourni répondra aux spécifications 1.3401 telles qu'exigées par l'article 2.10.4.1.

Il en résulte que ce moyen ne présente, en l'état actuel des débats, pas le sérieux requis.

En ce qui concerne le troisième moyen, lequel en substance revient à contester que la société ... ait respecté la prescription édictée à la position 031.6.01.01.0003, à savoir la livraison d'un cadre de fenêtre correspondant à la norme de sécurité RC6, il semble résulter des explications de la partie étatique que cette prescription ne constituerait pas tant un critère de sélection qu'une condition d'exécution du marché. Ainsi, il semble résulter de la formulation de l'article 2.10.4.1. que le respect de la classe de résistance RC6 fasse l'objet postérieurement d'une vérification par l'exécution d'« *essais pour blocage d'effraction et de tir* », vérification devenant toutefois superflue en cas de certification : or, à cet égard, une analyse superficielle des pièces versées permet d'en dégager que les fenêtres devant être fournies par la société ... semblent pouvoir l'être sur demande (« *höhere oder andere Anforderungen auf Anfrage* ») également avec un niveau de sécurité RC6 et qu'en tout état de cause la société ... s'est engagée à procéder par la voie de la certification, puisqu'un justificatif de la classe de résistance RC6 devra être fourni par un organisme de contrôle indépendant.

Ce moyen ne paraît dès lors pas non plus, au stade actuel de l'instruction du litige, comme suffisamment sérieux pour justifier la mesure provisoire sollicitée.

Le quatrième moyen, consistant à contester que la société ... présente des critères de garantie suffisantes, tant en ce qui concerne les capacités financières, qu'en ce qui concerne les capacités en terme de personnel, se recoupant avec le premier moyen - l'article 1.10.3, intitulé « *capacité économique et financière* » prévoyant à première vue également la possibilité d'un recours à des sous-traitants, à l'instar des dispositions relatives à la capacité technique et professionnelle - il échet de réitérer la conclusion afférente, à savoir que les critiques relatives aux capacités économique et financières ainsi que technique et professionnelle ne paraissent pas au stade actuel d'instruction du dossier suffisamment sérieuses.

Le soussigné retient par ailleurs qu'il n'appert pas sérieusement que le pouvoir adjudicateur puisse être tenu, nonobstant le respect par un soumissionnaire des conditions de capacité économique et financière, de procéder à des investigations supplémentaires pour s'assurer de la bonne santé financière de ce soumissionnaire, et, le cas échéant, de rejeter une offre au vu du résultat de ces investigations, sans que pareil procédé ne soit prévu par le cahier des charges. Il ne paraît de même guère probable que le juge du fond, juge de la

légalité, décide d'annuler le résultat d'une soumission au seul motif que le pouvoir adjudicateur ait tenu compte du respect par un soumissionnaire des conditions de capacité économique et financière, mais n'ait pas pris en compte le fait que le soumissionnaire retenu ait connu des difficultés financières au cours des dernières années, difficultés se traduisant par un chiffre d'affaires ainsi que des effectifs en baisse, sans qu'une telle possibilité n'ait été prévue par le cahier des charges.

Enfin, dans la mesure où la partie demanderesse critique encore la qualité des références fournies par la société ..., puisque l'association momentanée « *met en doute* » qu'elle ait pu fournir des références équivalentes, et notamment des références concernant un projet à caractère sécuritaire, qui permettraient de considérer qu'elle présente des critères de capacité technique suffisants, il échet de constater que l'article 2.10.6 des clauses contractuelles particulières exige effectivement la production d'au moins 2 références concernant des projets de même envergure « *et au moins 1 référence concernant un projet à caractère sécuritaire (maison d'arrêt, centre de rétention, bâtiment militaire, département sécurisé pour banque, ambassade ou autre bâtiment sensible)* », tandis que l'article 2.10.4.1. des clauses contractuelles particulières exige pour sa part tant pour les barreaux que pour les fenêtres à fournir l'« *indication de 3 références des 10 dernières années / durée de construction / montant de la commande / nombre et genre [de barreaux/de fenêtres] / certificat de bonne exécution et coordonnées de contact du maître d'ouvrage* ».

Or, le pouvoir adjudicateur est constant à admettre que la société ..., malgré des demandes lui adressées en ce sens, n'a pas fourni les références complètes telles qu'exigées par l'article 2.10.4.1., puisqu'en ce qui concerne les barreaux, il appert qu'elle n'aurait fourni qu'une référence sur les trois exigées, et ce sans fournir les détails requis et le certificat de bonne exécution. En ce qui concerne les fenêtres, la société ... n'a manifestement, tel que résultant d'un extrait de la « *administrative Angebotsprüfung* », fourni que des références sans les précisions requises et sans le certificat de bonne exécution.

Les critiques de l'association momentanée relatives aux références fournies par la société ... et les conséquences en résultant présentent dès lors un caractère sérieux certain, de sorte qu'il se peut fort bien que les juges du fond, à partir du constat du non-respect dans le chef de la société ... des critères de sélection qualitatives, concluent à l'annulation des décisions *a quo*, le marché ayant en effet, manifestement, au vu des explications fournies au soussigné, été octroyé à un soumissionnaire ne répondant pas aux conditions pour ce faire, tandis que l'offre de l'association momentanée a été rejetée précisément au vu de cette seule adjudication à son concurrent.

Cette conclusion provisoire ne semble pas pouvoir être sérieusement énervée par l'affirmation que l'association momentanée aurait également été en défaut de fournir des références complètes, sans toutefois que son offre n'ait été pour autant déclarée irrecevable, de sorte qu'elle ne saurait actuellement reprocher au pouvoir adjudicateur une attitude dont elle aurait elle-même profité. En effet, il ne paraît guère probable que le choix, manifestement conscient du pouvoir adjudicateur, de passer outre à des irrégularités dûment constatées et de, ce faisant, décider de ne pas appliquer des conditions et critères pourtant explicitement prévues par le cahier des charges, puisse infléchir le juge du fond, statuant en tant que juge de l'annulation et partant en tant que juge de la légalité, et l'amener à faire abstraction de ces irrégularités et de cautionner le comportement du pouvoir adjudicateur, susceptible d'avoir porté atteinte à la concurrence. En effet, il est probable que les exigences formulées par le pouvoir adjudicateur relativement aux justificatifs de sécurité, dont l'exigence d'indication de

références, aient découragé des soumissionnaires potentiels de présenter une offre, alors qu'en l'absence de telles exigences, d'autres concurrents potentiels se seraient peut-être manifestés.

En tout état de cause, il s'agirait d'une pure question d'appréciation et d'opportunité qui requiert le cas échéant une analyse plus poussée et une discussion au fond, à laquelle le juge du provisoire ne saurait pas procéder.

Le fait allégué que l'association momentanée aurait elle-même profité de l'attitude du pouvoir adjudicateur ne paraît de même pas être de nature à lui dénier tout intérêt à agir, respectivement à se prévaloir de cette irrégularité, et ce abstraction du fait que de manière générale un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer à une entreprise voulant participer à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques⁵ : en effet, en cas d'annulation des décisions déferées par le juge du fond, le pouvoir adjudicateur sera éventuellement amené à annuler la mise en adjudication en exécution de l'article 91 du règlement grand-ducal du 3 août 2009, lequel prévoit une telle solution notamment « *si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant* » et à procéder à sa remise en adjudication conformément à l'article 92 du même règlement, permettant ainsi à l'association momentanée de concourir une seconde fois et, le cas échéant, de remporter le marché litigieux.

Les deux principales conditions posées par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 étant remplies et l'affaire n'étant pas en état d'être plaidée et décidée à brève échéance, il y a partant lieu de faire droit à la demande.

Par ces motifs,

le soussigné, président du tribunal administratif, statuant contradictoirement et en audience publique ;

reçoit le recours en sursis à exécution en la forme ;

le déclare également justifié ;

partant, dit qu'en attendant que le tribunal administratif se soit prononcé au fond sur le mérite du recours introduit sous le numéro 40283 du rôle, il sera sursis à l'exécution de la décision du ministre du Développement durable et des Infrastructures du 18 septembre 2017 portant attribution du marché public de « *Travaux de Façades et de Menuiserie métallique à exécuter dans l'intérêt de la Construction du Centre Pénitentiaire Ueschterhaff à Sanem* », à la société anonyme ... ainsi que de celle corrélative prise en date du 5 octobre 2017 portant rejet de l'offre de l'association momentanée ... et dit qu'en attendant la décision au fond de l'affaire par le tribunal administratif le contrat avec l'adjudicatrice ne pourra pas être conclu ;

réserve les frais.

⁵ Trib. adm. 18 octobre 1999, n°10995, Pas. adm. 2017, V° Marchés publics, n° 194 et autres références y citées.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 7 novembre 2017 par Marc Sünner, président du tribunal administratif, en présence du greffier Xavier Drebenstedt.

s. Xavier Drebenstedt

s. Marc Sünner

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 7 novembre 2017
Le greffier du tribunal administratif