

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro 45297C du rôle
Inscrit le 30 novembre 2020

Audience publique du 27 avril 2021

**Appel formé par
la société (HTP) S. à r.l., ...,
contre un jugement du tribunal administratif
du 19 octobre 2020 (n° 42704 du rôle)
en présence de la société (OLZ) S.A., ..., de la commune de Weiler-la-Tour,
du Syndicat intercommunal de dépollution des eaux résiduaires de l'Est
(SIDEST), Grevenmacher,
et de la société (KUI) S. à r.l., ...,
en matière de marchés publics**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 45297C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 30 novembre 2020 par Maître Laurent NIEDNER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée (HTP) S. à r.l., établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 19 octobre 2020 (n° 42704 du rôle) par lequel ledit tribunal a déclaré irrecevable son recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la « *décision* », ainsi qualifiée, de l'exclure d'une procédure de soumission publique lancée suivant un avis de marché du 19 janvier 2019, telle qu'elle aurait été prise à son encontre aux termes d'une lettre de la société anonyme (OLZ) S.A. du 28 février 2019;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN, demeurant à Luxembourg, des 9 et 10 décembre 2020, portant signification de ce recours à 1) la commune de Weiler-la-Tour, établie en sa maison communale à L-..., représentée par son collège des bourgmestre et échevins actuellement en fonctions, 2) la société anonyme (OLZ) S.A.,

établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, 3) le Syndicat intercommunal de dépollution des eaux résiduaires de l'Est (SIDEEST), établi à L-6793 Grevenmacher, 58, rue de Trèves, représenté par son bureau en fonctions, ainsi que 4) la société à responsabilité limitée (KUI) S. à r.l., établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 8 janvier 2021 par Maître Serge MARX, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme (OLZ) S.A., préqualifiée;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 8 janvier 2021 par Maître Aurélia FELTZ, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte de la société à responsabilité limitée (KUI) S. à r.l.;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 8 janvier 2021 par Maître Steve HELMINGER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte de l'administration communale de Weiler-la-Tour, préqualifiée;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 8 février 2021 pour compte de la société appelante (HTP) S. à r.l.;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 4 mars 2021 pour compte de l'administration communale de Weiler-la-Tour;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 5 mars 2021 pour compte de la société (OLZ) S.A.;

Vu l'accord des mandataires des parties de voir prendre l'affaire en délibéré sur base des mémoires produits en cause et sans autres formalités;

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

Sur le rapport du magistrat rapporteur, l'affaire a été prise en délibéré sans autres formalités à l'audience publique du 30 mars 2021.

Par avis de marché du 19 janvier 2019, publié au Journal officiel de l'Union européenne, la société anonyme (OLZ) S.A., ci-après dénommée la « *société (OLZ)* », ensemble avec le Syndicat intercommunal de dépollution des eaux résiduaires de l'Est (SIDEEST), ci-après désigné par le « *SIDEEST* », et l'administration communale de Weiler-la-Tour lancèrent une procédure de soumission publique en vue de l'attribution du marché « *... Travaux GC pour la pose de réseaux entre les localités de Weiler-la-Tour et Schlammestée* » et visant « *des travaux de génie civil pour la pose de réseaux* » :

(OLZ) : Pose de système MT et Smartgrid entre les localités de Weiler-la-Tour et Schlammestée,

SIDEST : Pose d'une conduite de refoulement sur une partie du tracé (OLZ),

AC Weiler-la-Tour : Pose d'une conduite d'eau sur une partie du tracé (OLZ) ».

Le 18 février 2019, l'association momentanée constituée par la société à responsabilité limitée (KUI) S. à r.l., ci-après dénommée la « société (KUI) » et par la société à responsabilité limitée (HTP) S. à r.l., ci-après dénommée la « société (HTP) », déposa une offre dans le cadre de cet appel d'offres.

Par lettre du 28 février 2019, la société (OLZ) informa le mandataire de l'association momentanée (KUI)-(HTP), à savoir la société (KUI), de ce qui suit :

« (...) Nous accusons bonne réception de votre candidature à la procédure d'appel d'offres N° ... publié le 17.01.2019.

L'opérateur économique en question est une association momentanée dont vous êtes le mandataire et dont les membres sont les sociétés (KUI) S. à r.l. et (HTP) S. à r.l.

Aussi, nous vous informons que notre société a l'intention d'exclure la participation de cet opérateur économique à la procédure de passation de marché, étant donné que l'un des membres de cette association momentanée (en l'occurrence la société (HTP)) fait actuellement l'objet d'une exclusion temporaire à toute procédure de passation de marché organisée par notre société, y compris en tant que membre d'une association momentanée.

Par conséquent, nous vous demandons de bien vouloir nous présenter vos observations écrites dans les huit (8) jours. (...) ».

Par courrier du 7 mars 2019, la société (KUI) demanda à la société (OLZ) « d'accueillir l'entreprise (KUI) pour d'éventuelles négociations concernant ce chantier (OLZ) » et l'informa d'être « prête à exécuter vos travaux seuls », tout en déclarant espérer « toutefois qu'une solution puisse être trouvée dans le futur pour supprimer cette exclusion temporaire ».

Par décision d'adjudication du 27 mars 2019, notifiée le même jour, le marché en question fut attribué à la société (KUI).

Par requête déposée le 19 avril 2019 au greffe du tribunal administratif, inscrite sous le numéro 42704 du rôle, la société (HTP) introduisit, suivant le dispositif de la requête introductive d'instance, un recours en réformation, sinon en annulation, contre la « décision » de la société (OLZ) de l'exclure de l'appel d'offres du 19 janvier 2019, telle que cette « décision » se dégagerait du courrier précité du 28 février 2019.

Par requête séparée déposée le même jour au greffe du tribunal administratif, inscrite sous le numéro 42705 du rôle, la société (HTP) saisit le président du tribunal administratif principalement d'un recours sur base de l'article 3 de la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, tendant à voir constater que son exclusion était illégale, à la voir corriger et à voir ordonner qu'elle « *soit maintenue dans la procédure de passation dont il s'agit aux côtés de (KUI) S. à r.l.* », le tout en demandant la suspension de ladite procédure « *en attendant que les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices mettent en œuvre la correction demandée* », et subsidiairement d'une demande tendant à voir ordonner le sursis à exécution de la décision d'exclusion ainsi qualifiée pendant toute la durée du recours au fond, sinon un « *stand-still* » pendant la durée de la procédure au fond. Ces requêtes et demandes furent rejetées par une ordonnance présidentielle du 15 mai 2019.

Par jugement du 19 octobre 2020, le tribunal administratif déclara le recours, dans ses deux branches, irrecevable pour être dirigé contre une simple déclaration d'intention, partant un acte non susceptible de recours contentieux et condamna la société (HTP) aux frais.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 30 novembre 2020, la société (HTP) a régulièrement relevé appel du susdit jugement du 19 octobre 2020.

En premier lieu, l'appelante expose que la lettre de la société (OLZ) du 28 février 2019 indiquerait que l'exclusion de l'association momentanée (KUI)-(HTP) « *était envisagée, parce que (HTP) a été exclue suivant décision de (OLZ) prise en 2018, cette décision étant de ce fait appliquée à (HTP) S. à r.l.* ». Elle remarque que l'exclusion temporaire, dont il serait question, aurait été prononcée, complètement à tort et injustement selon elle, le 14 juin 2018 par la société (OLZ) à l'encontre de la société (HTP S.A.), une autre entité juridique que (HTP), dans le cadre d'un prétendu vol de câbles sur un chantier à ... imputable à des ouvriers de ladite société.

Elle relève aussi que suite au courrier du 28 février 2019, la société (KUI), sans se référer à elle, aurait déclaré au pouvoir adjudicateur être disposée à exécuter seule le marché dont question, tout en précisant cependant « *quelles que soient les divergences entre (OLZ) et la société (HTP), j'espère toutefois qu'une solution puisse être trouvée dans le futur pour supprimer cette exclusion temporaire* ».

Par ailleurs, elle insiste sur ce que son recours n'aurait pas visé « *l'intention d'exclure l'association (KUI) S. à r.l. - (HTP) S. à r.l. annoncée par (OLZ) dans sa lettre du 28 février 2019, mais contre l'exclusion de (HTP) S. à r.l. pour le marché conjoint dont il s'agissait, qui fut décrétée dans cette lettre par voie d'extension de la décision d'exclusion décernée contre (HTP S.A.)* » et reproche aux premiers juges d'avoir considéré que l'objet de son recours n'aurait pas été à comprendre de cette manière.

En droit, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir dénié l'existence d'un élément décisionnel dans la lettre de la société (OLZ) du 28 février 2019, alors que bien

au-delà d'une simple déclaration d'intention, pareil élément décisionnel à son égard serait constitué par le fait qu'elle aurait été déclarée exclue pour le marché en question.

Quant au fond, l'appelante estime que son exclusion de la procédure litigieuse serait illégale parce qu'intervenant en dehors de toute condamnation pénale et en l'absence de la moindre faute professionnelle lui imputable.

Au-delà, l'exclusion prononcée à l'encontre de la société (HTP S.A.) ne saurait de toute façon lui être appliquée de plein droit. En effet, une décision d'extension de l'exclusion d'une entité juridique requerrait une décision supplémentaire étendant ladite mesure d'exclusion *ratione personae* et *ratione materiae*.

Au sujet de la décision d'attribution du marché du 27 mars 2019, l'appelante soutient que le marché aurait été adjugé à l'association momentanée (KUI)-(HTP), étant donné qu'elle serait rédigée « *sans référence à l'exclusion de l'un des associés de l'association momentanée* ».

En termes de réplique, l'appelante conteste le fait invoqué par la partie (OLZ) que la société (KUI) l'aurait exclue de l'association momentanée et continué la procédure de soumission sans elle.

Selon elle, il ne saurait y avoir de doute que c'est (OLZ) qui l'en aurait exclue par l'effet de sa lettre du 28 février 2019. Cette lettre serait le seul élément tangible auquel on pourrait rattacher son exclusion et à défaut de pouvoir agir à son encontre elle risquerait de se trouver privée d'un recours effectif. En tout cas, elle ne serait pas recevable à agir contre la décision d'exclusion de la société (HTP S.A.) qui ne la viserait pas personnellement.

Admettant que la lettre de (OLZ) du 28 février 2019 annonce une intention d'exclure l'opérateur économique (KUI)-(HTP), elle contiendrait en outre « *l'exclusion de (HTP) S. à r.l. à titre individuel* ».

La société (OLZ) conclut principalement à la confirmation du jugement *a quo*. Il en est de même de l'administration communale de Weiler-la-Tour et de la société (KUI).

Liminairement, la Cour est amenée à constater que c'est à bon escient et sur base d'une juste lecture de la requête introductive de première instance de la société (HTP) devant le tribunal administratif -qui délimite définitivement l'objet du recours ainsi introduit- que les premiers juges ont circonscrit l'objet du litige pendant entre parties par rapport au seul courrier du 28 février 2019, dont le libellé a été reproduit ci-avant.

Ainsi, le recours ne saurait être entrevu comme ayant trait ni à la décision d'exclusion apparemment prise par la société (OLZ) à l'encontre de la société (HTP) en date du

14 juin 2018, ni encore à la décision d'adjudication du marché du 27 mars 2019 au profit de la société (KUI).

Quant à la portée dudit courrier du 28 février 2019, l'appelante entend dégager de ce courrier la prise d'une décision d'exclusion pour le moins de la procédure d'adjudication dont il est précisément question en cause, voire une décision d'exclusion temporaire et générale de toute procédure de marché public organisée par la société (OLZ).

Or, pareille conclusion ne résiste pas à un examen de la teneur du courrier du 28 février 2019 duquel ne transperce manifestement ni une décision d'extension de la décision prévisée du 14 juin 2018, ni une décision d'exclusion de l'appelante de la procédure en cours, la Cour, à l'instar des premiers juges, ne dénotant dans ledit courrier tout simplement aucun élément décisionnel propre de nature à faire grief à l'appelante.

La Cour partage ainsi fondamentalement l'analyse des premiers juges en ce qu'ils ont en substance dégagé du libellé du courrier de la société (OLZ) du 28 février 2019, que son expéditeur (OLZ), en se référant à la candidature soumise par l'association momentanée (KUI)-(HTP) dans le cadre de l'appel d'offres publié le 19 janvier 2019, informe la société (KUI), en tant que mandataire de cette association momentanée, de « *l'intention d'exclure la participation* » de l'association momentanée au motif que « *l'un des membres de cette association momentanée fait actuellement l'objet d'une exclusion temporaire à toute procédure de passation de marché organisée par [(OLZ)], y compris en tant que membre d'une association momentanée* », tout en l'invitant à présenter ses observations écrites dans les huit jours.

Au-delà de cette déclaration d'intention et de l'invitation à présenter des observations éventuelles, le courrier ne véhicule, ni directement, ni indirectement, le moindre élément décisionnel qui serait de nature à causer grief à l'appelante.

Or, étant donné qu'en vertu de l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, un recours devant le juge administratif n'est ouvert que contre une « *décision* » administrative, à qualifier d'acte de nature à faire grief, c'est-à-dire un acte de nature à produire par lui-même des effets juridiques affectant la situation personnelle ou patrimoniale de celui qui réclame et qu'il est de jurisprudence que n'ont pas cette qualité de décision faisant grief, comme n'étant pas destinées à produire, par elles-mêmes, des effets juridiques, les informations données par l'administration, tout comme les déclarations d'intention ou les actes préparatoires d'une décision qui ne font que préparer la décision finale et qui constituent des étapes dans la procédure d'élaboration de celle-ci, il suit des considérations qui précèdent que le courrier du 28 février 2019, dépourvu de tout élément décisionnel propre, n'est pas susceptible de recours devant le juge administratif et c'est partant à bon droit que le tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours de l'actuelle appelante dans ses deux branches.

Cette conclusion n'est pas ébranlée par la mise en balance par l'appelante de ce que pareille conclusion serait de nature à lui enlever une voie de recours effective.

En effet, si, suite au courrier adressé par la société (KUI) au commettant le 7 mars 2019, une décision était à prendre à l'encontre de l'association momentanée (KUI)-(HTP), elle serait à situer au niveau de la décision d'adjudication du marché au seul profit de la société (KUI), mais non pas au niveau du courrier simplement préparatoire du 28 février 2019 et l'omission d'agir utilement contre la véritable décision ne saurait justifier une action dirigée contre un acte simplement préparatoire de cette décision.

Il s'ensuit que l'appel laisse d'être fondé.

Par ces motifs,

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

reçoit l'appel du 30 novembre 2020 en la forme;

au fond, le déclare non justifié et en déboute l'appelante;

partant, confirme le jugement entrepris du 19 octobre 2020;

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 de la Cour ...

s. ...

s. CAMPILL

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 27 avril 2021

Le greffier de la Cour administrative