

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 187.666 du 3 novembre 2008

G./A.189.562/VI-17.939

En cause : **la société de droit israélien ISRAËL MILITARY INDUSTRIES LTD**, en abrégé I.M.I.,

ayant élu domicile chez
Me Robert CHANTELOT, avocat,
avenue Louis LEPOUTRE, n° 95,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Ministre
de la Défense.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la requête unique introduite le 28 août 2008 par la société de droit israélien ISRAËL MILITARY INDUSTRIES LTD, en abrégé I.M.I. qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision [...] du 8 juillet 2008 du Ministère de la Défense [(l')] informant [...] que son offre du 11 avril 2007 (Marché 6LA307 concernant l'acquisition de munitions 5,56 mm Ball Clipp) a été jugée irrégulière";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 14 octobre 2008 fixant l'affaire à l'audience du 29 octobre 2008 à 14.00 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Robert CHANTELOT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Valery DE SAEDELEER, capitaine, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

1. Le 4 octobre 2006, le Ministre de la Défense approuve une demande d'accord préalable relative à un marché pluriannuel (2006-2010) à bordereau de prix portant sur l'acquisition de munitions 5,56 mm Ball Clip. La dépense totale estimée est de 4.855.310 euros TVAC, le premier ordonnancement budgétaire étant imputé sur l'année 2007, le dernier sur l'année 2011.

Il s'agit d'un marché de fournitures à passer selon la procédure d'appel d'offres général.

Les critères d'attribution sont, d'une part, le prix valant 50% des points du rang 1 et, d'autre part, la qualité 50 % également. Le critère qualité est ensuite réparti entre aspects techniques et opérationnels (80 %) et aspects logistiques (20 %). Les aspects techniques et opérationnels sont eux-mêmes divisés en quatre éléments : fonctionnement (60 %), précision (25 %), caractéristiques balistiques (10 %) et étanchéité (5 %).

2. Le cahier spécial des charges indique que les quantités de munitions prévues à l'annexe A sont fermes pour 2007 (3.800.000 cartouches) mais données à titre indicatif pour les années suivantes (3.500.000 cartouches/an) et que le dépôt de variantes n'est pas autorisé.

Pour les prix, le point 10 du cahier spécial des charges est rédigé comme suit :

" 10. Prix

a. Détermination des prix

(1) Les prix offerts sont des prix hors T.V.A.

(2) Les prix unitaires et les prix totaux doivent être donnés suivant l'inventaire en Ann A à ce CSCh.

(3) Les prix offerts sont des prix

«Delivered Duty Unpaid» (Incoterms 2000) en dérogation à l'art. 49 du CGCh (voir Ann R). De surcroît, le vendeur reste responsable du déchargement des marchandises au lieu de livraison prévu dans ce CSCh.

(4) En dérogation à l'art. 12, § 4 du CGCh, qui prévoit que les coûts engendrés par les réceptions techniques décrites en Ann H à ce CSCh sont à charge de l'adjudicataire, les coûts du voyage et du séjour des agents désignés pour effectuer ces réceptions sont à charge du Pouvoir adjudicateur.

(5) En dérogation à l'art. 19, § 1 du CGCh, qui prévoit que les coûts engendrés par les réceptions provisoires décrites en Ann I à ce CSCh sont à charge de l'adjudicataire, les coûts du voyage et du séjour des agents désignés pour effectuer ces réceptions sont à charge du Pouvoir adjudicateur.

(6) En dérogation à l'art. 14, § 1 du CGCh, les prix d'acquisition d'éventuels brevets, de même que le remboursement d'éventuelles licences d'exploitation et du maintien des brevets, sont à charge de l'adjudicataire, que leur existence soit mentionnée dans ce CSCh ou non (voir Par 16.b.).

b. Monnaie

Tous les prix seront obligatoirement mentionnés en euro.

c. Taux de change

Aucune formule d'adaptation au taux de change ne sera acceptée.

d. Révision des prix

(1) Les prix sont fermes et non révisables pour la commande 2007.

(2) Les prix de base offerts pour les années 2008 à 2011 (qui peuvent différer des prix offerts pour la commande 2007) seront revus annuellement afin de tenir compte de l'évolution des prix des salaires et des matériaux.

(3) Dans ce cadre, le soumissionnaire proposera une formule de révision des prix pour laquelle la structure suivante sera utilisée

$$P = P_0 \times (a + b \frac{M_b}{M_{b_0}} + \dots + n \frac{S}{S_0})$$

dans laquelle

P	= prix révisé
P ₀	= prix à l'introduction de l'offre
a,b,c,..., n	= coefficients dont la somme = 1
a	= coefficient fixe, avec un minimum de 20 %
M _x	= indices des matériaux
S _x	= indices des salaires et des charges sociales

(4) Le soumissionnaire mentionnera clairement les indices officiels utilisés, leur valeur à l'introduction de l'offre et le moment de lecture souhaité, ainsi que l'endroit où ces indices peuvent être consultés.

e. Vérification des prix

(1) Le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit de réaliser des vérifications de prix sur base de toutes pièces comptables et par le biais de contrôles sur place. Ceci s'applique également aux sous-traitants/cocontractants, afin de vérifier l'exactitude des indications fournies dont il est question dans ce paragraphe.

(2) Les agents du Pouvoir adjudicateur, qui sont habilités à réaliser ces vérifications, font partie de la sous-section Vérification des prix (MRMP-G/F) de la Procurement Division. Ils sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements obtenus lors de la vérification des prix.

(3) Si le Pouvoir adjudicateur décide de réaliser une vérification des prix, l'adjudicataire sera officiellement averti au moyen d'une lettre recommandée envoyée par MRMP-G/F.

(4) Le soumissionnaire joindra à son offre la déclaration signée, dont modèle en Ann J, par laquelle il accepte de manière inconditionnelle que le contrôle des prix soit effectué directement par les agents du Pouvoir adjudicateur.

(5) Des informations complémentaires en rapport avec la vérification des prix sont reprises dans la clause comptable (Ann N).".

3. Les 22 et 23 novembre 2006, l'avis de marché est publié respectivement au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des adjudications. Un erratum est publié mais sans incidence sur la présente affaire.

4. Le 13 avril 2007, six offres sont reçues par les services de la partie adverse dont celle de la requérante.

5. Le 19 septembre 2007, la commission d'évaluation procède à l'évaluation technique des offres et conclut à la conformité de cinq des six offres, dont celle de la requérante.

6. Le 10 octobre 2007, un rapport d'attribution est établi.

Il conclut également à la conformité des mêmes cinq offres tout en indiquant, pour ce qui concerne l'offre de la requérante, que "le § 10 d du CSCh stipule que les prix sont fermes et non révisables pour la commande 2007. Or, le soumissionnaire stipule d'une part, dans l'annexe A (formulaire offre), rubrique 3, §b que sa formule de révision des prix est applicable à partir de 2007 et d'autre part dans l'annexe présentant la formule de révision que cette dernière est applicable à partir de

2008. Un éclaircissement a donc été demandé. Le soumissionnaire a confirmé que sa formule de révision est applicable à partir de 2008" et que l'offre de la requérante est régulière.

Le rapport conclut à l'attribution du marché à la requérante qui obtient le meilleur score, une fois les critères prix et qualité intégrés dans la formule retenue.

La proposition d'attribuer le marché public à la requérante est ensuite apostillée favorablement par la hiérarchie militaire et transmise au cabinet du Ministre de la Défense.

7. Le 22 novembre 2007, l'inspecteur des Finances, accrédité auprès du Ministre de la Défense, expose avoir constaté un certain nombre d'irrégularités dans la procédure d'attribution.

Pour ce qui concerne l'offre de la requérante, il indique que son offre (comme celle d'un autre soumissionnaire) prévoit la révision des prix à partir de 2007 alors que le § 10.d. du cahier spécial des charges prévoit des prix fermes et non révisables pour la commande 2007 en telle sorte qu'en application de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, l'offre est irrégulière. Il émet dès lors un avis défavorable.

8. Le 23 novembre 2007, les services de la partie adverse indiquent à l'inspecteur des Finances que les firmes ayant prévu la révision des prix 2007 précisent également que la révision des prix ne sera applicable qu'à partir de 2008, que, compte tenu de cette imprécision et en application de l'article 114, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, des précisions ont été demandées et que les firmes ont confirmé que la révision des prix était applicable à partir de 2008.

9. Le 27 novembre 2007, l'inspecteur des Finances expose que la requérante a déclaré, dans son offre, que le formulaire utilisé était conforme au modèle de l'annexe A du cahier spécial des charges mais que, dans son formulaire, elle a mentionné que la révision des prix s'appliquait à partir de 2007 suivant la formule proposée alors que le § 10.d. prévoit des prix fermes et non révisables pour la commande 2007, que, vu la contradiction sur une condition essentielle du marché, ni l'article 114, § 1^{er}, ni l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne

peuvent être appliqués pour solutionner cette "imprécision" (sic) et que l'avis défavorable est confirmé.

10. A une date indéterminée, le Ministre de la Défense décide de se faire présenter un dossier de non-attribution.

11. Le 27 juin 2008, les services de la partie adverse présentent un dossier de non-attribution fondé sur l'irrégularité des six soumissions.

12. À une date inconnue, le Ministre de la Défense prend, en français et en néerlandais, la décision suivante dont l'extrait significatif se présente comme suit :

" 3. Offres régulières

Toutes les offres sélectionnées sont irrégulières administrativement pour les motifs suivants :

IMI :

La firme IMI prévoit dans son formulaire d'offre (annexe A du CSCh) la révision des prix à partir de 2007 suivant la formule proposée. Or, le § 10d du CSCh, 6LA307 prévoit «que les prix sont fermes et non-révisables pour la commande 2007». Donc, en application de l'art. 110 §2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996, cette offre est irrégulière.

MEN :

La firme MEN prévoit dans son formulaire d'offre (annexe A du CSCh) la révision des prix à partir de 2007 suivant la formule proposée. Or, le § 10d du CSCh 6LA307 prévoit «que les prix sont fermes et non-révisables pour la commande 2007». Donc, en application de l'art. 110 §2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996, cette offre est irrégulière.

SELLIER & BELLOT:

Le § 10d(3) du CSCh 6LA307 fixe la structure de la formule de révision des prix à appliquer par chaque soumissionnaire. Or, la formule de révision proposée dans son offre par le soumissionnaire ne respecte pas cette structure. En effet, aucun coefficient fixe de minimum 20 % n'est présent dans la formule proposée. Donc, en application de l'art. 110 §2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996, cette offre est irrégulière.

FN HERSTAL:

La firme FN Herstal a introduit une alternative pour le point 2b de l'annexe C du CSCh 6LA307. Or, le §2d du même CSCh n'autorise pas le dépôt de variantes. Donc, en application de l'art. 110 §2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996, cette offre est irrégulière.

RUAG Ammotec:

Le formulaire d'offre (annexe A du CSCh) de la firme RUAG Ammotec rédigé en néerlandais n'est pas signé. Ceci constitue une irrégularité substantielle. Donc, en application de l'art. 110 §2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996, cette offre est irrégulière.

4. Décision

Vu qu'une offre est non sélectionnée et que les autres offres sont irrégulières administrativement, vu l'art. 16 de la loi du 24 décembre 1993 et vu les dispositions de l'Art 110 §1 et §2 de l'Arrêté Royal du 08 Janvier 1996, j'ai décidé de ne pas attribuer ce marché."

Il s'agit de l'acte attaqué.

13. Le 8 juillet 2008, la requérante est informée de la décision du Ministre de la Défense.

14. Les 17 et 19 juillet 2008, le Bulletin des adjudications et le Journal officiel des Communautés européennes publient respectivement un avis de marché ayant le même objet que celui auquel l'acte attaqué a mis fin, à passer cette fois selon la procédure de l'adjudication publique.

15. Le 22 septembre 2008, cinq offres, dont celle de la requérante, sont recueillies à l'occasion de la séance d'ouverture des offres du nouveau marché;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; que la partie requérante expose que le motif invoqué pour déclarer irrégulière son offre du 11 avril 2007 apparaît comme un simple prétexte tiré d'une erreur de dactylographie figurant à la rubrique 3 - prix offerts - où, à l'alinéa b, il a été indiqué "révision de prix à partir de 2007 suivant la formule proposée" au lieu de "révision de prix à partir de 2008 suivant la formule proposée", que la formule de "Révision des prix 2008-2011" jointe à l'offre et à laquelle il a été fait référence ne concerne à l'évidence pas l'année 2007 mais bien expressément la période 2008-2011, qu'aucun doute ne pouvait dès lors subsister dans le chef de la partie adverse qui, loin de relever cette erreur de dactylographie, avait bien compris qu'il s'agissait d'une révision possible à partir de 2008 suivant la "formule de révision des prix 2008-2011", que, interrogée à propos des indices détaillés retenus dans cette formule 2008-2011, elle a adressé le 11 février 2008 une lettre avec quatre annexes détaillées donnant les indices visés dans la formule "Révision des prix 2008-2011", que, surabondamment, le motif allégué apparaît d'autant plus dénué de pertinence et un pur prétexte que l'année 2007 était

largement écoulée et l'année 2008 déjà entamée depuis plus de six mois, que, dès lors, au moment de la décision d'irrégularité de l'offre, la référence à l'année "2007" n'avait plus le moindre objet, que le rejet de son offre a été d'autant plus inattendu qu'elle croit savoir que son offre était considérée comme la plus intéressante compte tenu de l'application des deux critères d'attribution, qu'elle a toujours considéré que la partie adverse était particulièrement, et à juste titre, minutieuse dans l'établissement du cahier de charges ainsi que dans la définition et le contrôle des exigences et critères d'ordre technique en particulier pour des munitions où la notion de sécurité est prépondérante, que la décision de rejet de son offre, sous prétexte d'irrégularité, contraste étonnamment avec les bonnes pratiques habituelles de la partie adverse qui, après examen de la phase administrative, soumet des offres à des vérifications et épreuves techniques sévères, ce qui a été le cas, que l'offre n'a pas été rejetée sur la base des critères d'attribution, ce qui serait le droit le plus strict de la partie adverse, mais en recherchant un argument dans une erreur de dactylographie dans l'offre déposée, que, par la lettre du 8 juillet 2008, la partie adverse a indiqué par ailleurs n'avoir reçu "aucune offre régulière pour ce marché", ce qui confirmerait apparemment que le temps écoulé entre avril 2007 et juillet 2008 (15 mois) a conduit la partie adverse à préférer déclarer toutes les offres irrégulières pour pouvoir lancer un nouvel appel d'offres avec un seul critère d'attribution au lieu de deux, qu'il sera certes intéressant de prendre connaissance du dossier qui sera déposé par la partie adverse dans le cadre de la procédure, d'une part, pour connaître le tableau comparatif des offres reçues et leur classement en fonction des critères (prix et qualité) et, d'autre part, pour connaître les motifs "d'irrégularité" décelés dans les différentes offres; que la requérante ajoute qu'elle a le sentiment que son offre a été rejetée pour des motifs étrangers au déroulement normal et objectif de l'attribution d'un marché public et que la partie adverse a déclaré à tort son offre non régulière commettant de la sorte un excès et/ou détournement de pouvoirs ou à tout le moins une erreur substantielle justifiant l'annulation de la décision du 8 juillet 2008;

Considérant que le moyen unique est d'abord pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; qu'il n'apparaît toutefois d'aucun passage de la requête unique que la requérante compare sa situation à celle d'autres soumissionnaires et expose avoir été traitée de manière discriminatoire ou inégale par rapport à ses concurrents; que le moyen unique est ensuite pris de la violation des articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; que le fait d'invoquer la violation des articles 14 (violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir) et 17 (moyens sérieux) des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne saurait constituer, en raison des termes extrêmement vagues utilisés par ces

dispositions, un moyen de droit, c'est-à-dire l'exposé de la règle de droit violée et de la manière dont cette violation a eu lieu; que dans le cadre limité de l'examen auquel il y a lieu de soumettre l'instruction des demandes de suspension, le moyen unique n'apparaît pas recevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trois novembre deux mille huit par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.