

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 201.744 du 9 mars 2010

G./A.190.966/VI-18.059

En cause : **la société anonyme CONSTRUCTIONS
ELECTRIQUES SCHREDER,**

ayant élu domicile chez
Mes Véronique BERTRAND et
André DELVAUX,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 5 janvier 2009 par la société anonyme CONSTRUCTIONS ELECTRIQUES SCHREDER qui demande l'annulation de "la décision (...) par laquelle la Région wallonne [...] a écarté son offre et a attribué le marché à la société momentanée ARTHOS TECHNICS SPRL et HESS AG", [qui] lui a été notifiée par une lettre recommandée du 25 novembre 2008;

Vu la requête ampliative introduite le 23 janvier 2009 par la même partie requérante qui poursuit l'annulation de la même décision;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} WILLEMART, Auditeur adjoint au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 27 janvier 2010 décidant d'examiner l'affaire par une chambre composée d'un membre conformément à l'article 90, § 1^{er}, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 2 février 2010 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 26 février 2010 à 11 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Me Véronique BERTRAND, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, 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 cause sont les suivants :

1. Par un avis publié au Journal officiel des Communautés européennes du 24 avril 2008, la partie adverse lance un marché public de fournitures, à passer selon la procédure de l'appel d'offres général, ayant pour objet la fourniture de panneaux éclairés et de supports de signalisation routière lumineuse urbaine.

2. Le 22 mai 2008, jour de l'ouverture des offres, il est constaté que deux offres sont déposées, à savoir :

- une offre des sociétés ARTHOS TECHNICS S.P.R.L. et HESS AG FORM + LICHT agissant en société momentanée;
- une offre de la requérante.

3. Le 18 août 2008, les services de la partie adverse établissent un "rapport d'adjudication" dans lequel, après avoir estimé que "les deux soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative" et après avoir comparé les offres à l'aune des critères d'attribution, l'auteur du rapport conclut ce qui suit :

" L'offre déposée par la société momentanée composée de la sprl Arthos technics et de la société Hess obtient la meilleure cote de 93 points sur 100 pour l'ensemble des critères, tandis que la S.A. C.E. Schreder obtient la cote de 77 points sur 100.

L'offre déposée par la société momentanée composée de la sprl Arthos technics et de la société Hess est régulière et conforme à toutes les clauses et conditions du cahier spécial des charges et est la plus intéressante au sens des critères d'attribution.

En conséquence, je propose à Monsieur le Directeur général de présenter à l'approbation de Monsieur le Ministre, l'offre déposée par la société momentanée composée de la sprl Arthos technics, [...] et de la société Hess AG form + Licht [...] au montant de 706.555,30 EUR T.V.A. comprise [...]."

4. A une date non précisée, le Ministre décide d'approuver l'offre déposée par la société momentanée ARTHOS TECHNICS S.P.R.L. & HESS AG.

Il s'agit de l'acte attaqué.

5. La décision motivée d'attribution du marché est transmise à la requérante par une lettre recommandée du 25 novembre 2008.

6. Par une citation signifiée le 10 décembre 2008, la requérante introduit une action en référé devant le président du tribunal de première instance de Namur, aux fins d'entendre ordonner à la Région wallonne notamment "de s'abstenir de notifier à la société momentanée ARTHOS TECHNICS SPRL & HESS AG la décision lui attribuant le marché de fournitures de panneaux éclairés et des supports de signalisation routière lumineuse urbaine, régi par le cahier des charges 451A-08A19, jusqu'à la décision sur le recours en annulation introduit devant le Conseil d'Etat contre cette décision et/ou, le cas échéant, jusqu'à la décision définitive sur l'action en cessation introduite contre la société ARTHOS en application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur".

7. Le 17 décembre 2008, la partie adverse écrit à ARTHOS TECHNICS, d'une part, et à la requérante, d'autre part, pour leur indiquer que le délai de validité des offres arrive à échéance et pour leur demander s'ils acceptent le maintien de leur offre pendant une période de 180 jours ouvrables supplémentaires.

La requérante répond par l'affirmative par un courrier recommandé daté du 23 décembre 2008. ARTHOS TECHNICS répond par l'affirmative par un courrier non daté, entré aux services de la partie adverse le 20 janvier 2009.

8. Par une ordonnance du 29 septembre 2009, le président du tribunal de première instance de Namur a dit les demandes de la requérante non fondées;

Considérant que dans son mémoire en réponse et dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient que la partie requérante, s'étant rendue "coupable d'un abus manifeste de procédure dans un but étranger au respect du droit", a perdu son intérêt

légitime à introduire le présent recours en annulation; qu'elle fonde cette exception d'irrecevabilité sur l'"impact des choix procéduraux de la partie requérante", à savoir le fait que "la partie requérante s'est abstenue d'introduire un recours en suspension en extrême urgence contre la décision attaquée, préférant introduire une action en référé devant le tribunal de première instance de Namur en vue de l'entendre interdire la notification du marché"; qu'à cet égard, la partie adverse formule trois observations; qu'en premier lieu, elle indique que la Région wallonne et la société SCHREDER ne se sont jamais comportées comme si la première avait accordé à la seconde un monopole relatif aux fournitures litigieuses puisque les précédents contrats de fournitures ont été conclus à la suite de procédures d'appel d'offres, cette dernière se basant à tort sur ces conventions pour justifier un droit d'exclusivité ou une protection intellectuelle; qu'en deuxième lieu, la partie adverse signale que les choix procéduraux de la partie requérante causent un grave préjudice à la collectivité en bloquant la passation du marché, alors que l'existence de droits intellectuels - contestés en l'espèce - n'empêche pas l'exécution d'un marché public par une autre société, dans la mesure où l'article 14 du cahier général des charges prévoit des mécanismes d'indemnisation du titulaire des droits intellectuels; qu'en troisième lieu, la partie adverse estime que la requérante "méconnaît l'esprit et la lettre de la directive recours 89/665 et de l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", que la question de savoir si les requérantes "disposent d'un choix procédural entre la procédure en extrême urgence devant le Conseil d'Etat et le recours en référé judiciaire est débattue en doctrine", que si la thèse de la liberté de la voie procédurale devait s'imposer, il faudrait encore constater que le dispositif de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services serait contraire à l'article 2 de la directive recours car "seule la procédure en extrême urgence répond aux exigences de célérité indispensable à l'action publique";

Considérant que les deux premières observations ont trait à la protection de droits intellectuels résultant de conventions antérieurement conclues entre la requérante et la partie adverse; que les contestations portant sur de tels droits conventionnels ne ressortissent pas à la compétence du Conseil d'Etat; que le choix opéré par la requérante d'agir en référé devant le juge judiciaire est conforme à l'article 21bis actuel de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que, lorsque la partie adverse a informé la requérante que son offre n'était pas retenue en lui communiquant la décision motivée d'attribution, elle lui a d'ailleurs clairement indiqué qu'elle disposait d'un délai de quinze jours de calendrier à partir du lendemain du jour de l'envoi de cette information "pour introduire un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement

dans le cadre d'une procédure en référé, ou devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence, selon les formes indiquées aux points I.B. et II. de la note générale jointe à la décision motivée"; que la recevabilité d'une action en référé devant le juge judiciaire destinée à obtenir la prolongation juridictionnelle du "standstill" jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé définitivement au fond, et ce au regard de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux et de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relève non du Conseil d'Etat mais du juge judiciaire des référés à qui il appartient d'apprécier si une telle demande n'excède pas les limites du provisoire; que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse doit être rejetée;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante prend un nouveau moyen, le huitième, de la "violation des articles 89 et 94 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et bonne administration"; qu'en droit, elle fait valoir que l'article 89 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, prévoit que les documents constitutifs de l'offre sont signés par le soumissionnaire ou son mandataire et que l'article 93, § 1^{er}, du même arrêté impose, en cas de société momentanée, que l'offre soit signée par chacun des membres de la société momentanée et qu'ils se conforment aux dispositions de l'article 89 comme s'ils étaient eux-mêmes le soumissionnaire, qu'en vertu de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, ces exigences constituent des prescriptions essentielles dont le non-respect doit entraîner l'écartement de l'offre, sans que le pouvoir adjudicateur dispose d'un quelconque pouvoir d'appréciation, qu'en l'absence de la signature valable d'un soumissionnaire, son engagement même présente un caractère incertain; qu'en fait, la partie requérante observe que l'offre de la société momentanée est signée par M. MILLER pour la société ARTHOS et par M. BROGNIET pour la société HESS, que Monsieur BROGNIET, qui est responsable commercial et non administrateur de la société HESS, n'a pas le pouvoir légal de l'engager pour le montant du marché en cause, qu'il devait donc justifier d'un mandat spécial qui devait être joint à l'offre conformément à l'article 94 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que l'offre de la société HESS ne contient pas de tel document; que la partie requérante en conclut que l'offre n'a pas été signée valablement par la société HESS, que l'offre de la société momentanée était entachée d'une irrégularité substantielle et devait être écartée par le pouvoir adjudicateur; que la partie requérante précise que les documents déposés par la Région wallonne, dans le cadre du référé

judiciaire (le contrat de société momentanée entre ARTHOS SPRL et HESS AG et une lettre du 9 mars 2009 confirmant que Monsieur BROGNIET disposait des pouvoirs nécessaires) ont été transmis à la partie adverse après la décision d'attribution et ne peuvent donc être pris en compte pour apprécier la légalité de cette décision;

Considérant qu'à la suite du mémoire en réplique, la partie adverse a transmis au Conseil d'Etat, par un courrier du 22 juillet 2009, les documents suivants :

- une lettre en allemand, non traduite, datée du 11 mars 2009, et signée par Pieter ZIEGLER, CFO de la société HESS AG;

- une attestation du 10 juillet 2009, signée par Pieter ZIEGLER, CFO de la société HESS AG, libellée comme suit :

" Je, soussigné Pieter Ziegler, disposant de la capacité d'engager la société HESS en vertu des actes joints en annexe, confirme que Monsieur Brogniet disposait des pouvoirs pour engager la société HESS dans le cadre de l'offre remise pour le marché 451A-08A19 (Fourniture de panneaux éclairés et de supports de signalisation routière lumineuse urbaine), en société momentanée avec l'offre ARTHOS.

Pour autant que de besoin, je ratifie par la présente toutes les décisions qui ont été prises par Monsieur Brogniet.";

- un extrait du registre de commerce de Freiburg du 16 février 2009, et sa traduction, où l'on peut lire :

" 4. a) Règles générales de représentation

Lorsqu'un seul membre du comité de direction est requis, il représente (seul) la société. Si plusieurs membres du comité de direction sont requis, deux membres ou un membre et un fondé de pouvoir représentent la société. Une autorisation de représentation unique peut être délivrée. Les membres du conseil de direction peuvent être complètement libérés des restrictions du § 181 2/ du Code civil allemand.

b) Comité de direction, organe dirigeant, directeurs gestionnaires, associé en responsabilité personnelle, gérant, représentants autorisés, pouvoir de représentation :

Habilitation à la représentation unique :
Direction : ZIEGLER Peter [...]

Habilitation à la représentation unique avec la compétence de conclure des contrats au nom de la société en tant que représentant d'un tiers :
Direction : HESS, Christoph Georges [...]

5. Procuration :
Procuration unique :
Duffner Jürgen [...]

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient tout d'abord qu'il "n'existe aucun doute raisonnable sur l'engagement juridique de la société momentanée" au moment de l'attribution du marché, que François BROGNIET porte le titre de "Sales Manager", ce qui, "dans le monde des affaires, [...] tend à indiquer qu'il est généralement mandaté par sa société pour effectuer des ventes", que "les ingénieurs qui ont procédé à la comparaison des offres n'ont [pas] vérifié les pouvoirs de signature" tant les deux sociétés sont connues de leurs services ainsi que leurs représentants, qu'"il est parfaitement possible de régulariser le processus, ce qui a été fait puisque les décisions de Monsieur Brogniet ont été ratifiées", et que "les procédures judiciaires [...] démontrent à suffisance et sans ambiguïté la volonté clairement exprimée d'assumer les engagements juridiques issus de l'offre et de l'exécution du marché litigieux"; que la partie adverse fait valoir qu'en droit, le moyen ne résiste pas à l'analyse, que premièrement, les offres non conformes à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sont sanctionnées par une nullité relative, que deuxièmement, les arrêts invoqués par la requérante doivent être écartés car ils visent "des hypothèses singulièrement différentes : absence de signature de l'offre ou de ses modifications ou problème de signatures scannées", que troisièmement, le non-respect de l'article 94 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est sanctionné par une nullité relative, cette disposition étant instituée dans le seul intérêt de l'administration; que la partie adverse ajoute que si le droit belge impose une nullité absolue, il est contraire au principe de proportionnalité de droit communautaire, que la Cour de justice a jugé de manière constante depuis près de dix ans que les pouvoirs adjudicateurs devaient apprécier les offres de manière pragmatique au-delà des apparences et des présomptions légales, que le droit communautaire prohibe les sanctions radicales entraînant l'écartement d'une entreprise ou d'une offre au nom du principe de proportionnalité, que tel est le cas de l'article 94 tel qu'interprété par la requérante, que "partant, il s'impose de constater que l'offre était parfaitement régulière même à défaut de mandat spécial", que si "la jurisprudence de la Cour de Justice n'est pas suffisamment pertinente, la partie adverse [...] demande de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice", laquelle n'est toutefois pas formulée;

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, qu'il ressort des pièces déposées par les parties et des écrits de procédure que la partie requérante n'a eu connaissance de l'offre de la société momentanée ARTHOS-HESS que postérieurement à l'introduction de la requête, le 5 janvier 2009, ou à celle de la "requête ampliative",

le 23 janvier 2009, soit, dans le cadre de la procédure en référé judiciaire, lors du dépôt des conclusions additionnelles et de synthèse de la Région wallonne; que le nouveau moyen qui n'a pu être formulé qu'à la lecture de l'offre litigieuse est recevable;

Considérant que l'article 89, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit que :

" Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.

Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire.";

qu'il s'ensuit que la signature de l'offre, par une personne ayant la capacité d'engager le soumissionnaire, est une condition de régularité de l'offre;

Considérant qu'en droit, l'examen de la régularité d'une offre par le pouvoir adjudicateur s'effectue conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, lequel dispose comme suit :

" § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.";

que l'article 110, § 2, précité distingue donc deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre; qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges; qu'en-dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'il s'ensuit qu'une offre non signée ou non valablement signée est affectée d'une irrégularité substantielle dès lors qu'elle contrevient à l'article 89 auquel se réfère l'article 110, § 2, et dès lors qu'elle génère l'incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire; qu'une telle offre doit dès lors être écartée par le pouvoir adjudicateur qui ne dispose, à cet égard, d'aucun pouvoir d'appréciation; qu'a fortiori, l'absence ou la non-validité d'une signature ne peut être couverte après la décision d'attribution du marché;

Considérant qu'en l'espèce, l'offre de la société momentanée désignée comme attributaire du marché litigieux est signée le 21 mai 2008 :

- pour la S.P.R.L. ARTHOS TECHNICS, par Philippe MILLER;
- pour HESS AG FORM + LICHT, par François BROGNIET;

qu'aucun document n'était joint à l'offre pour justifier de la qualité de ces signataires; que la partie adverse reconnaît, dans son dernier mémoire, que ses services n'ont pas vérifié les pouvoirs de signature lors de l'examen des offres et de l'attribution du marché; qu'il résulte de l'extrait du registre de commerce, produit et traduit par la partie adverse, que François BROGNIET n'était pas statutairement habilité à représenter et à engager la société HESS AG FORM + LICHT; que la lettre du 11 mars 2009 et l'"attestation" du 10 juillet 2009 établies par Peter ZIEGLER ne permettent pas de valider, a posteriori, la signature de François BROGNIET dès lors qu'elles n'établissent pas l'existence d'une habilitation particulière, antérieure à la signature de l'offre, qui aurait permis à François BROGNIET d'engager valablement la société HESS AG FORM + LICHT, qu'elles sont établies postérieurement à la décision d'attribution du marché et qu'elles contredisent l'extrait du registre de commerce du 16 février 2009; que la convention d'association entre les sociétés ARTHOS TECHNICS et HESS AG FORM + LICHT, signée avant le dépôt de l'offre, ne comporte aucune clause de représentation permettant à la société ARTHOS TECHNICS et à ses représentants de signer valablement l'offre pour la société HESS de sorte que la signature de l'offre par Philippe MILLER n'engage pas valablement la société HESS; que l'offre de la société momentanée ARTHOS TECHNICS SPRL - HESS AG FORM + LICHT n'étant pas valablement signée pour ce qui concerne la société HESS AG FORM + LICHT et étant de la sorte affectée d'une irrégularité substantielle, elle devait être écartée par la partie adverse; qu'une telle sanction résultant de la combinaison des articles 89 et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas disproportionnée au regard du droit communautaire dès lors que la réglementation belge repose sur la distinction entre des irrégularités frappées de nullité absolue et celles entachées de nullité relative, toute irrégularité n'entraînant pas la nullité de l'offre; que pour le surplus, la partie adverse s'abstient de formuler une question préjudicielle dans le corps de son dernier mémoire et ne reprend pas cette demande dans le dispositif de celui-ci;

Considérant que le huitième moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision par laquelle la Région wallonne a attribué à la société momentanée ARTHOS TECHNICS SPRL et HESS AG FORM + LICHT le marché public, à passer selon la procédure de l'appel d'offres général, ayant pour objet la fourniture de panneaux éclairés et de supports de signalisation routière lumineuse urbaine.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le neuf mars deux mille dix par :

M. NIHOUL,
M^{me} LAUVAU,

Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Conseiller d'Etat,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.