

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.422 du 14 janvier 2011

G./A.198.610/VI-18.938

En cause : **la société anonyme CORETEC ENGINEERING,**

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

contre :

1. la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,
**2. la société coopérative à responsabilité
limitée ORES,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n°10,
5002 Namur.

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

Vu la demande introduite le 27 décembre 2010 par la société anonyme CORETEC ENGINEERING, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision, de date inconnue, par laquelle la Région wallonne et ORES ont déclaré [son] offre [...] irrégulière et ont attribué à un autre soumissionnaire, dont l'identité n'est pas non plus connue de la requérante, le marché de travaux relatif à l'installation d'une unité de cogénération au gaz naturel associée à un réservoir tampon place de la Wallonie, 1, à 5100 Jambes, régi par le cahier spécial des charges n° T2.06.02.10B33";

Vu l'ordonnance du 28 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 12 janvier 2011 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

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

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. Les faits de la cause

1. Le 6 juillet 2010, les parties adverses (la Région wallonne et la société ORES) publient au Bulletin des adjudications un avis de marché conjoint, à attribuer selon une procédure d'appel d'offres général, portant sur "l'installation d'une unité de cogénération au gaz naturel associée à un réservoir tampon [dans un bâtiment situé] place de la Wallonie, 1, à Jambes". Le marché a pour objet " les travaux (de gros œuvre, de parachèvement et d'équipement), fournitures, transports, main d'œuvre et tous les moyens nécessaires à l'exécution de l'installation."

Ce marché est régi par le cahier spécial des charges n° T2.06.02-10B33.

2. Le 16 septembre 2010, la société CORETEC remet une offre de 359.257,84 euros, T.V.A. comprise, pour le marché précité.

3. Par un courrier du 11 octobre 2010, la première partie adverse a posé, en rapport avec l'analyse de son offre, plusieurs questions à la société CORETEC. Celle-ci y répond par un courrier du 15 octobre 2010.

4. Le 10 décembre 2010, la Région wallonne informe la société CORETEC que son offre a été jugée irrégulière, pour le motif suivant :

- " Considérant que l'offre de l'entreprise CORETEC S.A. est entachée d'une irrégularité substantielle et donc conformément à l'article 110, § 2, de l'AR du 8 janvier 1996 déclarée irrégulière pour les motifs suivants : L'entreprise CORETEC S.A. n'intègre pas dans le montant demandé pour l'entretien de la cogénération :
- 1) le coût, prévu dans le CDC, d'un entretien préventif de l'unité de cogénération juste à la fin de la période de 5 ans couverte par la garantie totale sachant que la durée de fonctionnement estimée de l'unité de cogénération sur 5 ans est de 21.211,25 heures selon le modèle proposé par le soumissionnaire
 - 2) le coût lié à la garantie totale demandée dans le CDC".

Au courrier de la Région wallonne du 10 décembre 2010, est jointe une annexe ainsi rédigée :

" En application de l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, je vous informe qu'un délai d'attente de 15 jours sera respecté avant la poursuite de la procédure de passation du marché, cela afin de vous permettre d'introduire éventuellement un recours contre la décision notifiée par la présente soit dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire, soit dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat. Ce délai d'attente prend cours à partir du lendemain de la date d'envoi de la présente communication [...]."

5. La décision déclarant irrégulière l'offre de la société requérante constitue l'acte attaqué par le recours.

La requérante précise que son recours porte également sur la décision d'attribuer à un autre soumissionnaire, dont l'identité ne lui est pas connue, le marché concerné. Pour justifier son intérêt à l'annulation la requérante expose qu'elle conteste, dans son moyen, les motifs d'irrégularité énoncés par le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 10 décembre 2010 et que si ce moyen est accueilli, le pouvoir adjudicateur n'aura d'autre choix que de prendre une nouvelle décision en tenant compte cette fois, pour l'application des critères d'attribution, de l'offre de la société CORETEC.

II. La seconde partie adverse

Considérant que le recours identifie comme parties adverses la Région wallonne et la société ORES; que cependant la décision d'attribution du marché qui figure au dossier administratif, et qui contient également l'éviction de la société requérante au motif de l'irrégularité de son offre, est signée par un fonctionnaire délégué de la Région wallonne;

Considérant qu'il en découle que la société ORES n'apparaît aucunement comme étant le coauteur de la décision attaquée; qu'elle doit être mise hors de cause.

III. Le recours à la procédure d'extrême urgence

Considérant que le courrier de la Région wallonne adressé le 10 décembre 2010 à la société requérante fait état de sa volonté d'appliquer la clause dite de "standstill" en vertu de l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993; qu'il y a lieu néanmoins de relever, d'une part, que l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 n'était applicable qu'aux marchés de travaux qui sont obligatoirement soumis à la publicité européenne lors du lancement de la procédure, c'est-à-dire aux marchés dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à 4.845.000 euros, et que, d'autre part, l'article 21bis précité, auquel continue de se

référer la Région wallonne, a été abrogé par la loi du 23 décembre 2009, entrée en vigueur le 25 février 2010;

Considérant qu'il y a dès lors lieu d'avoir égard aux nouvelles dispositions du livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993, inséré dans cette loi par la loi du 23 décembre 2009; que l'article 65/30 de ce livre, applicable aux marchés n'atteignant pas le seuil prévu pour la publicité européenne, prévoit que l'autorité adjudicatrice peut rendre applicable à ces marchés la clause de "standstill" prévue par l'article 65/11;

Considérant que tel est bien le cas en l'espèce, le délai d'attente à respecter avant la conclusion du marché en cause ayant commencé à courir le 11 décembre 2010 pour expirer le lundi 27 décembre, les 25 et 26 décembre étant des jours fériés; qu'il s'ensuit que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire d'une décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu actuellement par les articles 65/11, 65/23, § 3, et 65/30 de la loi du 24 décembre 1993; que c'est à juste titre que la requérante fait valoir qu'au terme du délai de quinze jours prévu par l'article 65/11, alinéa 1^{er}, précité, la Région wallonne est en mesure de conclure le marché, sous la réserve qu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution n'ait pas été introduite dans ce délai par un soumissionnaire concerné, auquel cas l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours n'ait statué sur la demande;

IV. Exposé du moyen

Considérant qu'à l'appui de son recours la société CORETEC ENGINEERING soulève un moyen unique pris de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 110, § 2, et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concession de travaux publics, des principes de bonne administration, des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 65/4 et 65/29 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'erreur manifeste d'appréciation";

Considérant qu'en ce qui concerne le motif d'irrégularité retenu par l'acte attaqué et tiré de l'absence d'intégration dans le montant demandé pour l'entretien cogénération du "coût lié à la garantie totale demandée dans le cahier des charges", la requérante fait valoir, en substance, que ni le cahier spécial des charges ni le logiciel COGENsim.xls mis à la disposition des soumissionnaires ne précisaient les

composantes du "montant entretien pour la cogénération"; qu'elle ajoute qu'étant donné que dans la fiche technique de la cogénération optimale, il était demandé de mentionner un montant par heure, elle avait uniquement inclus dans le "montant entretien pour la cogénération" les entretiens facturables à l'heure, c'est-à-dire les entretiens TO-Z (lors de la mise en place), TO-1 et TO-2 (toutes les 3.000 heures); que la requérante expose ensuite que par un courrier du 11 octobre 2010, la Région wallonne, faisant application de l'article 115, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, lui a demandé des précisions sur le fait que le coût "montant entretien pour la cogénération" était uniquement limité à l'entretien TO-Z/TO-1/TO-2 et ne tenait pas compte d'un montant annuel "maintenance curative et assurance bris de machine" et du coût d'une révision de type "middle repair"; qu'elle indique que ces précisions ont été apportées dans un courrier du 15 octobre, dont il ressort que, sur la base des données figurant dans l'offre, le montant de 1,08 eur/h figurant dans la fiche technique de la cogénération optimale pour le "montant entretien pour la cogénération" devait être remplacé par 3,4 eur/h, dès lors que, pour le pouvoir adjudicateur, ce montant devait inclure le montant annuel "maintenance curative et assurance bris de machine" et du coût d'une révision de type "middle repair"; que la société requérante estime que dès lors que les données aboutissant à ce montant de 3,4 euros figuraient déjà dans son offre déposée le 16 septembre 2010, que la précision apportée ne visait qu'à résoudre une divergence d'interprétation du "montant entretien pour la cogénération", que le pouvoir adjudicateur devait tenir compte de ces précisions dans l'appréciation des offres et qu'il n'en irait autrement que si le soumissionnaire, en apportant ces précisions, avait en fait modifié son offre originale;

Considérant qu'en ce qui concerne l'autre motif d'irrégularité retenu par l'acte attaqué et tiré de l'absence d'intégration dans le montant demandé pour l'entretien de la cogénération du coût d'un entretien préventif de l'unité de cogénération juste à la fin de la période de 5 ans couverte par la garantie totale, la requérante se réfère à la "fiche technique de la cogénération optimale", dont il ressort qu'après 5 ans, la machine proposée par la société CORETEC aura fonctionné 21.211,25 heures, tandis qu'il résulte de l'annexe intitulée "maintenance préventive" et extraite de son offre qu'à 20.000 heures, la machine ne devait pas subir un autre entretien que les entretiens TO-Z, TO-1 et TO-2; qu'elle en déduit qu'elle ne devait pas inclure dans le montant demandé pour l'entretien de la machine le coût d'un entretien préventif de l'unité de cogénération juste à la fin de la période de 5 ans couverte par la garantie totale, ce que le pouvoir adjudicateur pouvait aisément comprendre à la lecture de l'annexe 5 du contrat de maintenance;

Considérant que la requérante conclut qu'en écartant son offre pour les deux raisons précitées, le pouvoir adjudicateur a violé les dispositions de la loi du 24

décembre 1993 et de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, visées au moyen, et qu'elle a en outre donné à sa décision une motivation qui ne correspond pas à la réalité;

V. Examen du caractère sérieux du moyen

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, lequel dispose comme suit :

" 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.";

Considérant que l'article 110, § 2 précité distingue 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;

Considérant que selon les termes de l'article 89, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les données concernant les prix doivent être considérées comme des "conditions essentielles du marché", de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée comme substantielle et donc comme donnant lieu à nullité absolue de l'offre;

Considérant que le cahier spécial des charges n° T2.06.02-10B33 du marché concerné prévoit que le marché sera attribué au soumissionnaire qui aura déposé l'offre la plus intéressante au regard de quatre critères d'attribution, le plus important intervenant pour 40 % étant les "critères de rentabilité"; que ces derniers sont décrits comme suit par le cahier spécial des charges :

- " 1) Le temps de retour simple (TRS),
2) Le taux de rentabilité interne (TRI)
3) La valeur actualisée nette des gains (VAN) - en tenant compte d'une aide à l'investissement de 0 %)
4) L'économie annuelle avec les C.V.
L'ensemble des points est extrait du logiciel COGENsim.xls mis à disposition du soumissionnaire et fait l'objet d'un document à remettre avec l'offre
Pour ce poste, la répartition des points est la suivante :
1) TRS minimum 10 points, TRS maximum 5 points
2) TRI minimum 5 points, TRI maximum 10 points

- 3) VAN minimum 5 points, VAN maximum 10 points
 - 4) économie annuelle minimum 5 points, économie annuelle maximum 10 points
- en tenant compte pour tous les points de 1) à 4), il est fait usage de la règle de trois pour répartir les soumissionnaires"

que le cahier spécial des charges précise également que "doivent être joints à l'offre, sous peine d'irrégularité de l'offre par le soumissionnaire":

" La fiche technique récapitulative issue du logiciel cogensim.xls établie en fonction du matériel proposé par le soumissionnaire. Sur cette fiche sont repris notamment les informations suivantes :
Le temps de retour simple (TRS), le taux de rentabilité interne (TRI), la valeur actualisée nette des gains (VAN) - en tenant compte d'une aide à l'investissement de 0%) et l'économie annuelle avec les C.V."

qu'enfin, le cahier spécial des charges, en son point 10 intitulé "Prestations demandées au terme du contrat d'entretien et de garantie totale", comporte une description précise des prestations d'entretien et de garantie exigées des soumissionnaires;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que dans la fiche technique récapitulative jointe par la société CORETEC à son offre, le coût annoncé de 4.581,63 euros/an pour le "montant entretien pour la cogénération" a été établi en multipliant 1,08 euros, soit le prix par heure des entretiens TO-Z/TO-1/TO-2, par 4.242,25, soit le nombre d'heures de fonctionnement de la machine; qu'il s'ensuit que le montant précité de 4.581, 63 euros n'englobait pas les deux coûts visés par le cahier spécial des charges, c'est-à-dire se rapportant à l'entretien préventif de l'unité de cogénération à la fin de la période de 5 ans ainsi qu'à la garantie totale demandée ; que la requérante le reconnaît d'ailleurs, en écrivant dans sa requête (point 18) qu'"il est vrai que, dans la fiche technique de la cogénération optimale, la société CORETEC n'avait pas introduit le Middle repair 1, l'assurance bris de machine et la supervision ..."; qu'il en découle que l'offre de la requérante, qui devait aux termes du cahier spécial des charges reprendre les données pertinentes de son offre dans la fiche technique récapitulative et non dans d'autres annexes, méconnaît une condition essentielle du cahier spécial des charges se rapportant au prix du marché et est affectée d'une irrégularité substantielle, entraînant sa nullité;

Considérant par ailleurs que cette fiche récapitulative en matière de coûts de la mise en place de cogénération, extraite du logiciel COGENsim.xls mis à la disposition des soumissionnaires, était particulièrement importante puisqu'elle devait servir, dans le cadre de la comparaison des offres, à la notation des critères de rentabilité prévus au cahier spécial des charges ; que la présentation de cette fiche, à la lumière des données du cahier spécial des charges et de ses clauses techniques (spécialement le point XIII intitulé "Proposition de contrat de maintenance"), n'était pas de nature à semer le doute dans le chef des soumissionnaires;

Considérant qu'il découle de ces différents éléments que les soumissionnaires qui sont des professionnels du secteur, et alors que le conseil des parties adverses souligne à l'audience que le logiciel COGENsim.xls a été élaboré non par la Région wallonne mais par le secteur concerné, devaient raisonnablement en déduire que tous les coûts de maintenance devaient être pris en compte, puisqu'il s'agissait notamment, à partir de la fiche récapitulative, de comparer les avantages du système de cogénération proposé par rapport à la situation antérieure sans cogénération; que cette comparaison n'aurait pas pu être effective si certains coûts prévisibles de la solution de cogénération proposée par les soumissionnaires n'avaient pas été intégrés; que la requérante ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisque dans son courrier du 15 octobre 2010, elle a intégré a posteriori les éléments manquants et proposé un coût de maintenance omnium, qui passe désormais à 3,4 euros de l'heure au lieu du coût figurant à la fiche récapitulative jointe à son offre et qui était seulement d'un montant de 1,08 euro/heure;

Considérant également que la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que "dès lors que les données aboutissant au montant de 3,4 EUR figuraient déjà dans l'offre déposée par la société CORETEC le 16 septembre 2010, le pouvoir adjudicateur devait tenir compte de ces précisions dans l'appréciation des offres" et que "quand un pouvoir adjudicateur décide de demander une précision sur la base de l'article 115, quatrième alinéa, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 à un soumissionnaire et que cette précision lui est apportée par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur est tenu d'en tenir compte pour apprécier les offres"; que s'il est exact que les précisions données par un soumissionnaire au pouvoir adjudicateur doivent être examinées par ce dernier, ce même pouvoir adjudicateur ne peut, en appel d'offres ou en adjudication, accepter des précisions qui ont pour effet de modifier l'offre remise par le soumissionnaire; qu'en l'espèce, les précisions apportées par la requérante en réponse à l'étonnement suscité dans le chef du pouvoir adjudicateur au vu des montants figurant dans la fiche technique, modifient un des éléments essentiels du marché public, soit son prix; qu'il s'ensuit que la circonstance que le pouvoir adjudicateur a demandé, sur la base de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, à la requérante de préciser certains coûts figurant dans son offre n'a pas pour effet de rendre régulière une offre irrégulière; que le but d'une telle demande est de s'assurer que le pouvoir adjudicateur comprend parfaitement les éléments contenus dans l'offre et que par exemple, en présence d'un prix nettement inférieur à ceux proposés par un concurrent et susceptible de fausser la comparaison des offres, la prestation proposée à ce prix nettement inférieur inclut les prestations visées au cahier spécial des charges;

Considérant qu'à l'audience l'avocate de la société requérante développe un nouvel argument tiré d'une rupture d'égalité entre les soumissionnaires, pour le motif que la société V.M.I. (attributaire du marché) a également été interrogée par le

pouvoir adjudicateur quant au contrat d'entretien proposé, mais n'a pas vu son offre déclarée irrégulière ; que néanmoins, la lecture des courriers échangés entre la Région wallonne et la société V.M.I., courriers déposés à l'audience par l'avocate des parties adverses, montre que les interrogations au sujet des offres respectives de CORETC et de V.M.I. ne sont pas comparables; qu'en effet, dans le courrier adressé le 21 octobre 2010 à la société V.M.I., il ne s'agissait que de clarifier le point de savoir si le coût demandé par heure de fonctionnement de l'unité de cogénération sur 5 ans intégrait bien le coût de l'entretien préventif, à quoi la société concernée a répondu par l'affirmative; qu'en outre, le rapport d'analyse des offres montre bien que trois soumissionnaires, dont la requérante, ont vu leur offre déclarée irrégulière parce qu'ils n'intégraient pas certains coûts dans le montant demandé pour l'entretien de la cogénération, alors que tel n'était pas le cas du soumissionnaire V.M.I.; qu'ainsi la partie adverse n'a introduit aucune rupture d'égalité entre les soumissionnaires, l'imprécision relevée dans l'offre de la société V.M.I. n'étant pas comparable aux omissions entachant les trois autres offres;

Considérant qu'il ressort de cet examen, nécessairement sommaire compte tenu du bref délai pour statuer qu'impose au Conseil d'Etat une procédure de référé d'extrême urgence, que la partie adverse n'a pas méconnu l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et les articles 110, § 2, et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, visés au moyen, pas plus qu'elle n'a commis une erreur manifeste d'appréciation; que la décision attaquée contient à première vue les considérations de droit et de fait qui motivent à suffisance et adéquatement l'écartement par la partie adverse de l'offre de la demanderesse;

Considérant que le moyen unique n'est pas sérieux; qu'il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les arguments présentés par la partie requérante et la première partie adverse relativement à la balance des intérêts,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La seconde partie adverse, la société coopérative à responsabilité limitée ORES, est mise hors de cause.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze janvier deux mille onze par :

M. Philippe QUERTAINMONT,
M^{me} Katty LAUVAU,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Philippe QUERTAINMONT.