CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 212.298 du 29 mars 2011

G./A.199.422/VI-19.039

En cause : **1. la société anonyme SYNTIGO,**
2. la société anonyme Louis STEVENS & Co,
ayant formé une société momentanée SYNTIGO-STEVENS,

ayant élu domicile chez
Mes Kim Eric MORIC et
Marie BOURGYS, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

la zone de Police n° 5344 Schaerbeek-Evere-Saint-Josse-ten-Noode,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Requérantes en intervention :
1. la société anonyme TEIN TELECOM,
2. la société anonyme CEGELEC, ayant formé une société momentanée TEIN TELECOM-CEGELEC,

ayant élu domicile chez
Me Bénédicte HENDRICKX, avocat,
rue de Nieuwenhove, n° 14 A,
1180 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

Vu la requête unique introduite le 4 mars 2011 par laquelle la société anonyme SYNTIGO et la société anonyme Louis STEVENS & Co, ayant formé une société momentanée SYNTIGO-STEVENS, demandent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de la décision du 30 décembre 2010, de la Zone de Police n° 5344 "Schaerbeek - Evere - Saint-Josse-ten-Noode" approuvant la proposition d'attribution pour le marché "Travaux relatifs à la fourniture et à l'installation de caméras de surveillance et d'un réseau de transmission de données",

écartant l'offre de la société momentanée SYNTIGO-STEVENS pour cause d'irrégularité et attribuant le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière unique, soit à la société momentanée TEIN TELECOM-CEGELEC, pour le montant d'offre contrôlé de 4.739.168,29 euros hors TVA ou 5.734.393,63 euros TVA comprise;

Vu la requête introduite le 16 mars 2011 par laquelle la société anonyme TEIN TELECOM et la société anonyme CEGELEC, ayant formé une société momentanée TEIN TELECOM-CEGELEC, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes;

Vu l'ordonnance du 7 mars 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 18 mars 2011 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Marie BOURGYS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Gautier MELCHIOR, loco Me Bénédicte HENDRICKX, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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 se présentent comme suit :

1. Le 4 août 2010, la partie adverse publie un avis de marché dans le Journal officiel de l’Union européenne et dans le Bulletin des adjudications belge, relatif à un marché de travaux ouvert, passé par appel d’offres général, soumis à la publicité européenne et ayant pour objet les travaux relatifs à la fourniture et à l’installation de caméras de surveillance et d’un réseau de transmission de données.

2. Lors de l’ouverture des offres, le 29 septembre 2010, il est constaté que six offres ont été remises dont celle des requérantes.

3. Le rapport d'attribution, établi le 11 décembre, conclut à l'irrégularité des offres de cinq soumissionnaires sur six.

En ce qui concerne l'examen de la régularité de l'offre des requérantes, le rapport contient ce qui suit :

" 1. Une des exigences du cahier des charges était :

«Pour la remise de votre offre vous devez utiliser l'ordre des sous-critères, comme indiqué dans le cahier des charges. On attend que vous décrivez, pour chaque sous-critère individuellement, votre solution, vos produits et/ou le mode de fonctionnement de manière détaillée, afin que nous puissions évaluer votre offre sur des informations suffisantes.»

L'offre du soumissionnaire ne répond pas à cette condition, mais cela ne compromet pas la comparaison avec les autres offres. Toutefois, nous pouvons dire que cela complique l'évaluation, puisque, à travers les offres, il faut aller à la recherche des informations pertinentes afin de connaître la réponse du soumissionnaire pour chaque sous-critère. Il s'agit là d'une irrégularité relative.

2. Une autre exigence du cahier des charges était : «Vous donnez une planification détaillée pour les travaux à exécuter, les moments de réunion, les états d'avancement, et toutes autres activités desquels vous avez tenu compte dans votre offre pour réaliser un système complet qui sera exploitable et acceptable, y compris les formations. Vous citez les hypothèses que avez présumées».

Les états d'avancement et les hypothèses n'ont pas été mentionnés, sans que cela ne rende la comparaison des offres impossible.
Un critère d'attribution concerne la mise en œuvre de la solution technique. Le cahier des charges précisait que sera vérifié dans quelle mesure la planification du soumissionnaire démontre qu'il a pensé à toutes les activités et les obstacles, si elle est complète, compréhensible et réalisable en tenant compte des hypothèses qu'il a formulées.
Le fait que la planification du soumissionnaire n'est pas assez détaillée, ne compromet pas la comparaison des offres. Il s'agit là d'une irrégularité relative.

3. Une autre exigence du cahier des charges était : «Annexe 1, 2 et 3 du Plan Général de Sécurité et de Santé devrait être complété par le soumissionnaire et signé, sous peine d'exclusion.»

La société momentanée Syntigo en Stevens & Co n'a pas signé les annexes 2 et 3 du Plan Général de Sécurité et de Santé. L'annexe 2 traite des dispositifs de sécurité et l'annexe 3 reprend le calcul de prix. Il s'agit là d'une irrégularité substantielle.

4. Pour beaucoup de postes, le soumissionnaire mentionne «-€». Cela pourrait signifier 0 € selon notre analyse. Néanmoins, il est impossible de l'affirmer avec certitude. Dès lors, on ne peut pas clairement savoir si cela signifie que vraiment rien n'est comptabilisé pour ces postes, ou comptabilisés dans d'autres postes non plus. Il s'agit là d'une irrégularité substantielle.

Conclusion relative à l'offre de la société momentanée SYNTIGO – STEVENS.

En raison des irrégularités susmentionnées, notamment les points 3 et 4, l'offre de la société momentanée SYNTIGO-STEVENS doit être considérée comme irrégulière et écartée."

4. Le 30 décembre 2010, la partie adverse approuve le rapport d'attribution et décide d'attribuer le marché "au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière unique, soit à la société momentanée TEIN TELECOM-CEGELEC, Weldoenersplein 7, 1030 Bruxelles pour le montant d'offre contrôlé de € 4.739.168,29 hors TVA ou € 5.734.393,63, 21 % TVA comprise".

Il s'agit de l'acte attaqué.

5. Un courrier, daté du 17 février 2011, de la partie adverse informe les requérantes que le marché a été attribué à un autre soumissionnaire et comprend, outre l'indication des voies de recours, la phrase suivante :

" Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre offre : irrégularités aux points 3 et 4.".

A ce courrier est jointe la décision d'attribution du marché du 30 décembre 2010, mais non le rapport d'attribution contenant les motifs de l'éviction.

6. La partie adverse transmet aux requérantes ce rapport d'attribution par courrier électronique du 22 février 2011;

Considérant que, dans son avis, l'auditeur soulève d'office l'irrecevabilité de la requête en intervention, pour le motif qu'en ce qui concerne la société anonyme TEIN TELECOM la décision d'intervenir a été prise par le seul administrateur délégué et non par le conseil d'administration;

Considérant que la décision d'agir en justice ne relève pas de la gestion journalière, qui, seule, peut être déléguée par le conseil d'administration à une ou plusieurs personnes en vertu de l'article 525 du Code des sociétés; que l'administrateur délégué ne peut donc invoquer la disposition des statuts qui l'autorise à engager seul la société pour prendre seul la décision d'agir en intervention dans la présente procédure; qu'une société momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique, tous ses membres doivent agir conjointement et régulièrement pour qu'une requête soit valablement introduite; que la requête en intervention n'apparaît donc pas pouvoir être accueillie dans le cadre de la procédure en référé d'extrême urgence;

Considérant d'office que les requérantes, dont l'offre a été jugée irrégulière, n'ont intérêt à demander la suspension de l'exécution d'une décision attribuant le marché à un concurrent, que pour autant qu'il soit démontré que c'est à tort que leur offre a été jugée irrégulière; que l'examen de l'intérêt est toutefois lié au fond;

Considérant, quant au recours à la procédure d'extrême urgence, que les motifs de la décision déclarant irrégulière l'offre des requérantes leur ont été notifiés le 22 février 2011; que la requête a été introduite par envoi recommandé et par télécopie le 4 mars 2011, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services; que, partant, elle est recevable ratione temporis; qu'il peut être admis qu'ainsi, l'extrême urgence est suffisamment établie;

Considérant que les requérantes prennent un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 1er de la loi du 24 décembre 1993 précitée, des articles 89, 96, 114 et 115 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du point 3.2. des clauses techniques du cahier spécial des charges, des points 5 et 6 du Plan général de Sécurité et de Santé, du principe général d'égalité des soumissionnaires, du principe de transparence, du principe général "patere legem quam ipse fecisti", du principe général de motivation interne des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe de prudence ou "devoir de minutie", du principe général du raisonnable, du principe général de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir; en ce que, première branche, la partie adverse a écarté l'offre des requérantes pour cause d'irrégularité substantielle en raison de l'absence de signature des Annexes 2 et 3 du Plan général de Sécurité et de Santé, alors que les documents de marché n'imposent pas une telle signature; en ce que, deuxième branche, la partie adverse a écarté l'offre des requérantes pour cause d'irrégularité substantielle en raison d'une incertitude quant à la signification de la mention "-€" pour des postes du métré récapitulatif et sans examiner le métré récapitulatif au regard de la liste détaillée jointe à l'offre; et que, troisième branche, la partie adverse a écarté l'offre des requérantes pour cause d'irrégularités relatives en précisant que l'irrégularité relevée ne compromettait pas la comparaison des offres; alors que, première branche, l'autorité est tenue de respecter les règles qu'elle a elle-même fixées dans les documents de marché ou, à tout le moins, de permettre aux soumissionnaires de déposer leur offre en pleine connaissance de cause; et que, deuxième branche, il appartient à l'autorité administrative de prendre en considération l'ensemble des éléments contenus dans l'offre des soumissionnaires et de porter une appréciation éclairée, objective, complète, raisonnable et proportionnée à l'occasion de l'adoption de sa décision; et alors que, troisième branche, tout acte administratif doit reposer sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et adéquats, formellement énoncés et témoignant de ce qu'il ne résulte pas d'une appréciation manifestement déraisonnable, hors de toute proportion par rapport aux faits;

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du moyen, tirée de ce que les requérantes ne préciseraient pas en quoi chacune des dispositions qu'ils invoquent sont violées;

Considérant que même si les requérantes invoquent de nombreuses dispositions et principes qui seraient violés, la lecture de la requête permet de comprendre les illégalités invoquées, que l'exception est rejetée;

Considérant que la partie adverse soulève une deuxième exception d'irrecevabilité du moyen tirée en substance de ce que les principes généraux de droit ne pourraient être invoqués lorsque ceux-ci sont constatés dans des dispositions légales ou réglementaires applicables, la Cour de cassation déclarant irrecevable un moyen de cassation n'indiquant pas la disposition légale libellant totalement ou partiellement le principe général de droit dont la violation est invoquée;

Considérant que le raisonnement de la partie adverse, qui s'appuie sur un rapport de la Cour de cassation, n'apparaît pas à première vue transposable au présent moyen qui invoque l'illégalité d'un acte administratif; que l'exception est rejetée;

Considérant que la partie adverse soulève une troisième exception d'irrecevabilité du moyen, en ce qu'il vise les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, alors que ces dispositions ne seraient pas applicables dans la mesure où, en ce qui concerne la motivation formelle, les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, qui ne sont pas visés dans le moyen, comporteraient des exigences plus spécifiques et plus contraignantes;

Considérant qu'au stade du référé d'extrême urgence, cette exception doit être provisoirement écartée, dans la mesure où elle concerne essentiellement la troisième branche du moyen que les parties ont, à l'audience, elles-mêmes qualifiée de subsidiaire, et à l'égard de laquelle les questions de la motivation interne et de la motivation formelle se confondent;

Considérant, quant à la deuxième branche du moyen, que les requérantes soutiennent qu'il ressort clairement du montant total de l'offre repris au métré récapitulatif, constituant l'addition des différents postes de ce métré récapitulatif, que les postes où figurait la mention "-€" équivalaient à "0 €", qu'il est donc manifestement déraisonnable d'affirmer qu'il ne pouvait être déterminé avec certitude si la mention "-€" équivalait à "0 €"; qu'elles exposent également que les clauses techniques du cahier spécial des charges sollicitaient que les soumissionnaires joignent à leur offre un métré récapitulatif, mais également une liste détaillée; qu'elles expliquent qu'elles ont bien joint à leur offre, à la fois un métré récapitulatif et une

liste détaillée, que dans cette liste détaillée, elles ont pris le soin de détailler l'ensemble des prix et d'indiquer leurs commentaires, et notamment d'indiquer si un poste est inclus dans un autre; que dès lors pour les postes du métré récapitulatif où apparaissent des mentions "-€", il ressortait clairement de la liste détaillée que soit rien n'était comptabilisé pour le poste, soit le poste était inclus dans un autre poste; qu'ils reprochent donc à la partie adverse soit de ne pas avoir tenu compte de cette liste détaillée, soit d'en avoir tenu compte, mais d'avoir dans ce cas commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il n'était pas possible de déterminer, d'une part, si pour les postes en question, le "-€" équivalait à "0 €", et d'autre part, si, rien n'était comptabilisé pour ces postes ou si ces postes étaient comptabilisés dans d'autres postes;

Considérant que la partie adverse soutient que si la thèse des requérantes devait être suivie, à savoir que pour certains postes, le "-€" équivalait à "0 €", alors l'offre devait être écartée soit pour avoir proposé des prix anormaux, soit pour avoir enfreint l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'elle expose également que pour le poste "Lieu(x) supplémentaire(s)/point(s) d'intersection principal(s) sur le backbone", il est indiqué "- €" tant dans le métré récapitulatif que dans la liste détaillée déposée par les requérantes, alors que sous ce poste, dans la liste détaillée, des prix unitaires détaillés sont néanmoins indiqués; qu'elle relève également que pour certains postes l'explication selon lequel leur prix était inclus dans d'autres postes n'indiquait pas précisément de quels autres postes il s'agissait;

Considérant, quant à cette deuxième branche du moyen, qu'il est exact que, comme l'affirment les requérantes, pour un certain nombre de postes du métré récapitulatif pour lesquels il est indiqué "-€", la consultation de la liste détaillée fournit l'explication que le prix de ce poste est égal à zéro euro ou est inclus dans celui d'un autre poste; qu'il existe néanmoins au moins un poste, parmi ceux pour lesquels il y avait une obligation de remettre un prix, à savoir le poste "Lieu(x) supplémentaire(s)/point(s) d'intersection principal(s) sur le backbone", pour lequel il n'apparaît pas possible de déterminer si le prix est de zéro euro ou si son prix est inclus dans un autre poste, dès lors que, dans la liste détaillée, figurent pour ce poste des rubriques indiquant des prix unitaires dont on n'aperçoit pas sous quel poste ils seraient comptabilisés dans le métré récapitulatif; qu'il n'apparaît par ailleurs pas pouvoir être considéré comme régulier le fait que pour certains postes pour lesquels il y avait une obligation de remettre un prix, aucun prix ne soit indiqué, ou même un prix égal à zéro, sans autre explication, ce qui est effectivement le cas, de l'aveu même des requérantes, pour un certain nombre de postes; qu'en outre, ainsi que le relève à juste titre la partie adverse, pour certains postes à prix inexistant ou nul, la liste détaillée indique qu'ils sont "inclus dans…", mais il n'est pas possible de déterminer dans quel autre poste ce prix serait précisément inclus; qu'enfin force est de constater, dans le

métré récapitulatif, l'absence d'indication de prix ou l'indication d'un prix nul pour pas moins de vingt-huit postes pour lesquels le cahier des charges indiquait qu'il y avait obligation de remettre un prix; qu' à cet égard l'explication que le prix de ces postes était inclus dans d'autres postes, même déterminés, ne pourrait être jugée satisfaisante, puisque le but d'un métré récapitulatif est, notamment, d'indiquer comment le prix proposé par le soumissionnaire pour la réalisation des travaux se répartit entre les différents postes afin de permettre une comparaison des offres et de détecter d'éventuels prix anormaux; que dans la mesure où l'offre des requérantes n'était pas, pour un nombre non négligeable de postes, détaillée de la manière requise par le métré récapitulatif repris dans le cahier spécial de charges, et que ce métré ne pouvait être rectifié par la partie adverse en application de l'article 114, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 2006, faute d'indication précise des motifs de cette absence de prix détaillé, la partie adverse ne pouvait pas, prima facie, ne pas écarter cette offre pour irrégularité, en vertu de l'article 114, § 3, du même arrêté;

Considérant que l'offre des requérantes apparaissant irrégulière, elles sont sans intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché à un concurrent,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme TEIN TELECOM et la société anonyme CEGELEC, ayant formé une société momentanée TEIN TELECOM-CEGELEC, est rejetée dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 sont réservés.

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

M.	Luc DETROUX,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Luc DETROUX.