

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.037 du 11 janvier 2013

G./A.207.055/VI-19.780

En cause : **la société anonyme ELSTER,**

ayant élu domicile chez
Mes Catherine ERKELENS et
Niki LEYS, avocats,
avenue Louise, n° 235, bte 1,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société civile sous forme de société privée
à responsabilité limitée Société Wallonne
Des Eaux, en abrégé S.W.D.E.,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 novembre 2012, la société anonyme ELSTER sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "des décisions du 26 octobre 2012 de la [S.W.D.E.] :

- de déclarer les offres de la partie requérante, dans le cadre des marchés en matière de fourniture de compteurs à piston relatifs dits "volumétriques" [...], irrégulières, et de ne pas retenir ces offres, notamment les offres concernant [les lots 1 à 6];
- d'attribuer les marchés à la société AQUATEL (pour le lot 1) et à la société CONTIGEA (pour les lots 2, 3, 5 et 6);
- de ne pas attribuer le lot 4, faute d'offre conforme, et d'en assurer les approvisionnements au moyen d'une procédure négociée."

Par une requête introduite le 5 décembre 2012, la société anonyme ELSTER demande l'annulation des mêmes décisions.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 novembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 décembre 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Catherine ERKELENS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Irène MATHY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Le 2 janvier 2012, la partie adverse a lancé un premier marché, par procédure négociée avec publicité européenne, pour la fourniture de compteurs volumétriques.

Le 6 juillet 2012, le conseil d'administration de la partie adverse a cependant renoncé à la procédure choisie et relancé le marché par adjudication publique avec publicité européenne. Les seules modifications du marché consistent dans le mode de passation de celui-ci.

Le marché litigieux est un marché conjoint S.W.D.E. – C.I.L.E. (compagnie intercommunale liégeoise des eaux).

IV. PREMIER, TROISIEME ET QUATRIEME MOYENS

IV.1. Arguments de la partie requérante

Le premier moyen est pris de "la violation du droit belge et communautaire en matière de marchés publics, et notamment l'article 3 de l'A.R. du

26 septembre 1996 relatif au Cahier général des charges, d'un détournement de pouvoir, de la violation du principe général de bonne administration et d'équitable procédure, des principes généraux de traitement égal, transparence et objectivité, du principe de la proportionnalité, ainsi que de la violation des obligations de motivation matérielle et formelle des actes administratifs, y inclus l'article 65/5, 6° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, et de la violation des documents du marché".

Il est divisé en trois branches :

Première branche : "en ce que [...] la SWDE a refusé les offres de la requérante, pour les Lots 1, 2, 3, 4, 5 et 6, en considérant que les remarques de la requérante quant à des incohérences telles que prévues à l'article 1.1.1 du Cahier spécial des charges, faisaient partie intégrante de ses offres en tant que telles (quod non), et ce, sur base d'une interprétation erronée de la page contenant les remarques, en considérant à tort que les offres de la requérante contenaient une demande de modification aux conditions contractuelles; alors que la requérante n'a aucunement demandé de dérogation aux conditions contractuelles proposées par la SWDE, et, que l'intention de la requérante était d'attirer l'attention de la SDWE sur un problème de cohérence, voir même de légalité, dans le Cahier spécial des charges, relativement aux pénalités réclamées, et, alors que la requérante a seulement, sur une page séparée, ne faisant aucunement partie de ses offres en tant que telles, formulé ses remarques sur les incohérences dans le Cahier spécial des charges, tel que prévu à l'article 1.1.1. du Cahier spécial des charges qu'elle a suivi à la lettre, et ce, dans le délai prévu dans ce même Cahier spécial des charges".

Deuxième branche : "en ce que [...] la SWDE a refusé les offres de la requérante, pour les Lots 1, 2, 3, 4, 5 et 6, et les a déclarées irrégulières au motif que la page contenant les remarques de la requérante sur base de l'article 1.1.1 du Cahier spécial des charges contiendrait une modification d'une clause essentielle du contrat, alors que, la requérante a clairement indiqué sur la page concernée qu'il ne s'agissait que de "remarques" quant à des "incohérences", tel que prévu à l'article 1.1.1 du Cahier spécial des charges, et qu'elle n'a dès lors pas considéré de telles remarques comme des demandes de dérogations au contrat, vu qu'elles devaient être lues séparément de l'offre en tant que telle, et, alors que la SWDE ne pouvait considérer valablement que les remarques de la requérante quant aux incohérences constituaient une partie intégrante des offres sans expliquer pourquoi elles devraient être considérées comme partie intégrante des offres et, en outre, sans expliquer pourquoi la clause concernant les amendes de retard constituerait une clause valable et cohérente – quod non- et la remarque de la requérante ne serait pas une remarque relative à "une incohérence" telle que visée au point 1.1.1 du Cahier spécial des charges, et sans expliquer par ailleurs pour quel aspect de son service public les amendes qu'elle souhaite appliquer seraient indispensables".

Troisième branche : "en ce que [...] la SWDE considère la soumission de la requérante comme irrégulière parce qu'elle a soulevé le problème du niveau beaucoup trop important des amendes de retards, alors que, il s'agit bel et bien d'amendes disproportionnelles, par rapport au dommage qui pourrait résulter des retards, et dès lors, d'amendes pénales ou de réelles sanctions, et alors que la SWDE reste en défaut de motiver pourquoi cette remarque de la requérante ne serait pas valable ou ne devrait pas être considérée comme une remarque sur une incohérence effective dans le Cahier spécial des charges."

Les troisième et quatrième moyens sont pris à titre subsidiaire.

Ils sont exposés comme suit :

- " La requérante prend un troisième moyen d'un détournement de pouvoir, de la violation du principe de proportionnalité, des règles générales des marchés publics, et des principes de bonne administration et d'équitable procédure, et de la violation de l'obligation de motivation matérielle,

En ce que, la SWDE déclare la soumission de la requérante irrégulière sur base de l'argument selon lequel le fait de diminuer le montant des amendes pour Elster SA aurait pour conséquence de lui octroyer un avantage la favorisant par rapport à ses concurrents, ce qui constituerait dans le chef de la SWDE une violation du principe d'égalité,

Alors qu'il s'agissait d'amendes disproportionnées dès lors non légales parce que contraires au principe de proportionnalité, à diminuer dans ce cas pour tous les soumissionnaires,

De sorte que la SWDE ne peut en aucun cas valablement déclarer sur cette base irrégulière la soumission de la requérante, qui a valablement attiré l'attention sur ce caractère disproportionné, et dès lors sur un problème de légalité du Cahier spécial des charges."

- " La requérante prend un quatrième moyen tiré d'un détournement de pouvoir, de la violation des règles en matière des marchés publics, les principes généraux de transparence, de traitement égal et objectif, le principe d'impartialité, le principe de bonne administration et d'équitable procédure,

En ce que, la SWDE a déclaré les offres de la requérante comme étant irrégulières au motif que les remarques formulées par la requérante sur base de l'article 1.1.1. du Cahier spécial des charges constitueraient une partie intégrante des offres, et dès lors une demande de modification des conditions contractuelles,

Alors que, si l'interprétation de la SWDE selon laquelle la requérante aurait voulu demander une modification des conditions contractuelles, quod non, est basée sur le fait que la requérante a remis ses remarques en même temps que ses offres, si bien que la SWDE les a découvertes à l'ouverture des offres, il faut constater que c'est la SWDE elle-même qui a rendu possible la remise des remarques à ce moment, et que la SWDE a à tout le moins induit en erreur la requérante quant à la conséquence de la remise des remarques à la date ultime prévue par la SWDE à l'article 1.1.1 du Cahier des charges, c.à.d. la date de l'ouverture des offres,

De sorte que la SWDE a manqué à son devoir de transparence en permettant aux soumissionnaires de remettre leurs remarques «au plus tard le jour de l'ouverture des offres» (article 1.1.1.), sans qu'aucune formalité ne soit prescrite ou conseillée pour la remise des remarques, sans préciser qu'une remise concomitante des offres et des remarques pourrait entraîner l'interprétation selon laquelle les remarques viseraient à modifier le contrat".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat sur les premier, troisième et quatrième moyens réunis

Les moyens sont irrecevables en tant qu'ils sont pris du détournement de pouvoir et de la violation des documents du marché. Ces prétendues violations, à

défaut d'être autrement précisées, ne sont pas suffisantes pour permettre au Conseil d'Etat de contrôler la légalité des décisions attaquées.

Le dernier alinéa de l'article 1.1.1. du cahier spécial des charges applicable au présent marché, ci-après désigné par C.S.C., prévoit ce qui suit :

" Le soumissionnaire a l'obligation d'informer, au plus tard le jour de l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur des éventuelles incohérences apparaissant aux documents contractuels. A défaut, il est présumé avoir marqué son accord sur l'intégralité des documents contractuels".

Le terme "incohérence" dans son acception usuelle suppose un manque de logique au sein, en l'espèce, des documents contractuels. A titre illustratif, pareille notion vise une incohérence entre des prescriptions techniques ou une contradiction entre le C.S.C. et l'inventaire.

De sorte qu'une éventuelle contradiction entre des documents du marché litigieux et un élément externe, tels que l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ou des concessions de travaux publics ou le cahier général des charges, ci-après désigné par C.G.C., ne constitue pas une "incohérence".

Ainsi, les deux remarques formulées par la partie requérante au début des documents constituant son offre doivent être qualifiées de dérogations aux clauses du C.S.C. ou - au mieux – comme des réserves.

En effet et en outre, la requérante s'est ainsi exprimée sur ces questions :

" Votre demande pour une garantie de 5 ans après installation est en décalage par rapport à la législation belge (1 an à partir de la date de livraison). Nous vous proposons 5 ans à la date de livraison.".

"La législation belge prévoit 0,07 % par jour de retard avec un maximum de 5 %. Nous vous proposons pour les retards de livraisons une pénalité de 0,5 % par jour avec un maximum de 15 %.".

De telles dérogations ou réserves au C.S.C. doivent s'analyser sous l'angle de la théorie des irrégularités, substantielles ou non, sur la base de l'article 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Les autres arguments de la partie requérante sont sans incidence sur la qualification des "remarques" qu'elle a formulées. En effet, les clauses du C.S.C. sont claires et son offre y déroge.

Par ailleurs, une dérogation au C.G.C. portant sur les délais de garantie ou sur les amendes pour retard de livraison ne doit pas faire l'objet d'une motivation formelle dans le C.S.C..

En effet, les articles 63 (délais de garanties) et 66 (amendes pour retard) du C.G.C. ne font pas parties des dispositions énumérées dans l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 précité pour lesquelles une motivation formelle dans le C.S.C. est exigée en cas de dérogation.

En l'espèce, le C.S.C. ne déroge qu'aux amendes de retard, dès lors que pour les délais de garanties, l'article 63 du C.G.C. prévoit expressément que c'est le C.S.C. qui fixe ces délais de garantie.

Les explications de la partie adverse suffisent en outre à justifier raisonnablement cette dérogation. En revanche, la partie requérante est en défaut d'exposer en quoi ces amendes seraient réellement disproportionnées.

Il faut encore rappeler qu'en procédure d'adjudication publique, il n'est pas possible de modifier le C.S.C. après l'ouverture des offres. Ainsi que cela se reflète dans le montant des offres des autres soumissionnaires, ceux-ci ont tenu compte du risque d'amendes relativement élevées.

Enfin, l'article 86 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 impose un délai dans lequel un soumissionnaire peut dénoncer "des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou inopérante la comparaison des offres", ce qui permet, le cas échéant, au pouvoir adjudicateur de rectifier le C.S.C. au profit de tous les soumissionnaires.

Le C.S.C., quant à lui, permettait de faire valoir des incohérences jusqu'à l'ouverture des offres.

Dès lors, même si l'on peut regretter un défaut de transparence en l'espèce, il faut remarquer que ce défaut n'a pas fait grief à la partie requérante. En effet, les remarques qu'elle a formulées ne sont visées ni par l'article 1.1.1. du C.S.C. ni par l'article 86 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. Enfin, force est de constater qu'elle a pu déposer une offre.

Les premier, troisième et quatrième moyens ne sont pas sérieux.

V. DEUXIEME MOYEN

V.1. Arguments de la requérante

Le deuxième moyen est pris du "détournement de pouvoir, de la violation de l'article 32 des statuts SWDE et l'article D.368 3^{ème} paragraphe du Décret du 27 mai 2004 relatif au livre II du Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau (ci-après «Code de l'Eau»), de la violation des règles générales des marchés publics et de la violation du principe général de transparence, et de la violation du principe de bonne administration et d'équitable procédure".

Il est exposé comme suit :

" En ce que, le Comité de direction de la SWDE a, en sa séance du 30 août 2012, ratifié le Cahier Spécial des charges, et que suivant le procès-verbal du Conseil d'Administration de la SWDE du 26 octobre 2012, le Cahier Spécial des charges aurait été adopté par un membre du Comité de direction, et mis à disposition des candidats soumissionnaires qui devaient en demander copie avant la date du 21 août 2012, sans que ce document ait été au préalable ratifié par le Comité de direction ni par le Conseil d'Administration de la SWDE, et qu'il n'est dès lors pas démontré qu'un organe compétent ait adopté le Cahier spécial des charges en temps utile,

Alors que les statuts de la SWDE prévoient la prise de décision collégiale par le Comité de direction et ne prévoient pas de délégation de pouvoir pour l'adoption d'un Cahier spécial des charges dans le cadre d'un marché public,

Et alors que les soumissionnaires ont reçu un Cahier spécial des charges non ratifié, dès lors non adopté, ni par le Comité de direction de la SWDE ni par son Conseil d'Administration, et ont dès lors soumis leurs offres sur base d'un Cahier spécial des charges non valable".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La chronologie des décisions en la matière est la suivante :

1. Le 23 décembre 2011, le conseil d'administration de la partie adverse a pris la décision suivante :

" Attendu que dans le cadre de la gestion journalière, la limite des compétences du Comité de direction et des Conseils d'exploitation pour la conclusion de tous traités, achats et marchés pour l'exploitation des services doit être définie par le Conseil d'administration;

[...]

Le Conseil d'administration attribue, du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2012, au Comité de direction et aux conseils d'exploitation des succursales les

compétences en matière de marchés publics, aux conditions définies aux tableaux ci-annexés.

Le Conseil d'administration, en outre, autorise les délégations de pouvoir par le Comité de direction et les Conseils d'exploitation aux organes subordonnés et aux membres de leur personnel, aux conditions définies aux tableaux ci-annexés".

Les tableaux joints à cette décision permettent de conclure que, d'une part, la délégation du conseil d'administration au comité de direction est de principe pour l'approbation du C.S.C. et cela pour tous les marchés, et, d'autre part, que le comité de direction peut déléguer le pouvoir d'approuver le C.S.C. à un membre du comité de direction pour les marchés dont le montant est compris entre 50.000 et 135.000 euros.

2. Le 19 janvier 2012, le comité de direction de la partie adverse a décidé d'"[attribuer] du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2012, aux organes subordonnés et aux membres de leur personnel, les compétences en matière de marchés publics, aux conditions définies aux tableaux ci-annexés [...]".

3. Le 1^{er} mars 2012, le comité de direction approuve le C.S.C. relatif au marché litigieux (première procédure). Le conseil d'administration approuve l'engagement du marché conjoint S.D.W.E. - CILE.

4. Le 21 juin 2012, le comité de direction prend la décision suivante :

" Vu la période des vacances de juillet et août 2012 et l'absence de réunion hebdomadaire systématique du Comité de direction;
Attendu que la gestion journalière de la compétence du Comité de direction doit pouvoir être assurée pour les décisions urgentes;
Vu les délégations de pouvoir conférées par le Conseil d'administration du 19 janvier 2012 pour l'année 2012;
Le Comité de direction décide :
- de déléguer, au(x) membre(s) du Comité de directions présent(s), le pouvoir de prendre toute décision urgente relevant de la gestion journalière et ce, dans l'hypothèse où une réunion du Comité de direction ne peut être tenue dans les délais impartis;
- que la compétence ainsi conférée est assortie de l'obligation de présenter la ou les décision(s) prise(s) d'une prise d'acte lors du Comité de direction le plus proche".

5. Le 6 juillet 2012, le conseil d'administration,

" - décide de renoncer à la [...] procédure [...];
- décide de remettre le marché en concurrence au moyen d'un nouveau marché conjoint SWDE-CILE, dont la SWDE est le maître d'œuvre, à passer par adjudication publique avec publicité européenne, l'objet du marché, l'inventaire et la valeur estimée, tels qu'approuvés par le Conseil d'administration du 2 mars 2012, restant inchangés;
- [...]."

6. Le 6 août 2012, le membre du comité de direction en charge du service logistique "approuve le CSC relatif à l'adjudication publique pour la fourniture de compteurs volumétriques".
7. Le C.S.C. est communiqué aux entreprises le 8 août 2012.
8. Le 30 août 2012, le comité de direction ratifie la décision du 6 août portant notamment approbation du C.S.C.
9. L'ouverture des offres a eu lieu le 4 septembre 2012.

Le comité de direction, qui a une compétence de principe en la matière, a donc approuvé le C.S.C. entre sa communication aux soumissionnaires et la date ultime de remise des offres.

L'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose comme suit :

- " L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée;
1^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;
2^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;
[...]
5^o lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
[...]
Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie à posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er}, 5^o.
[...]."

Aux termes de cette disposition, la décision de lancer le marché par procédure négociée, procédure d'exception, hors secteurs spéciaux, qui logiquement précède la rédaction du C.S.C., peut donc être établie par l'autorité compétente après le lancement effectif de la procédure, après la communication du C.S.C., après l'ouverture des offres et même, au plus tard au moment de la décision d'attribution. Il s'ensuit que, *prima facie*, l'autorité compétente peut approuver un C.S.C., rédigé en application d'une décision de lancer un marché selon la procédure d'adjudication, après sa communication mais avant l'ouverture des offres.

En outre, les circonstances particulières suivantes de l'espèce permettent de considérer l'approbation du C.S.C., pour permettre sa communication urgente aux soumissionnaires, comme relevant de la gestion journalière :

1. le conseil d'administration a défini très précisément les conditions du marché à relancer : adjudication, même objet, même inventaire et même montant. Il ne fallait donc plus déterminer des critères d'attribution ni opérer des choix techniques, ni prendre de décision ayant un impact budgétaire mais seulement, adapter administrativement le C.S.C.;
2. la nécessité de donner suffisamment de temps aux soumissionnaires pour établir leur offre en temps utile;
3. le C.S.C. pouvait encore être approuvé – ou non – par le comité de direction avant l'ouverture des offres par l'adoption d'avenants dès lors que les offres n'étaient pas encore déposées.

Le C.S.C. a donc, en l'espèce, été approuvé en temps utile par un membre du comité de direction disposant des délégations requises.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Dans l'inventaire du dossier administratif, la partie adverse présente les offres des différents soumissionnaires comme confidentielles.

Rien ne s'oppose, à ce stade de la procédure, à ce que la confidentialité des offres soit sauvegardée.

PAR CES MOTIFS D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres des différents soumissionnaires demeureront confidentielles, à ce stade de la procédure.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.