

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.319 du 30 janvier 2013

G./A.207.548/VI-19.852

En cause : **la société de droit américain
OSHKOSH CORPORATION,**

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 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,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 janvier 2013, la société OSHKOSH CORPORATION sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de " la décision de la partie adverse de déclarer son offre irrégulière dans le cadre du marché relatif à l'acquisition de 13 crashtenders pour les bases aériennes et un marché annuel pour le support, laquelle lui a été notifiée par un courrier télécopié et recommandé du 14 décembre 2012, reçu le 15 décembre 2012".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 janvier 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 janvier 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Valéry DE SAEDELEER, capitaine-commandant, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu 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

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Le 17 août 2012, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis concernant la passation, par appel d'offres général, d'un marché public relatif à l'achat de 13 "crashtender" (camions) pour les bases aériennes. Un avis est également publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

III. 2. Le 26 novembre 2012, cinq offres sont soumises à la partie adverse, dont celle de la requérante.

III. 3. Les services de la partie adverse établissent, le 28 novembre 2012, un rapport d'évaluation concluant que l'offre de la requérante n'est pas régulière pour les raisons suivantes :

" Na analyse van de offertes wordt geconcludeerd dat OSHKOSH Corporation op technisch vlak als ONREGELMATIG dient beschouwd te worden omwille van volgende argumenten :

(1) Bijl C Par 3.c.(1) : «De totale lengte van de crashtender zal maximaal 12,00 m bedragen.»

Offerte OSHKOSH Corporation : zie «Specification attachment p6 Par 15» : «Overall length (excluding bumper turret)» : 12065 mm

(2) Bijl C Par 3.c.(2) : «De totale breedte van de crashtender zal maximaal 3,00 m bedragen.»

Offerte OSHKOSH Corporation : zie «Specification attachment p6 Par 15» : «Overall width (excluding mirrors)» : 3048 mm

(3) Bijl C Par 3.d.(2) : «Het specifiek vermogen (uitgedrukt in [kW(EG)/ton] van de crashtender zal minimaal 13,0 kW(EG)/ton bedragen.»

Offerte OSHKOSH Corporation : zie «Specification attachment p6 Par 16» : «GVWR (gross vehicle weight rated): 42184 kgs»

Offerte OSHKOSH Corporation : zie «Specification attachment p6 Par 41» : «engine rated at 522 kW»

Dit geeft een verhouding van 12,37 kW(EG)/ton (522/42,184) hetgeen NIET voldoet aan bovenstaande vereiste.

De functionele vertaling van het gevraagde specifiek vermogen is deels opgenomen in Bijl C Par 3.d.(1) waarbij bepaalde prestaties (acceleratievermogen en topsnelheid) in volledig beladen toestand worden vereist. Deze prestaties zijn onontbeerlijk voor het uitvoeren van de voorziene opdrachten van het betrokken materieel (snelle interventies bij vliegtuigincidenten). De offerte van OSHKOSH Corporation bevat noch een testverslag, noch de nodige simulatieberekeningen om deze prestaties aan te tonen."

III. 4. Le 13 décembre 2012, le Conseil des ministres approuve l'acquisition de 13 crashtenders pour les bases aériennes.

Le même jour, le Ministre de la Défense décide d'attribuer le marché public concerné à la société ROSENBAUER. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE

Il ressort, prima facie, des pièces communiquées par la requérante que sa décision d'agir a été prise valablement. La requête est donc recevable.

V. MOYENS

V. 1. Premier moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de "la violation de l'article 110 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation de la foi due au actes, de la violation de l'adage patere legem quam ipse fecisti, ainsi que de l'excès de pouvoir".

Elle soutient que :

" II. 1. 2. Développement du moyen

- 7. Il n'est pas contestable que, sauf indication contraire dans le cahier spécial des charges, un soumissionnaire peut offrir du matériel qui n'existe pas lors du dépôt de son offre pour autant qu'il s'engage à respecter l'ensemble des prescriptions techniques du cahier spécial des charges dans son offre [...]

En l'espèce, la requérante a offert un modèle de crashtender répondant à l'ensemble des spécifications du cahier spécial des charges (notamment les spécifications «I» 3.c.(1), 3.c.(2) et 3.d.(2) de l'Annexe C) malgré le fait qu'elle ne disposait pas d'un modèle standard de crashtender répondant à toutes les spécifications du cahier spécial des charges de la partie adverse.

Rien dans le cahier spécial des charges ne lui interdisait de déposer une telle offre. Une telle exigence aurait d'ailleurs été absurde, anticoncurrentielle et contraire au principe d'égalité si elle avait été imposée (Voir infra)

- 8. En se référant à une documentation communiquée à titre d'information («Spécifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles») dans laquelle les dimensions du véhicule étaient très légèrement différentes de celles offertes pour conclure que l'offre de la requérante était irrégulière, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé le principe général *patere legem quam ipse fecisti*.

En effet, la requérante s'est scrupuleusement conformée aux indications du Cahier spécial des charges pour élaborer son offre. Elle a complété l'Annexe C sans émettre aucune réserve pour ce qui concerne les spécifications «I» litigieuses. Elle s'est, donc, engagée à fournir des crashtenders correspondant aux spécifications requises en termes de dimensions et de puissance.

Son engagement ne peut être interprété autrement sous peine de méconnaître les exigences mêmes du cahier spécial des charges qui – pour rappel - prévoit, notamment, ceci «7. Offres» :

«h. Modèles et documents

(...)

Documents à joindre au volet technique et logistique de l'offre

Le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit de déclarer l'offre irrégulière si une liste technique reprise aux Ann C et D, n'est pas jointe au volet technique et logistique de l'offre. Cette liste reprendra TOUTES les exigences techniques et logistiques dans le même ordre que l'Ann C ou Ann D. Seulement les cases blanches des colonnes (d), € et (f) des Ann C et D doivent être remplies par le soumissionnaire.

Cette liste comporte 6 colonnes :

(...)

Colonne (d) : OUI; cocher si l'offre répond à la spécification dès le stade de l'évaluation.

Colonne (e) : NON

- Cocher si l'offre NE répond PAS à la spécification.

- Si la spécification est identifiée comme étant S, indiquer "Répondra" si les fournitures répondront à la spécification dès la présentation en réception provisoire.

Colonne (f) : le soumissionnaire y indiquera dans quelle mesure son offre répond aux spécifications.

Le soumissionnaire ne peut apporter qu'une croix par spécification» [...].

Le fait que la requérante ait annexé à son offre un document intitulé «Spécifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» dans lequel des dimensions (très légèrement) différentes de celles du Cahier spécial des charges sont mentionnées, ne change rien aux engagements pris par elle en complétant les volets litigieux de l'Annexe C sans réserves.

La requérante a fourni cette documentation au simple titre de «documentation technique jugée utile» (page 11 du Cahier spécial des charges) et non pas à titre d'engagement. Les engagements de la requérante à propos des exigences techniques des points 3.c.(1), 3.c.(2) et 3.d.(2) de l'Annexe C figurent dans l'Annexe C complétée et nulle part ailleurs.

-9. A ce qui précède, s'ajoute que le document intitulé «Spécifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» ne contient aucune indication de la puissance spécifique du type de crashtender présenté.

La décision querellée ne répond donc pas aux exigences de motivation formelle de la loi du 29 juillet 1991 (articles 2 et 3). La requérante ne comprend pas, en effet, comment la partie adverse peut affirmer que son offre serait irrégulière car la puissance spécifique offerte serait de 12,37 kW/tonne. On rappellera que la puissance spécifique offerte est celle requise ainsi qu'en atteste la case «YES» «cochée» en regard du point 3.d.(2) de l'Annexe C complétée.

Cet élément est également révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation.

Pour ces motifs, le premier moyen est sérieux."

La partie adverse répond que :

- " La thèse de la partie requérante, selon laquelle le document «Specifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» n'a été communiqué qu'à titre d'information, ne peut être suivie.

En premier lieu, il convient de constater que, dans sa note d'accompagnement de l'offre, datée du 23 novembre, la requérante indique que son offre comprend deux dossiers (pièce 4). Le deuxième dossier reprend son offre technique et comprend :

- Le dossier technique conformément à l'Ann C et Ann D – App 7, complété.
- Spécifications «Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles».
- Les documents relatifs au contrat de maintenance pluri annuel repris sous le nom de «Work premises-scope and coverage of Services».
- Le dessin technique du véhicule.
- Différents certificats obtenus par notre usine.

L'offre technique de la requérante comprend, dès lors, l'ensemble de ces documents. A aucun endroit, dans la note d'accompagnement ou dans le dossier reprenant l'offre technique de la requérante, il n'est d'ailleurs indiqué que les engagements de la requérante, à propos des exigences techniques de l'annexe C du cahier spécial des charges, figurent seulement dans l'annexe C complétée et nulle part ailleurs, ou que le document «Specifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» n'est donné qu'à titre d'information.

Ensuite, à plusieurs endroits dans l'annexe C complétée, la requérante se réfère au document «Specifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» pour donner les renseignements demandés par le cahier spécial des charges (voir les critères 1.e. et 1.f.(3). de l'annexe C complétée par la requérante.

En outre, afin de répondre au critère 3.c.(9) «Le soumissionnaire joindra à son offre une vue d'ensemble (vue avant, arrière et vue côté gauche et droit) de la plate-forme/superstructure sur laquelle est basé le crashtender de ce présent marché (avec indication des dimensions principales).», la requérante s'est référée au dessin technique repris dans son offre technique et d'où il ressort que les dimensions proposées du crashtender sont également supérieures à celles exigées par le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, lorsque le cahier spécial des charges indique que le volet technique «décrit de façon précise les caractéristiques techniques des items demandés» et qu'il «sera accompagné de toute la documentation technique jugée utile», cela ne signifie pas que les documents transmis sont fournis au titre d'information n'engageant pas les soumissionnaires. Au contraire, le but de la transmission de ces documents est précisément, pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité des offres au regard des exigences reprises dans les annexes C et D du cahier spécial des charges, pour, ensuite, pouvoir comparer les différentes offres.

Ainsi, afin de pouvoir vérifier la puissance spécifique du crashtender de minimum 13,0 kW/tonne, le pouvoir adjudicateur a pris en compte les données figurant dans le document «Specifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles» à savoir le poids du véhicule (42184 Kg) et la puissance du moteur, (522 kW) pour conclure que le crashtender proposé par la requérante n'a qu'une puissance spécifique de 12,37 kW/tonne.

De la même façon, afin de faciliter le contrôle de la régularité des offres et la comparaison des offres, il est demandé aux soumissionnaires, par le point 7.h. du cahier spécial des charges de compléter, les annexes C et D.

Cela dit, le point 7.h. du cahier spécial n'indique pas que les soumissionnaires doivent se limiter à cocher OUI dans la colonne D pour que leur offre soit déclarée régulière. Il convenait encore d'indiquer, dans quelle mesure leur offre répondait aux différentes spécifications. C'est d'ailleurs dans ce sens que la requérante l'a compris puisqu'elle s'est référée, dans l'annexe C, aux différents documents qu'elle a joints à son volet technique et qui font partie intégrante de son offre."

B. Décision du Conseil d'Etat

Il ne ressort pas de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse aurait écarté l'offre de la requérante, comme elle le soutient, en raison du fait qu'elle aurait proposé un véhicule n'existant pas encore au moment du dépôt des offres.

Il résulte clairement des motifs de la décision entreprise que la partie adverse a jugé l'offre de la requérante irrégulière parce que sa soumission ne répondait pas à certaines exigences techniques qui revêtaient un caractère essentiel en vertu du cahier spécial des charges.

Les dimensions ainsi que la puissance du véhicule, présenté dans la documentation ("Specifications for Aircraft Rescue and Fire Fighting Vehicles") qui faisait partie de l'offre de la requérante, ne correspondaient pas aux exigences précitées.

Le fait que la requérante se soit engagée, en complétant l'annexe C, à respecter l'ensemble des exigences techniques, ne suffit pas à établir que son offre y était conforme. Il fallait en outre que le véhicule qu'elle présentait dans la documentation, comprise dans son offre, fût effectivement conforme aux exigences techniques essentielles prescrites par le cahier spécial des charges. Or, tel n'était pas le cas.

De plus, l'absence de conformité aux exigences techniques du véhicule, présenté dans la documentation contenue dans l'offre de la requérante, était de nature à démentir l'exactitude de son engagement pris dans l'annexe C quant au fait qu'elle respecterait l'ensemble de ces exigences.

Par ailleurs, il n'apparaît pas que la requérante ait précisé dans sa soumission que le véhicule, décrit dans la documentation, n'était pas celui qu'elle proposait, ni qu'elle aurait expliqué à la partie adverse en quoi la documentation relative à ce véhicule, qui n'aurait pas été celui effectivement offert, était utile à l'examen de son offre.

Enfin, même si la requérante n'a pas indiqué la puissance spécifique du véhicule présenté, elle n'établit pas que la partie adverse n'a pu valablement déduire cette puissance, comme elle l'explique dans sa note, sur la base des informations communiquées par la requérante au sujet du poids du véhicule et de la puissance de son moteur.

Le premier moyen n'est donc pas sérieux.

V. 2. Deuxième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de la "violation l'article 110 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité, ainsi que de l'excès de pouvoir".

Elle soutient que :

- " 11. La spécification technique «I» est définie comme étant une «exigence indispensable à laquelle les fournitures doivent satisfaire dès l'introduction de l'offre sous peine d'être déclarée non conforme et d'être exclue du marché» (Voir Cahier spécial des charges, page 3 : «c. Spécifications techniques et logistiques» du point «2. Marché»);

Si les spécifications techniques «I» empêchent la requérante de remettre une offre régulière pour le motif qu'elle ne dispose pas d'un modèle standard de crashtender répondant aux spécifications techniques «I» référencées 3.c.(1), 3.c.(2) et 3.d.(2) dans l'Annexe C du Cahier spécial des charges, le cahier spécial des charges viole le principe d'égalité et les articles 10 et 11 de la Constitution.

En effet, ce type de véhicule est fabriqué à la demande en fonction des spécifications du client.

Par voie de conséquence, la décision entreprise viole elle-même ces principes et disposition. En outre, elle n'est pas valablement motivée puisque la lecture des motifs d'irrégularité qui ont été notifiés à la requérante le 15 décembre 2012 ne permettent pas de comprendre la raison exacte de l'irrégularité de son offre."

La partie adverse répond que :

- " Le cahier spécial des charges fait la distinction entre deux principales exigences :
- l'exigence [I] qui correspond à une exigence indispensable à laquelle les fournitures doivent satisfaire dès l'introduction de l'offre sous peine d'être déclarée non conforme et d'être exclue du marché;
 - l'exigence [S] qui correspond à une exigence souhaitable apportant une plus-value lors de l'évaluation des offres.

Seules les exigences [I] sont considérées par le cahier spécial des charges comme étant des prescriptions essentielles dont la méconnaissance entraîne l'irrégularité de l'offre.

En établissant des exigences [I], le pouvoir adjudicateur entend s'assurer d'avoir le matériel qui répond parfaitement à ses besoins. L'ensemble de ces spécifications [I] détaillent en effet les caractéristiques du produit voulu de façon objective et mesurable, en l'occurrence les dimensions du crashtender en mètre et la puissance du moteur en kW/tonne, et sont liées à l'objet du marché. Elles touchent donc à la régularité des offres.

En outre, les exigences [I] prévus par le cahier spécial des charges ne limitent pas le jeu de la concurrence et ne violent pas le principe d'égalité. Il ressort en effet des rapports d'évaluation et d'attribution que trois offres ont été comparées sur base de l'ensemble des spécifications [I] et ont donc été en mesure de répondre à ces exigences.

La requérante ne répondant pas à trois exigences [I], la décision d'éviction querellée, qui reprend ces différentes exigences, est par conséquent adéquatement motivée."

B. Décision du Conseil d'Etat

Comme cela a été exposé lors de l'examen du premier moyen, il ne ressort pas de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse aurait écarté l'offre de la requérante, comme elle le soutient, en raison du fait qu'elle aurait proposé un véhicule n'existant pas encore au moment du dépôt des offres.

Il résulte clairement des motifs de la décision entreprise que la partie adverse a jugé l'offre de la requérante irrégulière parce que sa soumission ne répondait pas à certaines exigences techniques qui revêtaient un caractère essentiel en vertu du cahier spécial des charges.

Par ailleurs, si le point 1.e. de l'annexe C du cahier spécial des charges prévoyait qu'un crashtender, répondant aux exigences définies par la partie adverse, devait avoir été développé et construit par les soumissionnaires au moment de l'ouverture des offres, il n'en résulte pas, comme le soutient la requérante, qu'il devait s'agir d'un véhicule standard.

Enfin, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas en quoi serait disproportionnée et de nature à fausser la concurrence l'exigence, prévue par le cahier spécial des charges, selon laquelle les soumissionnaires devaient avoir développé et construit un seul véhicule, répondant à certaines prescriptions techniques, lors de l'ouverture des offres.

Une telle exigence apparaît raisonnable dès lors qu'elle était de nature à permettre à la partie adverse de connaître précisément les offres développées par les soumissionnaires et de les comparer utilement.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

V. 3. Troisième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un troisième moyen pris de la "violation l'article 110 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, du Cahier spécial des charges, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité, ainsi que de l'excès de pouvoir".

Elle soutient que :

- " Le troisième moyen est pris à titre conservatoire par la requérante qui ne dispose bien entendu pas des offres de ses concurrents.

S'il devait s'avérer que son offre a été traitée différemment de celle de l'un ou plusieurs autres de ses concurrents dont les documents joints au simple titre de «documentation technique jugée utile» (page 11 du Cahier spécial des charges), devaient révéler des contradictions avec les engagements pris dans l'offre et ses Annexes (tout particulièrement l'Annexe C), le moyen serait également sérieux."

La partie adverse répond que :

- " Il ressort du dossier administratif, et particulièrement des rapports d'attribution (pièce 5) et d'évaluation (pièce 6), que le pouvoir adjudicateur a analysé l'ensemble des offres de la même manière. Au terme cette analyse, le pouvoir adjudicateur a jugé que la société ROSENBAUER a présenté une offre régulière (pièce confidentielle 1), parce qu'elle répondait à l'ensemble des spécifications [I], et était la plus avantageuse."

B. Décision du Conseil d'Etat

Après examen des offres et de l'analyse qu'en a fait la partie adverse, il n'en ressort pas, prima facie, que la partie adverse aurait traité différemment la requérante par rapport aux autres soumissionnaires.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Arguments des parties

La partie adverse expose que :

" Les offres des différents soumissionnaires sont couvertes par le secret des affaires (article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993). A ce stade de la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires. La partie adverse demande à ce que les offres qu'elle a reçues dans le cadre du marché litigieux soient soustraites à la consultation des parties."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de les soustraire à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

**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, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

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 trente janvier deux mille treize par :

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.