

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.371 du 4 février 2013

G./A.207.480/VI-19.847

En cause : **la société anonyme DELTA THERMIC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

**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 28 décembre 2012, la société anonyme DELTA THERMIC sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise à une date inconnue par la COMMUNAUTE FRANCAISE représentée par son gouvernement, le Ministère de la Communauté Française, administration Générale de l'Infrastructure, Direction Générale de Liège, d'attribuer le marché public relatif à la construction à Ouffet d'un atelier didactique de mécanique et de carrosserie, lot 3 HVAC et sanitaires à la société POLYTHERM".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 décembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 31 janvier 2013 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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

III. 1. La requérante a participé à une procédure d'adjudication publique lancée le 30 juillet 2012 par la partie adverse pour l'attribution d'un marché public relatif à la construction à Ouffet d'un atelier didactique de mécanique et de carrosserie, lot 3 H.V.A.C. et sanitaires.

Le cahier spécial des charges prévoit en page 8 des clauses administratives, pour ce lot, une "variante obligatoire" consistant en "la récupération de la régulation existante en reconditionnant les installations et les modules existants".

III. 2. La séance d'ouverture des soumissions a été prévue à la date du 5 septembre 2012, à 11 heures.

III. 3. La requérante a déposé, pour la réalisation de ces travaux, une offre de base d'un montant de 288.695,73 euros et une variante d'un montant de 289.888,60 euros.

Par courrier du 18 décembre 2012, elle a appris que son offre de base et sa variante n'avaient pas été retenues et que le marché avait été attribué à la société anonyme POLYTHERM.

A ce courrier était joint le rapport d'attribution des offres.

Selon le classement final des offres de base et des variantes, la requérante figure deuxième en offre de base et troisième en variante.

La décision d'attribuer le marché à la société POLYTHERM constitue l'acte attaqué.

IV. EXTREME URGENCE

La requérante affirme qu'elle a reçu la décision attaquée le 19 décembre 2012, par un courrier daté du 18 décembre 2012.

En introduisant la présente requête le 28 décembre 2012, la requérante a agi 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 fournitures et de services.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Arguments des parties

La requérante prend un moyen unique "de la violation des articles 110 et 113 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 principe d'égalité entre les soumissionnaires et de la commission d'une erreur manifeste d'appréciation".

Elle fait valoir que :

" Conformément à l'article 113 précité, «si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, il doit préciser l'objet de celles-ci, leur nature et leur portée. Dans ce cas, le soumissionnaire remet offre pour le projet de base et, le cas échéant, dès lors qu'il s'agit d'une variante imposée, pour cette variante. Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un classement unique des offres de base et des variantes»."

Elle soutient que la partie adverse aurait donc dû écarter l'offre de la société POLYTHERM, celle-ci s'étant abstenue de remettre prix pour la variante obligatoire.

Elle affirme que, sur la base des articles 110 et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, deux régimes de traitement d'irrégularités des offres doivent être distingués :

- " - D'une part, les irrégularités substantielles qui affectent les 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. Face à une telle irrégularité, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit écarter l'offre.
- D'autre part, les irrégularités non substantielles qui n'affectent pas les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges. Face à une telle irrégularité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation et peut, le cas échéant, écarter l'offre".

Elle énonce qu'en l'espèce, une disposition explicite du cahier spécial des charges prévoit en page 10 que :

- " toute offre non accompagnée de la variante prescrite sera rejetée (l'omission de toute variante imposée par le cahier spécial des charges constitue une irrégularité substantielle)",

que, partant, la partie adverse ne s'est accordé aucune latitude quant à l'appréciation de la régularité d'une offre ne comportant pas la variante obligatoire, qu'elle ne pouvait permettre à la société POLYTHERM de régulariser son offre et qu'elle devait en conséquence l'écarter, qu'en toute hypothèse l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sur la base duquel la partie adverse a invité la société POLYTHERM à régulariser son offre ne vise que les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres et non l'omission de remettre prix pour une variante.

La requérante soutient encore que l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet uniquement au pouvoir adjudicateur et non au soumissionnaire qui a commis l'erreur de corriger l'offre sur la base des éléments contenus dans la soumission alors qu'en l'espèce, la société POLYTHERM a été invitée à "corriger" elle-même son offre.

La requérante conclut que la partie adverse ne pouvait attribuer le marché à la société POLYTHERM, l'offre de celle-ci étant manifestement irrégulière et qu'elle aurait dû l'attribuer à elle-même puisqu'elle a déposé l'offre régulière la plus basse, qu'il s'agisse d'ailleurs de l'offre de base ou de la variante.

Dans sa note d'observations, la partie adverse mentionne que l'article 1.4.1 des clauses administratives du cahier spécial des charges précise notamment ce qui suit :

- " Eléments conditionnant la régularité de l'offre
[...]

SPECIFICITE pour l'offre du LOT 3 HVAC et SANITAIRE (obligatoires sous peine de nullité de l'offre du LOT 3)

- Le contrat d'entretien et le contrat de garantie omnium des installations de régulation faisant l'objet du présent marché, dûment signé et établi sur le formulaire prévu à cet effet en annexe du présent cahier spécial des charges. Ce document doit obligatoirement être signé par la société de maintenance régulation proposé[e] (entrepreneur, fournisseur de la marque commerciale du matériel de régulation proposé ou société de maintenance).

- La société de maintenance régulation doit justifier de l'existence d'un service d'entretien et de dépannage permettant de répondre aux prescriptions de la présente et, si nécessaire, disposer d'accords privilégiés avec le fournisseur de la marque commerciale du matériel de régulation installé lui permettant de répondre aux prescriptions du cahier des charges. A cet effet, il [lire : la «société de maintenance régulation» et/ou le soumissionnaire] joint au contrat d'entretien une attestation par laquelle le fournisseur de la marque commerciale du matériel de régulation installé déclare que la société de maintenance régulation proposée est en mesure de réaliser les prestations prévues au cahier des charges (accord[s] privilégiés pour accéder aux codes d'accès des logiciels de régulation, formation du personnel, intervention ponctuelle du fournisseur en sous-traitance de la société de maintenance régulation, ...) (voir formulaire d'offre);

Les offres omettant ces documents à annexer pourront être déclarées non conformes et donc nulles de plein droit".

La partie adverse rappelle encore que l'article 1.7 des clauses administratives du cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

" VARIANTES (A.R. du 08 janvier 1996, art. 113)
Le pouvoir adjudicateur impose une variante obligatoire :

Pour le LOT 3 HVAC et Sanitaire :

Récupération de la «Régulation» existante, en reconditionnant les installations et les modules existants.

Les variantes libres ne sont pas autorisées".

Elle en déduit que le soumissionnaire avait l'obligation de joindre à sa soumission :

" - un contrat d'entretien pour l'offre de base et un contrat d'entretien pour la variante obligatoire;
- un contrat de garantie omnium pour l'offre de base et un contrat de garantie omnium pour la variante obligatoire; et
- une attestation du fournisseur de la marque pour l'offre de base et une attestation du fournisseur de la marque pour la variante obligatoire, chaque fois au profit de la «société de maintenance régulation» proposée.

Soit au total deux (2) contrats d'entretien, deux (2) contrat de garantie omnium et deux (2) attestations du fournisseur de la marque concernée.

Les quatre contrats précités devaient être signés par la «société de maintenance régulation» proposée – étant entendu que celle-ci pouvait être distincte pour l'offre de base, d'une part, et pour la variante obligatoire, d'autre part. Tel était d'ailleurs le cas dans l'offre de l'attributaire".

Elle entend constater que la requérante et l'attributaire ont respectivement proposé de désigner, comme société de maintenance régulation, les entreprises suivantes :

- " - offre de base proposée par la requérante, DELTA THERMIC : le fournisseur de la marque HONEYWELL (matériel HONEYWELL);
- offre de base proposée par l'attributaire, POLYTHERM : la société de maintenance ERA (matériel SIEMENS);
- variante obligatoire proposée par DELTA THERMIC : le fournisseur de la marque HONEYWELL (matériel HONEYWELL); et
- variante obligatoire proposée par POLYTHERM : le fournisseur de la marque HONEYWELL (matériel HONEYWELL)".

La partie adverse affirme que les modèles de chacun des deux contrats d'entretien et de garantie omnium étaient annexés au formulaire de soumission, qu'à la lecture de ces modèles, il apparaît que le contenu de chacun des deux contrats d'entretien ou de garantie omnium, selon le cas, était chaque fois rigoureusement identique, qu'il se rapporte à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

Elle affirme encore que le formulaire de soumission distinguait les contrats se rapportant à l'offre de base de ceux se rapportant à la variante obligatoire uniquement par leurs numéros de pages respectifs et par une page de garde.

Elle entend souligner, à propos de l'attestation requise par le cahier spécial des charges, que le matériel de régulation actuel étant de la marque HONEYWELL, seul le fournisseur de cette marque était en mesure de procurer l'attestation confirmant la capacité technique de la société de maintenance et de régulation proposée pour la variante obligatoire, alors que, pour l'offre de base, les soumissionnaires avaient la possibilité de faire appel au fournisseur d'une autre marque pour l'attestation requise.

Elle affirme que :

- " lorsqu'il a rempli les contrats des différents soumissionnaires qui l'ont contacté, le fournisseur de la marque HONEYWELL a malheureusement supprimé leurs numéros de page. Il a en outre repris chaque fois la même page de garde (celle du contrat de base). Ce faisant, le fournisseur de la marque HONEYWELL a supprimé les seuls moyens d'identification des contrats se rapportant respectivement à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

Dans sa soumission, la requérante – qui proposait de recourir à la marque HONEYWELL tant pour l'offre de base que pour la variante et a donc été l'une des victimes de l'intervention du fournisseur de la marque HONEYWELL – a ajouté une mention manuscrite «variante» sur la page de garde précédant le contrat d'entretien et le contrat de garantie omnium de la variante obligatoire.

Trois (3) autres soumissionnaires (POLYTHERM, DETHIER et D-FI) ont joint à leurs soumissions des contrats remplis par le fournisseur de la marque HONEYWELL sans cependant préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire".

La partie adverse soutient qu'elle y a vu "une erreur matérielle au sens de l'article 111 de l'A.R. du 8 janvier 1996 dans le chef des trois soumissionnaires concernés et a estimé qu'elle portait elle-même «une part de responsabilité» dans cette situation" ce qu'elle a expressément souligné dans le rapport d'analyse des soumissions.

Elle fait valoir qu'aucun des soumissionnaires, pas même la requérante, n'avait remis les documents prévus au cahier spécial des charges, qu'il fallait joindre à l'offre deux attestations du fournisseur de la marque, une pour l'offre de base et une pour la variante obligatoire, que le cahier spécial des charges prévoyait deux documents distincts, qu'aucun soumissionnaire n'avait remis cette seconde attestation, qu'elle a dès lors estimé que l'attestation du fournisseur de la marque HONEYWELL était valable tant pour l'offre de base que pour la variante obligatoire, que l'offre de la société POLYTHERM ne comportait pas non plus l'attestation du fournisseur de la marque SIEMENS mais que, compte tenu de la tolérance adoptée vis-à-vis des autres soumissionnaires concernant l'attestation et de l'erreur matérielle constatée chez de nombreux soumissionnaires, elle a estimé pouvoir inviter la société POLYTHERM à produire l'attestation manquante.

Elle relève comme pertinentes les mentions du rapport d'analyse des soumissions selon lesquelles l'administration constate que "près de la moitié des soumissionnaires (3/7) a manifestement commis une erreur purement matérielle dans la remise d'offre pour les quatre contrats de services" et que "l'administration a une part de responsabilité dans les erreurs par le manque de différenciation des contrats".

Au moyen unique, la partie adverse oppose, quant à la violation affirmée de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que ni la page 10 des clauses administratives ni la page 10 des clauses techniques du cahier spécial des charges applicable ne prévoit, comme l'allègue la requérante, que "toute offre non accompagnée de la variante prescrite sera rejetée (l'omission de toute variante imposée par le cahier spécial des charges constitue une irrégularité substantielle)", que la situation du cas d'espèce ne correspond pas à une "omission de toute variante", que chacun des trois soumissionnaires invité à compléter sa soumission a remis une offre de base et une variante obligatoire, qu'elle n'était cependant pas en mesure de distinguer l'une de l'autre, qu'en réalité, les dispositions applicables du cahier spécial des charges prévoient que les offres omettant les documents à annexer pourront être déclarées non conformes et donc nulles de plein droit, que le terme "pourront"

implique un pouvoir d'appréciation, qu'à supposer que les termes "nulles de plein droit" remettent cette conclusion en cause, quod non, les principes du raisonnable, de proportionnalité, de bonne administration et d'égalité de traitement confirment le caractère relatif de la nullité prévue par la disposition précitée du cahier spécial des charges et que déclarer irrégulières les offres des trois soumissionnaires concernés aurait en l'espèce été disproportionné ou constitutif d'erreur manifeste d'appréciation.

A la prétendue violation de l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la partie adverse oppose qu'ayant établi qu'aucune offre n'était entachée d'une irrégularité substantielle en l'espèce, elle disposait à cet égard d'un pouvoir d'appréciation.

Quant à la prétendue erreur manifeste d'appréciation et à la violation du principe d'égalité de traitement, la partie adverse reproche à la requérante de ne pas préciser la nature de cette erreur ou de cette violation dans le développement du moyen unique de sa requête.

Elle affirme que les principes du raisonnable, de proportionnalité, de bonne administration et d'égalité de traitement lui imposaient de procéder comme elle l'a fait en l'espèce, qu'elle aurait fait preuve d'un formalisme excessif en écartant purement et simplement les soumissions des trois soumissionnaires qui avaient joint à leurs offres des contrats remplis et signés par le fournisseur de la marque HONEYWELL sans préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

Elle entend souligner que les documents déposés par les trois soumissionnaires concernés, bien que remis après l'ouverture des offres, ne modifiaient en rien le contenu des soumissions mais qu'ils lui ont permis d'identifier celles des annexes de ces soumissions qui se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire, selon le cas.

Elle affirme que la circonstance que la société POLYTHERM avait remis à la fois des contrats remplis et signés par le fournisseur de la marque HONEYWELL en tant que société de maintenance régulation de son propre matériel et par la société ERA agissant en tant que société de maintenance de régulation du matériel de marque SIEMENS ne lui permettait pas d'identifier dans l'offre de la société POLYTHERM les contrats se rapportant à son offre de base et ceux se rapportant à la variante obligatoire, que dès lors qu'elle décidait d'interroger deux soumissionnaires qui avaient joint à leurs offres des contrats remplis et signés par le fournisseur de la marque HONEYWELL sans préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire, elle avait l'obligation, en vertu du principe d'égalité de

traitement, d'offrir la même possibilité avec les mêmes contraintes (réponse dans un délai déterminé sous peine d'irrégularité absolue de la soumission, ...) à la société POLYTHERM, puisque celle-ci se trouvait dans une situation similaire à celle de ces deux soumissionnaires et que si elle a invité la société POLYTHERM à produire l'attestation manquante du fournisseur de la marque SIEMENS, elle n'a méconnu en cela aucune disposition du cahier spécial des charges, la production de l'attestation n'étant pas prescrite à peine de nullité absolue, ni permis aucune modification du contenu de la soumission de la société POLYTHERM, les prestations et le prix proposés étant demeurés inchangés, mais elle a fait preuve, dans son appréciation de la régularité de l'offre de la société POLYTHERM sur ce point, d'une tolérance similaire à celle adoptée pour les autres soumissionnaires.

Quant à la violation prétendue de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la partie adverse affirme qu'elle a vu une erreur matérielle dans la circonstance que trois soumissionnaires avaient joint à leurs soumissions des contrats remplis par la société de maintenance régulation proposée, sans cependant préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

Elle rappelle que, par un arrêt du 30 mars 2006, la Cour de cassation a jugé à propos de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui permet au pouvoir adjudicateur de "rechercher l'intention réelle du soumissionnaire par tous moyens" pour rectifier une erreur matérielle, que "L'intention réelle du soumissionnaire qui a manifestement commis une erreur matérielle dans son offre peut aussi se déduire des éclaircissements demandés au soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur".

Elle conclut qu'en invitant les trois soumissionnaires qui avaient joint à leurs soumissions des contrats remplis et signés par la société de maintenance régulation sans préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire, elle n'a adopté aucun comportement contraire à la réglementation sur les marchés publics ni commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il paraît ressortir du moyen unique que, pour l'essentiel, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir écarté l'offre de la société POLYTHERM alors que celle-ci se serait abstenue de remettre un prix pour la variante obligatoire.

La requérante y voit une irrégularité substantielle vis-à-vis de laquelle la partie adverse ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation.

Elle en infère que la partie adverse n'a pu, en faisant état d'une erreur matérielle, permettre à la société POLYTHERM de corriger son offre.

Prima facie, la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie dans cette argumentation.

La partie adverse a pu constater en effet que si la requérante, qui proposait de recourir à la marque HONEYWELL tant pour l'offre de base que pour la variante, avait ajouté une mention manuscrite "variante" sur la page de garde précédant le contrat d'entretien correspondant, la société POLYTHERM avait joint à sa soumission des contrats remplis par le fournisseur de la marque HONEYWELL sans préciser s'ils se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

La partie adverse a pu estimer qu'il y avait là une erreur matérielle au sens de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Elle a pu considérer encore que si l'offre de la société POLYTHERM ne comportait pas l'attestation du fournisseur de la marque SIEMENS, elle pouvait, compte tenu de la tolérance adoptée à l'égard des autres soumissionnaires, inviter la société POLYTHERM à produire l'attestation manquante.

Prima facie, c'est à juste titre que la partie adverse oppose au moyen unique, en ce qu'il est pris de la violation des articles 110 et 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que la société POLYTHERM a remis une offre de base et une variante obligatoire et que, en précisant que les offres omettant les documents à annexer pourraient être déclarées non conformes et donc nulles de plein droit, les dispositions du cahier spécial des charges lui laissent un pouvoir d'appréciation lui permettant de conclure qu'aucune offre n'était entachée d'irrégularité substantielle.

Prima facie encore, la partie adverse a pu, sur le vu des erreurs causées par le manque de différenciation des contrats, dont elle a admis qu'elle portait elle-même une part de responsabilité, rechercher l'intention réelle des soumissionnaires en leur demandant des éclaircissements.

Comme le mentionne le rapport d'analyse des offres en page 11, les soumissionnaires dans le cas (POLYTHERM, DETHIER et D-FI) ont pu déposer les projets de contrats identifiant clairement l'offre de base et la variante obligatoire.

La partie adverse a pu constater que les documents déposés par la société POLYTHERM, bien que remis après l'ouverture des offres, ne modifiaient pas le

contenu de sa soumission, mais qu'ils lui permettaient d'identifier celles de ses annexes qui se rapportaient à l'offre de base ou à la variante obligatoire.

La partie adverse a pu préciser qu'en invitant la société POLYTHERM à produire l'attestation du fournisseur de la marque SIEMENS, elle n'avait méconnu aucune disposition du cahier spécial des charges ni permis aucune modification du contenu de l'offre de cette société, les prestations et les prix proposés étant demeurés inchangés.

Prima facie, il apparaît qu'en agissant comme elle l'a fait, la partie adverse n'a méconnu aucune des dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 invoquées au moyen ni commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen unique ne peut être tenu pour sérieux.

VI. CONFIDENTIALITES DES OFFRES

En vue de sauvegarder le droit au respect des secrets d'affaires, il convient d'ordonner que les offres des soumissionnaires demeurent confidentielles.

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 sociétés POLYTHERM et DELTA THERMIC demeureront confidentielles.

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
quatre février deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.