CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.411 du 7 mai 2013

G./A.208.469/VI-19.944

En cause : **la société anonyme GEO MEASURING & ANALYSES**, en abrégé G.M.A.,

ayant élu domicile chez
Me Valéry SCHALENBOURG, avocat,
boulevard Léopold II, n° 180,
1080 Bruxelles,

contre :

la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

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 8 avril 2013, la société anonyme GEO MEASURING & ANALYSES, en abrégé G.M.A., sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" La décision de la partie adverse, la SOFICO, du 20 mars 2013 portant attribution du marché public de services «D142 – Prélèvement d'échantillons et essais en laboratoires pour revêtements hydrocarbonés, en béton de ciment et les matériaux s'y rapportant» à l'association momentanée INISMA-LABOMOSAN sur base du cahier spécial des charges n° CSC 142-12G23".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 avril 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 3 mai 2013 à 10 heures.

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

Des lettres du 30 avril 2013 ont remis l'affaire à l'audience du 3 mai 2013 à 10 heures 30.

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

Me Valéry SCHALENBOURG, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Xavier CLOSE, loco Me Emmanuelle BERTRAND, 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

III. 1. Le marché de services litigieux a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications en date du 4 décembre 2012 et au Journal officiel de l'Union européenne en date du 7 décembre 2012.

Il en ressort notamment que la partie adverse a choisi la procédure de l'adjudication publique sur la base de l'article 14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

III. 2. Le marché de services est régi par les dispositions du cahier spécial des charges n° CSC 142-12G23.

III. 3. Le 16 janvier 2013, la requérante a déposé une offre dans le cadre d'un marché public de services "D142 – Prélèvement d'échantillons et essais en laboratoires pour revêtements hydrocarbonés, en béton de ciment et les matériaux s'y rapportant".

III. 4. Lors de la séance d'ouverture des offres du 24 janvier 2013, il a été constaté que trois soumissionnaires avaient remis une offre, pour les prix suivants :

- ABC Expert	EUR. 401.170 HTVA
- INISMA – LABOMOSAN	EUR. 380.613 HTVA

- G.M.A. Wallonie (requérante) EUR. 297.012,56 HTVA

III. 5. Par un courrier du 1er février 2013, la partie adverse a demandé à la requérante de fournir une justification de prix pour une série de postes de sa soumission, dans le cadre de l'article 110, § 3 de l'arrête royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

La requérante a répondu à cette demande par courrier recommandé du 11 février 2013.

III. 6. Le 22 mars 2013, la requérante a été informée de la décision de la partie adverse du 20 mars 2013 portant attribution du marché public de services "D142 – Prélèvement d'échantillons et essais en laboratoires pour revêtements hydrocarbonés, en béton de ciment et les matériaux s'y rapportant" à la société momentanée INISMA-LABOMOSAN sur la base du cahier spécial des charges n° CSC 142-12G23.

Cette décision constitue l'acte attaqué.

Elle porte notamment ce qui suit :

" Considérant qu'à la date du 24/01/2013, fixée pour l'ouverture des offres, les soumissionnaires suivants ont remis offre :

GMA WALLONIE	359.385,20 € TVAC
a.m. INISMA/LABOMOSAN	460.541,73 € TVAC
ABC Expert	485.070,85 € TVAC

Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que l'offre du soumissionnaire GMA ne satisfait pas aux critères de sélection;

Que ce soumissionnaire ne dispose pas des accréditations exigées par le C.S.C. (cf annexe);

Considérant que les soumissionnaires restants satisfont aux critères de sélection;

Considérant qu'au niveau de la phase d'attribution, le classement s'établit comme suit :

a.m. INISMA/LABOMOSAN	460.541,73 € TVAC
ABC Expert	485.070,85 € TVAC

Considérant qu'après examen par l'Administration, il apparaît que l'association momentanée INISMA-LABOMOSAN a remis l'offre la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses et conditions techniques du Cahier Spécial des Charges n° 01.04.02-12G23;

DECIDE

d'attribuer le marché à l'association momentanée INISMA-LABOMOSAN pour le montant de 460.541,73 € TVAC à charge de la SOFICO".

III. 7. En annexe à un courrier électronique du 25 avril 2013, un conseiller de la cellule juridique de la partie adverse a communiqué à la requérante une nouvelle copie de la décision attaquée accompagnée cette fois de l'annexe 1 à laquelle se réfère cette décision.

IV. EXTREME URGENCE

La requérante affirme qu'elle a été informée par télécopie du 22 mars 2013 de la décision attaquée du 20 mars 2013 portant attribution du marché public litigieux à la société momentanée INISMA-LABOMOSAN sur la base du cahier spécial des charges n° CSC 142-12G23.

Sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la communication datée du 22 mars 2013 a suffit à faire courir le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1996 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il suffit de constater qu'en introduisant sa requête le lundi 8 avril 2012, la société requérante a, en toute hypothèse, agi avant l'expiration de ce délai.

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

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique "de la violation de l'article 65/8, § 1, 1er alinéa de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des principes généraux de bonne administration, en particulier du principe de la motivation formelle des actes administratifs et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs adéquats, exacts, pertinents et admissibles en droit".

Elle fait valoir, en premier lieu, que, selon l'acte attaqué, elle ne satisfait pas aux critères de sélection faute de disposer des accréditations exigées par le cahier spécial des charges, que l'acte attaqué se réfère à ce propos à une annexe dont elle n'a pas reçu communication, qu'elle n'a pas pu prendre connaissance des motifs éventuels sur la base desquels son offre n'a pas été sélectionnée et que l'acte attaqué n'est pas motivé à suffisance de droit d'un point de vue formel.

Elle affirme, en second lieu, qu'elle a joint à son offre déposée dans le cadre du marché litigieux toutes les informations demandées dans le cadre de la sélection qualitative, "de sorte que l'acte attaqué n'est pas motivé à suffisance de droit d'un point de vue matériel".

Elle réaffirme qu'en l'occurrence, la non-sélection de son offre est motivée dans l'acte attaqué par renvoi à une annexe qui ne lui a pas été communiquée et dont le contenu lui est de ce fait totalement inconnu.

Elle fait valoir que si une motivation par renvoi à d'autres pièces peut constituer une motivation adéquate, il est cependant requis, entre autres, que ces autres pièces aient été portées à la connaissance de l'administré et qu'elles soient elles-mêmes dûment motivées.

Selon la requérante, dans le cas d'espèce, la télécopie envoyée par la partie adverse en date du 22 mars 2013 comporte quatre pages, mais ne comprend pas l'annexe à laquelle l'acte attaqué fait référence pour justifier sa non-sélection, en sorte qu'elle n'a pas été en mesure d'apprécier les moyens d'agir à l'encontre de cette décision de non-sélection.

Elle affirme que l'acte attaqué n'est pas motivé à suffisance de droit d'un point de vue formel.

Elle affirme encore qu'elle a joint à son offre déposée dans le cadre du marché litigieux toutes les informations demandées dans le cadre de la sélection qualitative, concernant notamment sa capacité technique d'exécuter le marché litigieux.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir, quant à ce qu'elle qualifie de première branche du moyen, que l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 précitée est étranger à la motivation formelle de la décision d'attribution, que cette disposition ne concerne que l'information qui doit être donnée

aux soumissionnaires postérieurement à la prise d'une décision relative à un marché en sorte que le moyen, en ce qu'il en invoque la violation, est irrecevable.

Elle admet que l'acte attaqué comporte la référence à une annexe, que celle-ci aurait dû être jointe à la communication adressée à la requérante et que dans cette annexe figure un tableau mentionnant précisément les accréditations imposées par les documents du marché et dont la requérante ne dispose pas.

Elle énonce, "à titre principal", que la motivation formelle de la décision d'attribution se réfère expressément à cette annexe et que celle-ci fait indiscutablement partie des motifs, matériels et formels, utilisés par le pouvoir adjudicateur pour rejeter l'offre de la requérante.

Elle affirme que l'absence de jonction de cette annexe à la notification, à la requérante, de l'acte attaqué ne vicie pas cet acte même, mais uniquement la notification qui en est faite, laquelle peut être considérée comme incomplète. Elle estime que ce vice dans la notification ne peut avoir un effet que sur le point de départ du délai dont dispose la requérante pour introduire les recours prévus par la loi.

Elle fait valoir encore qu'elle a adressé à la requérante une nouvelle copie de la décision d'attribution, accompagnée cette fois de l'annexe qui y est mentionnée et que la requérante dispose, à la suite de cette seconde notification, de la totalité de la motivation formelle de la décision d'attribution.

La partie adverse soutient encore, "à titre subsidiaire", que l'annexe n'est pas indispensable à la motivation formelle de la décision attaquée, que la requérante pouvait connaître, à la lecture de l'inventaire (métré) joint au cahier spécial des charges, les accréditations dont elle devait disposer pour satisfaire à la sélection qualitative, qu'elle connaît par ailleurs les accréditations dont elle dispose ou dont elle ne dispose pas, puisque, notamment, elle joint à son offre la liste complète de celles qui lui sont reconnues.

La partie adverse ajoute que le pouvoir d'appréciation de l'autorité est restreint, voire même inexistant, puisque l'avis de marché et le cahier spécial des charges prévoient que l'absence de preuve de ce que le soumissionnaire "est au minimum accrédité pour les essais les plus courants" dans le domaine, essais par ailleurs précisés par le cahier spécial des charges, constitue "une cause d'exclusion".

Elle affirme que, dans ce contexte, la mention de l'acte attaqué selon laquelle "ce soumissionnaire ne dispose pas des accréditations exigées par le C.S.C" est suffisante pour justifier en la forme la décision du pouvoir adjudicateur et ce

indépendamment de l'annexe qui aurait dû être annexée à la communication de l'acte attaqué.

A ce qu'elle considère comme la seconde branche du moyen, la partie adverse oppose que la requérante a joint à son offre la liste complète des certificats d'accréditation dont elle dispose, qu'elle a joint encore les certificats d'agréation de la société GEOS, présentée dans son formulaire d'offre comme un sous-traitant, qu'elle n'a cependant pas fait mention de l'engagement de la société GEOS de mettre à sa disposition les moyens nécessaires à l'exécution du marché et que l'administration (Département des Expertises Techniques) n'a pas tenu compte des accréditations dont dispose cette autre société lors de son analyse des offres, seules les accréditations de la société requérante ayant été examinées.

La partie adverse affirme que de la comparaison de la liste déposée par la requérante et de la liste des accréditations exigées par le cahier spécial des charges, elle a pu déduire que la requérante ne disposait pas des accréditations suivantes :

Essais	références cahier de charges SPW	Statut	Raison
Chapitre 1 – Prélèvements et essais sur chantier			
Prélèvement d'un produit en vrac	NBN EN 12697-27 CME 54.27	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 100 cm² de surface – H < 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 177 cm² de surface – H< 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 400 cm² de surface – H< 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
Coefficient de compressibilité à la plaque de 200 cm² et de 750 cm² (SB250 Chap XIV)	CME 50.01	not ok	Accrédité suivant SB250 (MOW)
Chapitre 3 – Essais sur sables et gravillons			
Granularité	NBN EN 933-1	ok	
Teneur en fines	NBN EN 933-1	ok	
Chapitre 5 – Bitume, émulsion et additifs			
Pénétrabilité à l'aiguille (25°C, 100g, 5s)	NBN EN 1426	not ok	Non accrédité
Point de ramollissement Anneau et Bille	NBN EN 1427	not ok	Non accrédité
Chapitre 7 – Matériaux hydrocarbonés			
Granularité (sur vrac ou carotte)	NBN EN 12697-2	ok	
Teneur en liant (sur vrac ou carotte)	NBN EN 12697-1	ok	
Pourcentage de vide (sur carotte)	NBN EN 12697	not ok	Accrédité suivant SB250 (MOW)
Compactage giratoire (PCG)	NBN EN 12697-31	not ok	Non accrédité
Compacité relative	CME 54.08	not ok	Accrédité suivant SB250 (MOW) et ME 54.08 de l'ex Ministère des Travaux Publics national (1982)
Chapitre 9 – Revêtement en béton de ciment			
Absorption d'eau (tranche supérieure)	CME 53.13	not ok	Accrédité suivant NBN 15-215
Résistance à la compression simple	CME 52.05 ET NBN EN 12390-3	ok	

Elle soutient qu'il résulte de ce tableau que la requérante n'est pas accréditée pour onze des prestations visées par le cahier spécial des charges, que s'il peut être contesté que ce tableau fait partie de la motivation formelle de l'acte attaqué, il est en revanche incontestable qu'il fait partie de sa motivation matérielle, que l'acte attaqué comporte la mention selon laquelle la société requérante "ne dispose pas des accréditations exigées par le C.S.C. (cf annexe)" et que "la décision d'attribution, telle

que reprise au projet de PV du CODI de la SOFICO, comporte par ailleurs bien l'annexe mentionnée".

La partie adverse conclut que l'avis de marché précise que l'absence d'accréditation pour "les essais les plus courants" prévus et définis par le cahier spécial des charges est une cause d'exclusion, que l'absence d'accréditation pour un seul des types de tests visés par les documents du marché doit nécessairement aboutir à un rejet de l'offre au stade de la sélection qualitative et que le moyen manque en fait ou est, à tout le moins, dépourvu d'intérêt.

Elle ajoute que, même s'il était tenu compte des accréditations de la société GEOS, ce qui est exclu à défaut d'un engagement de cette société joint à l'offre déposée, la requérante ne bénéficierait de toute manière pas de l'ensemble des accréditations requises par le cahier spécial des charges et que son offre doit en tout état de cause être exclue au stade de la sélection qualitative.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, c'est à juste titre que la requérante soutient que la décision attaquée du 20 mars 2013 est insuffisamment motivée en ce qu'elle porte que :

> " Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que l'offre du soumissionnaire GMA ne satisfait pas aux critères de sélection;
>
> Que ce soumissionnaire ne dispose pas des accréditations exigées par le C.S.C. (cf annexe)",

alors que l'annexe n'était pas jointe.

Prima facie encore, c'est en vain que la partie adverse fait valoir que l'absence de jonction de l'annexe à l'acte attaqué ne vicie pas cet acte même mais uniquement la notification qui en a été faite le 22 mars 2013.

C'est tout aussi vainement, prima facie, que la partie adverse oppose qu'elle a adressé à la requérante une nouvelle copie de la décision d'attribution, accompagnée de l'annexe qui y est mentionnée et que la requérante dispose, à la suite de cette seconde notification, de la totalité de la motivation formelle de la décision d'attribution.

Il apparaît en effet des termes mêmes de la décision attaquée que la partie adverse a entendu motiver celle-ci par référence à l'annexe.

La décision qu'elle a notifiée à la requérante le 22 mars 2013, dépourvue de cette annexe, apparaît dès lors, du seul fait de cette lacune, insuffisamment motivée.

De surcroît, il apparaît que l'annexe elle-même est insuffisamment motivée.

Y figure un tableau comportant notamment les mentions suivantes :

" Annexe 1 (GMA)

Essais	références cahier de charges SPW	Statut	Raison
Chapitre 1 – Prélèvements et essais sur chantier			
Prélèvement d'un produit en vrac	NBN EN 12697-27 CME 54.27	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 100 cm² de surface – H < 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 177 cm² de surface – H< 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
Prélèvement de carottes – 400 cm² de surface – H< 200mm	NBN EN 12697-27 NBN EN 12697-36	not ok	Non accrédité
[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	
Chapitre 5 – Bitume, émulsion et additifs			
Pénétrabilité à l'aiguille (25°C, 100g, 5s)	NBN EN 1426	not ok	Non accrédité
Point de ramollissement Anneau et Bille	NBN EN 1427	not ok	Non accrédité
Chapitre 7 – Matériaux hydrocarbonés			
[...]	[...]	[...]	
Compactage giratoire (PCG)	NBN EN 12697-31	not ok	Non accrédité
[...]	[...]	[...]	
[...]	[...]	[...]	

".

Il n'apparaît pas possible de reconnaître dans les termes "Not ok" et "Non accrédité" la motivation adéquate de l'acte attaqué.

Il ne s'agit que de la transcription de très laconiques affirmations unilatérales de la partie adverse.

A supposer que l'on puisse prendre en compte le courrier daté du 25 avril 2013, adressé par la partie adverse à la requérante, auquel étaient jointes la décision attaquée et son annexe, ce que paraît exclure le fait qu'il est postérieur à la décision attaquée, celle-ci apparaîtrait encore insuffisamment motivée.

Dans ces conditions, le moyen est sérieux en sa première branche.

Quant à la seconde branche du moyen, prima facie, la requérante ne semble pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient qu'elle a joint à son offre "toutes

les informations demandées dans le cadre de la sélection qualitative, de sorte que l'acte attaqué n'est pas motivé à suffisance de droit d'un point de vue matériel".

Il ressort en effet de l'offre de la requérante ainsi que d'un courrier électronique du 25 avril 2013 envoyé par l'ingénieur en chef-directeur des ponts et chaussées à un conseiller de la cellule juridique de la partie adverse, que la requérante se prévaut de certaines accréditations d'un sous-traitant GEOS mais qu'elle reste en défaut de produire un engagement de celui-ci pour le chapitre 5 "bitume" et pour le chapitre 7 "matériaux hydrocarbonés".

Dans ces conditions, le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche.

VI. BALANCE DES INTETETS

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée qui l'emporteraient sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que les offres des soumissionnaires versées au dossier administratif soient considérées comme confidentielles.

A cette fin, elle les produit dans le cadre d'un dossier distinct.

Elle énonce que la demande de confidentialité se justifie par le nécessaire respect du secret des affaires, lequel s'impose en raison du caractère limité dans le temps du marché et de sa nécessaire remise en concurrence ultérieure au vu de la nature des services visés.

Selon elle, dans la perspective de ces futurs marchés, les prix unitaires doivent rester confidentiels. Elle estime que "la structure des prix est une information couverte par la notion de secret des affaires; un opérateur économique a donc intérêt légitime à ne pas la communiquer à un de ses concurrents dans le cadre d'une procédure contentieuse".

L'examen des offres n'apparaît pas nécessaire à la solution du litige.

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993, il y a lieu d'avoir égard à la demande de la partie adverse.

Il sera ordonné que les offres des soumissionnaires versées au dossier administratif demeurent confidentielles.

Par ailleurs, pour les mêmes motifs, il s'impose de préserver la confidentialité de l'offre de la requérante que celle-ci dépose en annexe à sa requête.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 20 mars 2013 par la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures portant attribution du marché public de services "D142 – Prélèvement d'échantillons et essais en laboratoires pour revêtements hydrocarbonés, en béton de ciment et les matériaux s'y rapportant" à la société momentanée INISMA-LABOMOSAN.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres des sociétés ABC EXPERTS, INISMA - LABOMOSAN et GEO MEASURING & ANALYSES demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le sept mai 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.