CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.077 du 11 octobre 2013

G./A.191.694/VI-18.143

En cause : **la société anonyme T.P.F. UTILITIES,**

ayant élu domicile chez
Me Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée ABYSSE,

ayant élu domicile chez
Mes Denis DRION et
Xavier DRION, avocats,
rue Hullos, n° 103-105,
4000 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 février 2009, la société anonyme T.P.F. UTILITIES demande l'annulation de "la décision prise par la partie adverse d'attribuer le marché public de services portant sur l'entretien et le contrôle de sections de mesures hydrologiques de la Région wallonne […] à la société ABYSSE, notifiée à la requérante par lettre du 23 décembre 2008".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 222.445 du 12 février 2013 a rouvert les débats.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante et la partie adverse ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 22 août 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 25 septembre 2013.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Yves SCHNEIDER, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur, 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

Les faits utiles à l'examen du recours peuvent être décrits comme suit :

III. 1. La partie adverse a publié, dans le Bulletin des adjudications du 19 août 2008 et dans le Journal officiel de l'Union européenne du 26 août 2008, un avis de marché pour un marché public de services portant sur l'entretien et le contrôle des sections de mesures hydrologiques de la Région wallonne.

La procédure choisie était l'appel d'offres général.

Les dispositions du cahier spécial des charges, pertinentes pour l'examen du présent recours, se lisent comme suit :

" […]

Articles 70 et 71 : Capacités financière et technique

Sous peine de nullité, les documents de sélection qualitative suivants doivent être fournis :

- une attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement en cas d'attribution du marché suivant le modèle repris en annexe 6 du présent cahier spécial des charges;

- le chiffre d'affaires global du candidat dans le domaine des services relatifs au présent marché pendant trois des huit dernières années;

- la liste, les montants, les dates et les destinataires des services effectués par le soumissionnaire, le sous-traitant éventuel ou le personnel dont il dispose ou s'engage à mettre à sa disposition dans le cadre du présent marché, pendant les trois dernières années dans les domaines suivants : […]

- la description du matériel en sa possession ou dont il disposera pour réaliser les prestations demandées conformément aux exigences des clauses techniques du présent cahier des charges;

- la description de l'équipement technique et des moyens employés par le prestataire de services pour assurer la qualité de ses services;

- la qualification et l'expérience du personnel dans les domaines concernés;

- tout autre document qu'il juge utile pour prouver sa capacité technique dans les domaines concernés.

L'attention est attirée sur le fait qu'à quelque stade que ce soit de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à produire les documents et preuves nécessaires.

Ces documents, doivent être remis sous enveloppe séparée, en même temps que l'enveloppe contenant l'offre. Cette enveloppe séparée renfermant les documents précités porte la mention : […].

[…]".

Le modèle d'attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement, annexé au cahier spécial des charges, se présente comme suit :

"

ANNEXE 6 : Modèle d'attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement

La société (raison sociale et siège social de la société de cautionnement)

……
……

dûment représentée

par …….. s'engage

dans le cas où l'Entreprise (raison sociale et siège social de l'entreprise candidate)

……
…… serait désignée adjudicataire pour le marché de services pour l'entretien et le contrôle de sections de mesures hydrologiques de la Région wallonne à constituer un cautionnement d'un montant correspondant à 5 % du marché en faveur du

Service public de Wallonie
Direction générale opérationnelle Mobilité et Voies hydrauliques
Direction des Etudes hydrologiques et des Statistiques
Boulevard du Nord, 8
5000 Namur

La présente attestation est valable pour une période de trois mois à dater du ……

mais cessera ses effets si l'Entreprise (raison sociale de l'Entreprise candidate)

……
……

n'est pas désignée adjudicataire du marché.

Fait à le Signature

Nom ".

III. 2. A l'ouverture des offres, le 7 octobre 2008, deux offres étaient déposées, par la requérante, d'une part, et par la société ABYSSE, d'autre part.

III. 3. Un rapport d'analyse des offres a été établi. Ses passages pertinents se lisent comme suit :

" V. SELECTION QUALITATIVE

V.1. TPF UTILITIES

V.1.1. Capacité financière et économique :

• ONSS : En ordre, après vérification via l'application DIGIFLOW (voir annexe 1)
• Attestation de cautionnement : En ordre.

TPF UTILITIES fournit également une série de documents (TVA, Impôts, Casier judiciaire) attestant de sa bonne santé financière.

[…]

V.2. ABYSSE

ABYSSE est une société du groupe BELP (Bureau d'études Lovinfosse-Preud'Homme) active dans le domaine de l'eau au travers de missions de topographie, bathymétrie et sondage de sédiments.

V.2.1. Capacité financière et économique :

• ONSS : En ordre, après vérification via l'application DIGIFLOW (voir annexe 1)
• Attestation de cautionnement : En ordre.

ABYSSE fournit également une série de documents (TVA, Impôts) attestant de sa bonne santé.

[…]".

III. 4. La décision d'attribution a été adoptée le 1er décembre 2008, après avoir été soumise à l'inspection des Finances.

Une copie de la décision a été communiquée à la partie requérante, par une lettre et une télécopie du 23 décembre 2008.

Les extraits pertinents pour l'examen du présent recours se lisent comme suit :

" attendu que deux offres de prix sont parvenues à l'Administration dans les formes et les délais prévus. Ces offres émanant de :

• TPF UTILITIES s.a.

[…]

• ABYSSE sprl

[…]

attendu que chacune de ces sociétés répond à la sélection qualitative, conformément au rapport d'analyse des offres faisant partir intégrante de la présente décision motivée, à l'exception de son annexe relative aux prix unitaires de chaque soumissionnaire;

attendu que les critères d'attribution du marché étaient :

1. La valeur technique (70 points)
2. Le prix (30 points)

attendu que chaque offre de prix a été analysée suivant ces critères et cotée en fonction de paramètres décrits dans le cahier spécial des charges;

attendu que le contrôle des prix unitaires a été effectué pour chaque offre et que ceux-ci sont normaux;

attendu que le classement final des offres est le suivant, de la plus intéressante à la moins intéressante :

1. ABYSSE sprl : 76 points
2. TPF UTILITIES S.A. 70 points

attendu que sur la base des critères d'attribution la société ABYSSE sprl présente donc l'offre conforme la plus intéressante;

[…]

vu l'avis favorable définitif de l'Inspection des Finances en date du 30 octobre 2008;

Pour ces motifs, j'ai décidé d'attribuer le marché de services [...] pour l'entretien et le contrôle des sections de mesures hydrologiques de la Région wallonne à la société ABYSSE pour un montant de 697.740,00 EUR (TVAC)".

III. 5. Par une citation signifiée le 7 janvier 2009, la requérante a introduit un recours en suspension devant le président du tribunal de première instance de Namur siégeant en référé.

Cette demande a été déclarée recevable mais non fondée, par une ordonnance du 13 mars 2009.

III. 6. La décision d'attribution a été notifiée à la société ABYSSE. L'exécution du marché a commencé le 1er avril 2009.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 15 mai 2009, la société privée à responsabilité limitée ABYSSE demande à être reçue en qualité de partie intervenante. En tant que bénéficiaire de la décision attaquée, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure.

Rien ne s'oppose à ce que cette intervention soit accueillie dans la présente procédure.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 68, 70 et 71 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 général de bonne administration, du principe général de précaution, du principe général "patere legem quam ipse fecisti", du principe général de protection ou de respect de la confiance légitime. Elle tente de démontrer qu'en tant qu'elle porte sur la sélection de la société ABYSSE, la décision d'attribution est entachée d'erreurs manifestes et d'irrégularités substantielles. Ses critiques portent sur l'appréciation de la capacité financière et économique, d'abord, et sur

l'appréciation de la capacité technique, ensuite. En ce qui concerne plus particulièrement la capacité financière et économique, la requérante relève que l'offre de la société ABYSSE ne comportait pas d'attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement conforme au modèle annexé au cahier spécial des charges, signé par la société de cautionnement, alors que ce document était prévu " sous peine de nullité" par le cahier spécial des charges. Elle cite, notamment, la circulaire du 21 mai 2001 de la partie adverse, relative à la sélection qualitative, qui recommande, pour apprécier la capacité financière et économique, soit de recourir à un modèle de déclaration bancaire, soit de prendre en compte un engagement d'une société de cautionnement ou d'un organisme financier de constituer le cautionnement en cas d'attribution du marché. La requérante précise que l'attestation délivrée par la banque I.N.G., le 15 octobre 2008 (postérieurement à l'ouverture des offres), ne figurait par hypothèse pas dans l'offre de la société ABYSSE lors de son dépôt.

Dans son mémoire en réponse, et plus particulièrement pour ce qui concerne l'appréciation de la capacité financière et économique, la partie adverse fait valoir en substance que, selon le cahier spécial des charges, "le soumissionnaire doit donc joindre à son offre une attestation selon laquelle il s'engage, en cas d'attribution du marché, à constituer un cautionnement", que selon l'article 5 du cahier général des charges, l'exigence de constitution d'un cautionnement n'existe qu'en cas d'attribution du marché, de sorte que cette exigence ne ressortit pas à la sélection qualitative, et que l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne vise pas l'engagement de constitution d'un cautionnement. Elle estime, ensuite, que la société ABYSSE a fourni l'attestation demandée, puisque la pièce 3a de son offre précise ce qui suit : "La société ABYSSE SPRL, dont le siège social se situe à ANS, rue Maréchal Foch, 70, dûment représentée par Monsieur Thierry de LOVINFOSSE, Gérant, s'engage dans le cas où la société ABYSSE S.P.R.L. serait désignée adjudicataire pour le marché […] à constituer un cautionnement d'un montant correspondant à 5 % du montant du marché en faveur du : Service public Wallonie […]". Elle concède que l'attestation n'est pas conforme au modèle du cahier spécial des charges, mais elle estime que cela ne l'a pas empêchée d'apprécier la capacité financière et économique de la société ABYSSE et qu'elle n'aurait pas pu en déduire que la société ABYSSE ne présentait pas la capacité financière et économique requise. Elle estime, par ailleurs, que l'attestation pouvait être fournie après l'ouverture des offres. Elle rappelle, tout d'abord, par analogie, que l'agréation d'un entrepreneur de travaux ne doit être obtenue qu'au moment de l'attribution du marché. Elle indique, ensuite, qu'il s'agissait d'un appel d'offres général, ce qui implique d'une part que les opérations de sélection et de comparaison des offres s'effectuent au même moment et, d'autre part, que la sélection ne conduit pas au classement des candidats. Elle confirme, ensuite, que l'attestation de la banque lui a

été adressée le 15 octobre 2008, alors que la décision d'attribution n'a été prise que le 1er décembre 2008. Selon la partie adverse, le droit européen permet aux pouvoirs adjudicateurs d'inviter les soumissionnaires à compléter leur offre au stade de la sélection qualitative et le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de justice, pourrait même transformer cette faculté en obligation. Elle observe encore que le modèle de document fourni n'était qu'un modèle et que le soumissionnaire était autorisé à prouver sa capacité économique par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.

Elle précise encore que "ce n'est pas parce que le cahier spécial des charges mentionne qu'un document doit être fourni «à peine de nullité» que l'absence dudit document entraînerait, ipso facto, la nullité de l'offre". En substance, elle estime qu'il y a lieu de distinguer les nullités absolues (qui peuvent être invoquées par toute partie) et les nullités relatives (qui ne peuvent être invoquées que par le pouvoir adjudicateur) et qu'en l'occurrence le cahier spécial des charges ne précisait pas que la nullité était absolue, ce qui laissait au pouvoir adjudicateur la possibilité de la couvrir. Elle se prévaut, à cet égard, de l'ordonnance du président du tribunal de première instance de Namur siégeant en référé. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a couvert la nullité, en raison du caractère non substantiel de l'absence d'engagement d'une société de cautionnement au stade du dépôt des offres. Enfin, la partie adverse indique qu'elle n'a pas commis d'erreur d'appréciation à cet égard, puisque la société ABYSSE a bien obtenu l'engagement d'une société de cautionnement, que l'article 5 du cahier général des charges n'impose pas le recours à une société de cautionnement, que l'obligation de constituer un cautionnement n'existe qu'après l'attribution du marché et que l'adjudicataire n'entendait pas échapper à cette obligation.

Dans sa requête en intervention, l'intervenante observe que le cahier spécial des charges n'exigeait pas la constitution d'un cautionnement mais l'engagement à en constituer en cas d'attribution du marché. Elle estime qu'elle a bien joint l'attestation demandée. Elle admet qu'elle n'a pas suivi le modèle prévu, mais elle considère que cette exigence formelle ne pouvait être sanctionnée par la nullité de l'offre, puisque la partie adverse a pu apprécier la portée de ce document sans aucune difficulté. Elle précise qu'une attestation d'engagement émanant d'un tiers a été produite le 15 octobre 2008.

Dans son mémoire en réplique, la requérante observe que l'ordonnance du président du tribunal de première instance de Namur siégeant en référé n'a jugé qu'au provisoire, sans préjuger du fond, et qu'aucun enseignement ne peut dès lors utilement être tiré de son ordonnance dans le cadre du présent recours en annulation.

Elle se demande quelle est encore la portée de la "peine de nullité" prévue par le cahier spécial des charges, dans l'interprétation de la partie adverse. Elle considère que, même s'il ne s'agissait que d'une nullité relative, la partie adverse aurait au moins du motiver spécialement sa "couverture", tandis que la décision d'attribution laisse incertain le point de savoir si la partie adverse a considéré que la première attestation était suffisante ou si elle a pris en considération l'attestation délivrée le 15 octobre 2008 par I.N.G.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse développe une argumentation aux termes de laquelle, en substance, l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, auquel il ne peut être dérogé, lui permettait d'interpeller l'intervenante et de l'inviter à produit l'engagement conforme au modèle conçu à cette fin. N'y change rien, à son estime, la référence du cahier spécial des charges à la mention "sous peine de nullité", laquelle ne fait que rappeler aux soumissionnaires que leur offre sera déclarée nulle si les documents requis ne sont pas "du tout" fournis, et non, s'ils ne sont pas joints à l'offre. Elle ajoute que cette mention ne précise d'ailleurs pas le moment auquel les documents requis doivent être produits. A titre subsidiaire, elle soutient que, si la mention litigieuse devait s'entendre en ce sens qu'elle constitue une dérogation à l'article 72, § 4, elle devrait être considérée comme irrégulière. Par ailleurs, elle exclut qu'une violation du cahier spécial des charges puisse être retenue en l'espèce, dès lors qu'elle n'est pas invoquée par le moyen. Ne peut davantage être retenue une méconnaissance du principe "patere legem quam ipse fecisti", lequel ne peut être invoqué lorsqu'un acte individuel déroge à un autre acte individuel, ce qui, à son estime, est le cas en l'espèce, le cahier spécial des charges étant un acte administratif individuel. Enfin, elle soutient, à titre infiniment subsidiaire, qu'aux termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il ne convient pas nécessairement d'écarter systématiquement des offres pour lesquelles un document est manquant, et ce même si la production de ce document est imposée dans le cahier spécial des charges à peine de nullité.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen reproche, en substance, à l'acte attaqué d'avoir irrégulièrement sélectionné l'intervenante, en considérant à tort que sa candidature était "en ordre" au regard de l'exigence de production d'une attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement en cas d'attribution du marché, édictée par la clause du cahier spécial des charges intitulée "Article 70 et 71: Capacités financière et technique".

Tel qu'il était applicable en l'espèce, l'article 70 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 était libellé comme suit :

" La capacité financière et économique du prestataire de service peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :
1° par des déclarations bancaires appropriées ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;
2° par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le prestataire de services est établi;
3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices.
Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services.
Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.
Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.
Si, pour une raison justifiée, le prestataire de services n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur".

La clause du cahier spécial des charges intitulée "Article 70 et 71: Capacités financière et technique" est libellée comme suit :

" Sous peine de nullité, les documents de sélection qualitative suivants doivent être fournis :

• une attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement en cas d'attribution du marché suivant le modèle repris en annexe 6 du présent cahier spécial des charges;
[…]

L'attention est attirée sur le fait qu'à quelque stade que ce soit de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à produire les documents et preuves nécessaires.
[…]".

Il ressort du modèle visé que l'engagement doit être souscrit par une société de cautionnement.

Il suit des disposition et clause précitées que la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître l'une et l'autre de celles-ci, sélectionner un soumissionnaire qui, à la

date où elle statuait, n'avait pas justifié de sa capacité financière par la production des références requises, et notamment par la production de l'engagement, souscrit par une société de cautionnement, de constitution d'un cautionnement.

En l'espèce, aucun élément ne ressort de l'acte attaqué, du rapport d'analyse, ni des pièces produites par les parties, qui permettrait de situer la date et d'identifier les circonstances dans lesquelles l'intervenante a transmis à la partie adverse l'engagement souscrit par une société de cautionnement.

Dès lors qu'il n'est pas établi que la partie adverse disposait de cet engagement de constitution de cautionnement au moment où elle a statué, il s'impose de considérer qu'elle n'a pas pu régulièrement sélectionner l'intervenante, ni, partant, lui attribuer le marché litigieux, et ce, particulièrement au regard de l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, dont la violation est invoquée par le moyen.

En tant qu'il critique la sélection de l'intervenante au regard de la capacité financière, le moyen doit être déclaré fondé.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs formulés au titre du premier moyen, ni le second, lesquels ne sauraient entraîner une annulation plus étendue.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée ABYSSE est accueillie.

Article 2.

Est annulée la décision prise par la Région wallonne le 1er décembre 2008 d'attribuer le marché public de services portant sur l'entretien et le contrôle des sections de mesures hydrologiques de la Région wallonne à la société ABYSSE.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie adverse, à concurrence de 175 euros, et à la charge de la partie intervenante, à concurrence de 125 euros.

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

M^me^	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.