

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.990 du 8 janvier 2014

G./A.195.817/VI-18.581

En cause : **1. la société anonyme AXIMA CONTRACTING,**
2. la société anonyme FABRICOM,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Ministre des Finances
chargé de la Fonction publique,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 12 mars 2010, la société anonyme AXIMA CONTRACTING et la société anonyme FABRICOM demandent l'annulation de la décision du Ministre des Finances du 8 janvier 2010 attribuant à la société anonyme SPIE BELGIUM le marché relatif à l'exécution des travaux en vue de l'optimisation des installations techniques du centre informatique NORTH GALAXY.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT,
a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 29 octobre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 27 novembre 2013.

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

Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Nathalie FRANCOIS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, 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. Le 23 avril 2009, un avis de marché relatif à des travaux en vue de l'optimisation des installations techniques du centre informatique North Galaxy a été publié au Bulletin des adjudications.

La procédure retenue était celle de l'adjudication restreinte.

III. 2. Cinq entreprises ont déposé une demande de participation.

Elles ont toutes été sélectionnées et averties le 18 août 2009 de ce que le cahier spécial des charges était à leur disposition.

III. 3. Le 9 septembre 2009 une première visite obligatoire des lieux à équiper à l'occasion de l'exécution du marché a été organisée.

III. 4. Le 30 septembre 2009, ont été organisées une deuxième visite de ces lieux et une séance de questions/réponses.

Aux questions A21 (armoires de climatisation), A22 (tours de refroidissement) et A24 (vannes de réglage), les services de la partie adverse ont

répondu que du matériel équivalent à celui mentionné dans le cahier spécial des charges pouvait être proposé et ont confirmé la puissance nécessaire aux installations.

III. 6. Le 30 septembre 2009, un erratum au cahier spécial des charges a été établi.

III. 7. Le 12 octobre 2009, trois offres ont été reçues par les services de la partie adverse dont celle de la société SPIE BELGIUM d'un montant de 1.958.281,95 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise, en abrégé T.V.A.C. et celle des requérantes, constituées en société momentanée, d'un montant de 2.082.102.72 euros T.V.A.C.

III. 8. Le 28 octobre 2009, les services de la partie adverse ont demandé à la société SPIE BELGIUM un complément d'information.

Invoquant l'article 110, § 3, 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, la partie adverse a demandé la justification de huit prix apparemment anormalement bas dont ceux de l'armoire climatique, de la tour de refroidissement et du groupe d'air ainsi que les fiches techniques de ces trois équipements.

La partie adverse a demandé également des informations sur la nature d'une prestation relative à l'enlèvement des armoires de climatisation existantes et à leur évacuation.

Elle a fait de même quant à la portée de postes ajoutés dans le volet D du métré récapitulatif présentés comme étant des lacunes.

III. 9. Le 5 novembre 2009, la société SPIE BELGIUM a répondu aux questions des services de la partie adverse du 28 octobre 2009.

Pour ce qui concerne la tour de refroidissement, ce soumissionnaire a énoncé qu'il s'était basé sur la réponse donnée par le maître de l'ouvrage lors de la visite du 30 septembre 2009 et qu'il proposait un matériel dont la fiche était jointe en annexe de marque JACIR AIR TRAITEMENT à un prix reçu de ses fournisseurs majoré de la main d'œuvre standard et d'un coefficient de couverture des frais généraux et des bénéfices. Il ajoutait que, pour des questions de marché ou de délai de livraison, il pouvait présenter du matériel d'une autre marque mais dont les caractéristiques et les performances seraient équivalentes.

III. 10. Le 9 novembre 2009, un métré récapitulatif a été établi, comparant les différentes soumissions, mettant en évidence certains prix apparemment anormalement bas ou hauts dans les différentes soumissions.

Il a été proposé d'interroger les soumissionnaires au sujet des postes mentionnés dans un rapport joint.

III. 11. Le 10 novembre 2009, les services de la partie adverse ont demandé à la société SPIE BELGIUM une précision concernant la tôlerie des tours de refroidissement, en relevant que le cahier spécial des charges prévoyait une tôlerie en inox alors que la fiche technique communiquée indiquait que la carcasse de la tour était construite en tôle galvanisée mais pouvait être livrée en X-Steel ou en INOX 316L moyennant un supplément de prix.

III. 12. Le 13 novembre 2009, la société SPIE BELGIUM a répondu que la tôlerie des tours de refroidissement proposée dans son offre était en inox.

III. 13. Le 30 novembre 2009, le directeur du service encadrement I.C.T. de la partie adverse a établi une note à l'attention du Ministre des Finances.

Il y a exposé notamment que les soupçons de prix apparemment anormalement bas avaient été levés, en produisant sous chacun des postes une motivation de l'acceptation des prix.

Pour ce qui concerne les tours de refroidissement, il a conclu que "rien ne permet de considérer le matériel proposé comme non conforme" et que l'absence de contrainte permettant de proposer un matériel équivalent à celui décrit au cahier spécial des charges avait permis de négocier de meilleurs prix.

Il concluait que l'offre de la société SPIE BELGIUM constituait l'offre régulière la moins chère et proposait l'attribution du marché à ce soumissionnaire.

III. 14. Le 8 janvier 2010, le Ministre des Finances a pris une décision en ces termes :

" Objet : Adjudication restreinte pour l'exécution de travaux en vue de l'optimisation des installations techniques du centre informatique «North Galaxy»

Attendu que les firmes suivantes ont introduit une demande de participation au marché public mentionné ci-dessus;

Firme	Adresse	Numéro d'entreprise
Axima Contracting s.a.	Rue du Monténégro 138-144 - 1190 Bruxelles	0 402.980.164
Delta Thermic n.v.	Blancefloerlaan 179 C - 2050 Antwerpen	0 452.126.797
Fabricom GTI n.v./s.a.	Rue Gatti de Gamond, 254 - 1180 Bruxelles	0 425.702.910
S.A. LIMPENS	Rue Bara 71 - 1070 Bruxelles	0 453.406.407
SPIE Belgium n.v.	Vaartdijk 112 - 1070 Bruxelles	0 434.499.028

Attendu qu'aucune firme n'a été éliminée de la sélection sur la base des critères d'exclusion mentionnés à l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics d'adjudication de travaux, fournitures et services ainsi qu'aux concessions de travaux publics;

Attendu que tous les candidats disposent de l'agrément d'entrepreneur requise pour ce marché;

Attendu que les candidatures ont, de ce fait, été jugées valables;

Attendu que les firmes suivantes ont déposé une offre au cours de la séance d'ouverture des offres;

Firme	Adresse
SPIE Belgium s.a.	Digue du Canal 112 1070 Bruxelles
Association momentanée FABRICOM - AXIMA Contracting	Rue du Monténégro 138-144 1190 Bruxelles
LIMPENS S.A.	Rue Bara 71 1070 Bruxelles

Attendu que la procédure choisie est une procédure d'adjudication, et que, de ce fait, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la moins chère;

Attendu qu'il a été procédé à l'ouverture des offres avec annonce des prix;

Attendu que les prix suivants ont été annoncés;

Firme	Adresse	Prix (€) TVAC
SPIE Belgium s.a.	Digue du Canal 112 1070 Bruxelles	1.958.281,95
Association momentanée FABRICOM - AXIMA Contracting	Rue du Monténégro 138-144 1190 Bruxelles	2.082.102,72
LIMPENS S.A.	Rue Bara 71 1070 Bruxelles	2.121.941,56

Attendu que, après rectification des erreurs et prise en compte des omissions, les offres ont été comparées sur la base des prix suivants :

Firme	Adresse	Prix (€) TVAC
SPIE Belgium s.a.	Digue du Canal 112 1070 Bruxelles	1.958.281,95
Association momentanée FABRICOM - AXIMA Contracting	Rue du Monténégro 138-144 1190 Bruxelles	2.084.319,16
LIMPENS S.A.	Rue Bara 71 1070 Bruxelles	2.122.321,99

Attendu que la firme SPIE a remis l'offre régulière la moins chère;
Vu les spécifications du cahier de charges;
Attendu qu'aucune discordance significative n'a été constatée entre l'offre et le cahier de charges;
J'ai décidé d'attribuer le marché à la firme SPIE".

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 15. Le 11 janvier 2010, les services de la partie adverse ont fait savoir aux requérantes que leur offre n'avait pas été retenue et qu'elles pouvaient consulter les documents administratifs du dossier, à l'exception des pièces confidentielles d'entreprise ou de fabrication.

III. 16. Le 25 janvier 2010, les requérantes ont demandé un rendez-vous auprès des services de la partie adverse.

Il n'est pas contesté que ce rendez-vous leur a été accordé le 4 février 2010 et qu'elles ont pu prendre connaissance de certaines pièces du dossier.

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse a soutenu que le recours était irrecevable en ce que les requérantes n'établissaient pas la publication de leurs statuts au Moniteur belge pas plus que celle de la nomination des administrateurs ayant signé l'extrait du registre des délibérations du conseil d'administration de la société anonyme FABRICOM du 10 mars 2010 décidant d'introduire la présente requête.

Les requérantes ont répliqué qu'elles avaient déposé les versions des statuts coordonnés avec indication de la date de publication de chaque modification au Moniteur belge en annexes 9 et 11 de la requête, que, pour la bonne forme, elles

déposaient l'ensemble des publications et que la preuve de la compétence des signataires de la décision d'ester de la société FABRICOM était déjà jointe en annexe 11 de la requête.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les annexes 9 et 11 de la requête contiennent les statuts coordonnés de chacune des requérantes, avec mention de la date de leur publication au Moniteur belge.

Il ressort de l'article 20 des statuts respectifs des requérantes que le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale.

L'article 18 des mêmes statuts portent que les délibérations du conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux dont les copies ou extraits à produire en justice ou ailleurs sont signés par deux administrateurs.

A l'annexe 10 de la requête figure un extrait du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration de la seconde requérante du 10 mars 2010 décidant l'introduction du présent recours, signé par deux administrateurs dont la nomination a été publiée aux annexes du Moniteur belge du 18 juin 2008 et du 23 septembre 2009.

Dans ces conditions, l'exception ne peut être accueillie.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un premier moyen de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services en ses articles 15 et 21bis, 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 en son article 25, du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, de l'obligation de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Les requérantes soutiennent que la décision d'attribution "ne relate ni n'étaye" le raisonnement tenu par le pouvoir adjudicateur concluant que les prix sont normaux et que les irrégularités affectant l'offre de l'adjudicataire ne sont pas substantielles, que par la motivation, le pouvoir adjudicateur doit expliquer les raisons du choix qu'il a opéré et relater les éléments de droit et de fait qui fondent sa décision, que la motivation peut être succincte mais qu'elle doit faire ressortir que l'offre retenue est l'offre régulière la plus basse, que lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a relevé des prix apparemment anormaux et des divergences techniques, il doit expliquer en quoi ces prix sont normaux et ces divergences non substantielles et que "le candidat ou soumissionnaire est en droit de disposer, au stade de la motivation de l'acte qui lui est communiquée, d'une analyse méthodique et complète des éléments du dossier et que tel n'est pas le cas en l'espèce".

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme qu'une motivation formelle succincte est admise en jurisprudence, en cas de passation d'un marché public par adjudication, comme en l'espèce, que l'acte attaqué énonce les éléments chiffrés nécessaires au contrôle du caractère le plus bas du prix remis et permet de vérifier que la régularité des offres a été contrôlée, qu'il va de soi que l'exigence de motivation formelle est moins sévère lorsqu'il s'agit de déclarer une soumission régulière, que le raisonnement suivi ressort du rapport d'analyse des offres communiqué aux requérantes, que la notification de l'acte attaqué leur permettait de consulter les pièces du dossier, ce qu'elles ont fait, que le raisonnement du rapport d'analyse des offres n'est pas critiquable, que le reproche des requérantes conduit à imposer l'indication des motifs des motifs alors que, selon l'arrêt n° 78.755 du 16 février 1999, il n'y a pas d'obligation à indiquer les motifs des motifs lorsqu'il s'agit de choisir une offre considérée comme régulière.

En réplique, les requérantes font valoir que l'acte attaqué ne mentionne aucunement qu'il est fondé sur un rapport d'évaluation dont elles connaissaient l'existence, qu'après consultation du dossier auprès des services de la partie adverse, elles ont constaté qu'une note au Ministre des Finances intitulée "rapport d'évaluation" montrait que le soumissionnaire SPIE BELGIUM avait été interrogé à propos de plusieurs postes de son offre, qu'aucune trace des échanges et des décisions qui en ont résulté ne se trouve dans la décision qui leur a été communiquée, que selon l'arrêt n° 176.826 du 14 novembre 2007, la décision d'attribution doit faire ressortir en quoi l'offre retenue est régulière, que dans l'acte attaqué, la partie adverse passe sous silence l'analyse de la régularité de l'offre de la société SPIE BELGIUM et recopie le texte de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, qu'il s'agit d'une clause de style qui pourrait constituer la motivation formelle de toute procédure d'adjudication et qui n'est pas adéquate lorsque le soumissionnaire a été interrogé sur

les "difficultés" présentées par son offre, que les éléments de fait et de droit servant de base à l'acte attaqué n'y sont pas mentionnés, qu'ils se trouvent uniquement dans le rapport d'évaluation mais sans qu'aucune référence n'y soit faite dans l'acte attaqué et qu'elles n'ont découvert le rapport d'évaluation qu'après la notification de la décision d'attribution.

Dans leur dernier mémoire, les requérantes réaffirment que l'acte attaqué n'est pas motivé, qu'il ne remplit pas les conditions de la motivation par référence telles que rappelées par l'arrêt n° 220.344 du 19 juillet 2012, qu'il faut que le contenu des pièces auxquelles il est fait référence soit communiqué à l'intéressé, que ces pièces soient elles-mêmes adéquatement motivées, exemptes de contradiction et approuvées dans la décision proprement dite par l'autorité compétente.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient que les requérantes ont pu consulter le dossier administratif le 4 février 2010, qu'elles ont eu immédiatement connaissance de l'acte attaqué, de sa motivation et des motifs la sous-tendant figurant dans le rapport d'évaluation des offres, "à savoir les raisons pour lesquelles l'offre de l'adjudicataire désigné a été jugée régulière" et que le Ministre qui a signé la décision d'attribution s'est approprié le rapport qu'il a reproduit en partie.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'obligation de motivation formelle des actes administratifs de portée individuelle imposée à titre général par la loi du 29 juillet 1991 a fait l'objet d'un aménagement dans la procédure d'attribution des marchés publics.

L'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, tel qu'il était en vigueur à la date de publication de l'avis relatif au marché contesté, n'est pas cité au moyen de manière entièrement pertinente dans la mesure où ce marché n'atteint pas le seuil européen.

Il s'agit en effet d'un marché de travaux dont le montant a été estimé à 1,4 million d'euros, inférieur au seuil européen, fixé alors à 5.150.000 euros, en application de l'arrêté ministériel du 17 décembre 2007, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009.

En son paragraphe 1^{er}, l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 imposait au pouvoir adjudicateur une obligation d'information, entre autres, du soumissionnaire dont l'offre n'avait pas été choisie.

Cette disposition était bien applicable en l'espèce.

Tel n'était pas le cas, en revanche, du paragraphe 2 du même article, imposant de communiquer, entre autres, à tout soumissionnaire dont l'offre n'avait pas été choisie la décision motivée d'attribution du marché, cette obligation ne s'appliquant qu'aux marchés publics obligatoirement soumis à la publicité européenne lors du lancement de la procédure.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur devait informer les requérantes de ce que leur offre n'avait pas été choisie, mais il n'était pas tenu de leur communiquer la décision motivée dès le stade de l'information.

C'est ce qu'il a fait par la lettre du 11 janvier 2010.

Celle-ci ne porte pas en annexe la décision motivée du Ministre des Finances.

Par ailleurs, l'article 25 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, tel qu'applicable au présent marché à conclure par adjudication restreinte, prévoyait une procédure particulière d'information et de prise de connaissance des motifs de l'autorité adjudicatrice.

Son paragraphe 2 était rédigé dans les termes suivants :

- " § 2. Le présent paragraphe s'applique à toutes les procédures de passation lorsque le marché n'est pas soumis à une publicité obligatoire au niveau européen lors du lancement de la procédure. Il ne s'applique pas à la procédure négociée sans publicité.
- Le pouvoir adjudicateur informe immédiatement après la décision d'attribution :
1. les soumissionnaires non-sélectionnés de leur non-sélection;
 2. les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière, du rejet de leur offre;
 3. les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie de ce fait.
- Les soumissionnaires non-sélectionnés, les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie peuvent demander par écrit au pouvoir adjudicateur les motifs de la décision les concernant. Le pouvoir adjudicateur communique ces motifs dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande".

Il n'est pas contesté qu'à l'occasion de la réunion du 4 février 2010, les requérantes ont eu connaissance d'une partie du dossier administratif comprenant la décision attaquée et le rapport d'évaluation.

La décision attaquée n'indique pas en termes exprès qu'elle se réfère à ce rapport.

Il n'en apparaît pas moins que ce rapport y est partiellement reproduit.

On y retrouve, à l'identique, le tableau des candidatures, celui des soumissions déposées et des prix offerts, ainsi que la liste des prix rectifiés.

Dès lors, par la prise de connaissance de la décision du Ministre des Finances et des éléments du rapport d'évaluation qui y figurent, les requérantes ont pu être informées des raisons pour lesquelles l'offre de la société SPIE BELGIUM avait été déclarée régulière.

Le moyen n'est pas fondé.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 110 à 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Elles soutiennent que le pouvoir adjudicateur a interrogé le soumissionnaire sur la régularité de son offre alors qu'en adjudication la réglementation ne prévoit pas cette possibilité de contact, à la différence de ce qui est permis en procédure d'appel d'offres et en procédure négociée, qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a interrogé l'adjudicataire et que la procédure s'en trouve viciée en manière telle que l'acte attaqué doit être annulé.

La partie adverse répond qu'elle a posé des questions à la société SPIE BELGIUM sur deux aspects de son offre, l'enlèvement des armoires de climatisation et la constitution en inox de la tour de refroidissement, ce second point faisant l'objet d'une question à la suite de la réception d'une fiche technique standard transmise par le fournisseur de la société SPIE BELGIUM, que celle-ci s'est limitée à confirmer que les prestations demandées seraient exécutées conformément au cahier spécial des charges pour le prix proposé dans l'offre, que les courriers de la société SPIE BELGIUM en attestent, que ses réponses étaient nécessaires pour juger de la régularité de son offre, qu'il ne peut être fait grief aux services de la partie adverse d'avoir permis à un soumissionnaire de modifier son offre, qu'elle est demeurée dans

les limites prescrites par la doctrine et la jurisprudence à propos des informations de nature à être demandées aux soumissionnaires, que le pouvoir adjudicateur est autorisé à interroger les soumissionnaires à propos de la régularité de leurs offres, que l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 le contraint à cette interrogation concernant des prix en apparence anormalement bas et lui permet d'agir de même pour ce qui concerne les autres irrégularités, que cette disposition ne lui permet évidemment pas de rompre le principe d'égalité entre soumissionnaires en négociant avec l'un d'eux après l'ouverture des offres, que le courrier adressé à société SPIE BELGIUM indiquait qu'il ne pouvait s'agir de modifier l'offre, que la Cour de Cassation estime que le pouvoir adjudicateur tire de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 le pouvoir d'interroger un soumissionnaire sur son intention réelle, que le Conseil d'Etat admet le recours à l'article 115 même pour les adjudications, qu'il en est de même de la doctrine tant qu'il s'agit de préciser ou de compléter la teneur de l'offre, que l'article 115 ne constitue qu'une expression particulière du principe de bonne administration qui permet à l'administration de se procurer l'ensemble des informations nécessaires à la prise d'une décision correcte et que le droit européen reconnaît également cette possibilité.

Les requérantes répliquent qu'aucune disposition de la réglementation ne permet à un pouvoir adjudicateur d'interroger un soumissionnaire à propos d'autres irrégularités que celles des prix anormaux, qu'aucune disposition équivalant à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'existe pour les adjudications, que l'article 111 du même arrêté royal exclut d'interroger un soumissionnaire, que seul l'article 115 tempère l'interdiction de tout contact, qu'en adjudication, le pouvoir adjudicateur doit trancher lui-même les incertitudes, qu'il n'y a pas lieu de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire s'il est possible de l'interroger, que même si l'article 115 était applicable en adjudication, la question ne pouvait être posée ni la réponse prise en compte, que l'échange de courriers a eu pour effet de couvrir l'irrégularité de la soumission de la société SPIE BELGIUM, que le but de l'article 115 n'est pas de permettre la couverture d'une irrégularité, ce que confirme la jurisprudence du Conseil d'Etat, que permettre à un soumissionnaire de réaménager sur son offre après son ouverture serait contraire au principe d'égalité de traitement, qu'après l'ouverture des offres, plus aucun changement ne peut être admis et que la question relative au matériau de la tour ne pouvait être posée, pas plus qu'il ne pouvait être tenu compte de la réponse qui a pour effet de rendre régulière, en la modifiant, une offre qui ne l'était pas.

Dans leur dernier mémoire, les requérantes renvoient au contenu de leur requête et à leur mémoire en réplique.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ni dans la décision du Ministre des Finances du 8 janvier 2010, ni dans le rapport d'évaluation, il n'est fait mention de l'article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

L'autorité adjudicatrice n'a pas considéré que la soumission de la société SPIE BELGIUM était, pour ce qui concerne les tours de refroidissement, entachée d'erreurs et n'a pas entendu les rectifier en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire.

Le moyen manque en fait en ce qu'il invoque la violation de cette disposition.

Par contre, la partie adverse a fait application de l'article 112 du même arrêté royal.

Les requérantes n'articulent cependant aucun grief relatif à la procédure suivie par la partie adverse à l'occasion de l'examen des lacunes que la société SPIE BELGIUM estimait devoir relever dans le métré récapitulatif.

Le moyen manque en fait en ce qu'il invoque la violation de cette disposition.

L'article 113 du même arrêté royal traite du classement des variantes ou des groupements de lots et des offres écrites de rabais en cas de proposition de prix le plus bas identique.

Cette disposition est restée sans application en l'espèce.

Le moyen manque en fait en ce qu'il invoque la violation de cette disposition.

C'est à juste titre que les requérantes constatent que, pour les procédures d'adjudication, il n'existe pas de disposition identique à celle de l'avant-dernier alinéa de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précisant que le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire compléter ou préciser la teneur de leurs offres.

Il ne s'en déduit toutefois pas qu'à l'occasion de l'examen de la régularité des soumissions au cours d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur se verrait interdire de rechercher des informations auprès des soumissionnaires.

L'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 a été mis en œuvre par la partie adverse pour ce qui concerne les tours de refroidissement et les armoires climatiques.

Cette disposition prévoit qu'avant d'écarter une offre en raison du caractère anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires.

Sur cette base, le pouvoir adjudicateur qui a relevé qu'un prix paraissait anormalement bas pour un matériel doit pouvoir demander, notamment, la production de la fiche technique du matériel proposé par le soumissionnaire, alors que cette fiche technique ne devait pas être déposée avec la soumission.

Si les services de la partie adverse avaient eu l'intention d'éliminer la société SPIE BELGIUM du chef de postes détectés comme comportant des prix apparemment anormalement bas, ils auraient été tenus de l'interroger et elle aurait déposé la fiche technique à l'appui de sa réponse pour établir l'adéquation du matériel aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

Le contact entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire n'est pas exclu, pourvu qu'il intervienne avant l'attribution du marché et qu'il vise à faire préciser ou compléter le contenu de l'offre.

En ce sens, la fiche technique des tours de refroidissement, qui ne devait pas obligatoirement accompagner l'offre de la société SPIE, a pu servir à en préciser la teneur.

Le moyen n'est pas fondé.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un troisième moyen de la méconnaissance de la loi du 24 décembre 1993, notamment de son article 15, de l'arrêté royal du 8 janvier

1996, notamment de ses articles 89, 110, "ainsi que 11 à 113", du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et de l'obligation de transparence, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de bonne administration.

Elles font valoir que l'offre de la société SPIE BELGIUM était irrégulière en ce qu'elle dérogeait aux prescriptions techniques énoncées dans le cahier spécial des charges, spécialement en ce qui concerne la tour de refroidissement et les armoires climatiques, que cette offre présentait des prix anormaux quant à ces postes, que le pouvoir adjudicateur ne peut permettre à un soumissionnaire de couvrir une irrégularité et que "les dispositions visées au moyen supposent que, lorsque le pouvoir adjudicateur interroge un candidat quant au caractère anormal de son prix sur un ou plusieurs postes, il examine en quoi les explications fournies permettent de comprendre pourquoi le prix proposé est normal ; quod non en l'espèce".

La partie adverse répond que l'offre de la société SPIE BELGIUM est régulière, que les réponses contenues dans les courriers des 5 et 13 novembre 2009 le confirme, que cette société a établi que son prix recouvrait les exigences du cahier spécial des charges sur les deux points pour lesquels elle était interrogée, à savoir l'élimination des anciennes armoires climatiques et la constitution de la tour de refroidissement en inox, qu'il n'y a dès lors pas lieu de discuter du caractère essentiel des dispositions du cahier spécial des charges et de la couverture de l'irrégularité, que, pour ce qui concerne les prix anormalement bas en apparence, la note au Ministre des Finances - le rapport d'attribution - fait ressortir que la société SPIE BELGIUM a été interrogée sur plusieurs prix et qu'elle a remis des justifications qui ont été examinées ensuite sérieusement, que, pour les postes 100, 102, 104, 106 et 120 du métré récapitulatif, relatifs à des prestations de raccordement, la société SPIE BELGIUM a expliqué que les prix mentionnés recouvraient uniquement le raccordement et qu'ils étaient donc normaux tandis que la fourniture et la pose du câble étaient incluses dans d'autres postes du métré récapitulatif, que la différence de prix n'est pas élevée par rapport à l'estimation budgétaire, que, pour les postes 141, 143 et 144 du métré récapitulatif, à savoir les armoires climatiques, la tour de refroidissement et le groupe d'air, il a été tenu compte de la possibilité de proposer un matériel équivalent à celui décrit au cahier spécial des charges pour autant qu'il satisfasse aux spécifications de celui-ci, que les explications de la société SPIE BELGIUM sont accompagnées des fiches techniques, que, selon cette société, le métré récapitulatif contenait des lacunes pour les armoires climatiques et la tour, que les prestations manquantes ont été inscrites dans la partie D réservée aux lacunes, que ses services ont considéré que rien ne permettait de déclarer le matériel non conforme, que les postes ajoutés en partie D expliquent en partie le prix en apparence anormalement bas des équipements HVAC et que la différence de prix est due à une interprétation différente du contenu de

certaines postes du métré récapitulatif, ce qui a pu être accepté par ses services sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation.

Les requérantes répliquent que l'exigence relative au matériau de la tour de refroidissement est substantielle, qu'elle est formulée clairement au point 03.02.01.b. du cahier spécial des charges qui prévoit l'inox comme matériel, qu'elle s'explique par les contraintes de fonctionnement continu et de résistance aux conditions météorologiques, le matériel étant situé à l'extérieur, que la partie adverse a attendu d'avoir la certitude que la société SPIE BELGIUM proposait une tour en inox, que cela ressort de la page 23 du rapport d'évaluation du 30 novembre 2009, que, pour arriver à la conclusion de la régularité de l'offre de la société SPIE BELGIUM, il a fallu admettre la remise d'une fiche technique initialement omise ainsi que la modification des termes de cette fiche, qu'à l'ouverture des offres, celle de la société SPIE BELGIUM n'indiquait pas le matériau du corps de refroidissement, que c'est par une déclaration complémentaire du 5 novembre 2009 que le matériau de la tour a été connu, que la régularité d'une soumission s'apprécie sur la base des soumissions mêmes et non sur la base de déclarations complémentaires, que c'était l'offre de la société SPIE BELGIUM qui devait préciser que la tour de refroidissement était en inox, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait que constater l'irrégularité de cette offre puisqu'elle ne contenait pas un engagement ferme sur un prix et sur un objet, que, dans le courrier du 5 novembre, la société SPIE BELGIUM indique que du matériel différent d'une marque différente mais de caractéristiques et de performances équivalentes peut être présenté, que l'offre de la société SPIE BELGIUM était ainsi affectée d'une réserve, que le courrier du 5 novembre 2009 contient une fiche technique indiquant que la carcasse de la tour pouvait être livrée en acier ou en inox, moyennant un supplément de prix indéterminé, que soit l'offre ne correspondait pas aux prescriptions techniques, soit c'est son prix même qui était remis en question, que l'offre déposée ne constituait pas un engagement ferme d'effectuer la prestation conforme au cahier spécial des charges pour un prix déterminé, que le courrier du 10 novembre 2009 émanant de la partie adverse pose clairement la question du prix de la tour, qu'à ce moment, l'offre de la société SPIE BELGIUM n'était toujours pas constitutive d'un engagement ferme de se conformer sans réserves aux clauses du marché pour un prix déterminé, que la société SPIE BELGIUM s'est empressée de répondre que son offre portait sur une tour en inox ce qui est contredit par sa précédente proposition selon laquelle la tour était en tôle galvanisée mais pouvait être livrée en inox moyennant supplément de prix, qu'il s'agit d'une modification de l'offre postérieure à l'ouverture et partant irrégulière puisque la société SPIE BELGIUM a proposé l'inox au prix de la tôle galvanisée alors que la fiche technique indiquait que l'inox était plus cher, qu'il importe peu que la fiche soit un document standard transmis par le fournisseur, que la société SPIE BELGIUM a

remis ce document comme faisant partie de son offre qui devait être déclarée irrégulière et que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et manqué à ses obligations de minutie et de correct examen des offres.

Dans leur dernier mémoire, les requérantes soutiennent que la partie adverse n'a pas correctement examiné les justifications du caractère normal de certains prix tels qu'avancés par la société SPIE BELGIUM pour ce qui concerne les postes du mètre 100 à 106 - raccordement, qu'il ressort du rapport d'attribution que la société SPIE BELGIUM n'y a compté que le raccordement du câble, les autres travaux et fournitures étant compris dans d'autres postes du mètre, qu'en application de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les prix des postes du mètre doivent être établis d'une manière qui corresponde à la valeur réelle du poste alors que la société SPIE BELGIUM écrit qu'il y a lieu de se référer à d'autres postes qu'elle n'identifie pas pour comprendre les prix qu'elle propose pour les postes 100 à 106.

Les requérantes concluent que l'offre initiale de la société SPIE BELGIUM était irrégulière et que le marché aurait dû leur être attribué puisqu'elles étaient classées seconde.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse se réfère intégralement aux développements contenus dans son mémoire en réponse.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges n'a pas prévu que les soumissionnaires joignent en annexe à leur offre les documents relatifs aux fournitures précises qu'ils entendaient mettre en œuvre pour satisfaire aux conditions de régularité technique pas plus que l'éventuelle sanction liée à un défaut de cette documentation.

Pour ce qui concerne les tours de refroidissement, le cahier spécial des charges traite de celles-ci en pages 17, 18 et 19 des clauses techniques, partie 2.2, H.V.A.C., et le point 03.02.02.C. requiert uniquement la communication de documents relatifs à ces tours "à la commande et avant l'installation".

Il ne s'agit dès lors pas de documents à joindre à la soumission et destinés à informer la partie adverse quant au matériel proposé.

La documentation technique jointe à la réponse de la société SPIE BELGIUM, faisant suite à l'interpellation par les services de la partie adverse à

propos du prix en apparence anormalement bas des tours de refroidissement, mentionnait un supplément de prix pour ces tours fournies avec une tôle en inox.

Il n'en résultait nullement que l'offre de cette société ne comportait pas le prix pour les tours avec tôle en inox.

La phrase relative au supplément de prix ne figure pas dans le courrier adressé aux services de la partie adverse le 5 novembre 2009 mais dans la notice technique de la tour de refroidissement.

Pour ce qui concerne la prétendue absence d'engagement à propos des tours de refroidissement, les requérantes ne précisent pas quelles dispositions du cahier spécial des charges ou de la réglementation auraient imposé au soumissionnaire de fournir un appareil d'un type déterminé en excluant son équivalent.

Pour ce qui concerne les armoires climatiques, les requérantes n'apportent aucun élément particulier à propos des prétendues irrégularités qui les affecteraient.

L'analyse figurant au rapport d'évaluation des offres adressé au Ministre des Finances permet de comprendre la démarche de la partie adverse dans l'examen des prix apparemment anormalement bas pour ces deux fournitures.

Concernant le poste 141- Armoire climatique et le poste 143 - Tour de refroidissement, la partie adverse a pu conclure que la différence de prix pouvait s'expliquer "par une interprétation différente des postes du métré et par le fait que certains postes de dépense ont été isolés dans un poste à part du volet D [lacunes]" de l'offre de la société SPIE BELGIUM.

Quant au reproche formulé par les requérantes dans leur dernier mémoire au sujet des postes du métré 100 à 106 - raccordement, en admettant qu'il ne soit pas tardif alors qu'il repose sur des éléments dont les requérantes ont pu prendre connaissance par la consultation des pièces de la procédure, il ne peut être retenu. En effet, les requérantes restent en défaut d'établir que, pour les postes visés, la société SPIE BELGIUM n'aurait pas précisé leur valeur réelle par le fait que le rapport d'évaluation porte qu'à leur sujet, la société SPIE BELGIUM n'a compté que le raccordement du câble, les autres prestations étant comprises dans d'autres postes du métré.

Le moyen n'est pas fondé.

VIII. CONFIDENTIALITE PARTIELLE DU DOSSIER ADMINISTRATIF

VIII. 1. Thèse des parties

La partie adverse a rangé quatre pièces du dossier administratif dans un inventaire qu'elle qualifie de confidentiel.

Dans leur dernier mémoire, les requérantes soutiennent que la confidentialité est et doit rester l'exception.

Elles font valoir que la partie adverse ne justifie pas le caractère confidentiel des pièces qu'elle répertorie comme telles et que la société SPIE BELGIUM ne s'est pas portée partie intervenante dans la présente procédure.

Elles demandent que ces pièces soient produites au débat contradictoire.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient qu'elle s'est conformée à l'obligation de confidentialité en déposant à ce titre les offres et les pièces contenant des détails techniques et financiers de celles-ci.

Elle se réclame notamment de l'article 21bis, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 et affirme que l'introduction d'un recours ne peut être l'occasion pour le requérant de recueillir des informations de nature à nuire au secret des affaires de ses concurrents, qu'en l'espèce, les requérantes ont pu disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour examiner et critiquer le raisonnement suivi par la partie adverse sans qu'elles doivent avoir accès à l'ensemble de l'offre et des prix remis par l'adjudicataire ainsi qu'à la fiche technique dont celui-ci est en droit de voir la confidentialité garantie.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Tel qu'en vigueur à la date de la décision attaquée, l'article 21bis, § 3 de la loi du 24 décembre 1993 portait ce qui suit :

" Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises".

Sur la base de la disposition précitée, il revenait au pouvoir adjudicateur de ne pas communiquer certains renseignements, notamment lorsque leur divulgation était de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou à nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a pu estimer que l'offre de la société SPIE BELGIUM et celle des requérantes, de même que le tableau de comparaison des prix et rapport d'évaluation technique et la fiche technique accompagnant le courrier du 5 novembre 2009, devaient demeurer confidentiels.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de lever cette confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

L'offre des sociétés anonymes AXIMA CONTRACTING et FABRICOM, ainsi que celle de la société SPIE BELGIUM, de même que le tableau de comparaison des prix et rapport d'évaluation technique et la fiche technique accompagnant le courrier du 5 novembre 2009, demeureront confidentiels.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.