

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.422 du 2 décembre 2014

G./A.204.777/VI-19.580

En cause : **la société anonyme CIT BLATON,**

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX
et Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 mai 2012, la société anonyme CIT BLATON demande l'annulation de "la décision du 8 mars 2012 prise par la S.A. de droit public INFRABEL lui notifiée par fax du 9 mars 2012, par laquelle elle n'a pas retenu son offre, dans le cadre de la procédure négociée avec publicité ayant pour objet le lot 2 du marché relatif à la démolition et à la reconstruction du bâtiment 4S, rue Ernest Solvay et à la création du nouveau centre administratif et technique d'Infrabel «Espace Solvay», régie par le cahier spécial des charges n° 42/54/4/11/053".

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 8 octobre 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 19 novembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Nathanaëlle MICHEL, loco Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Nathalie FRANCOIS, loco Me Bruno LOMBAERT, 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. Par un avis de marché du 9 novembre 2010, la société anonyme INFRABEL publie un avis de marché de travaux - secteurs spéciaux - au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications afin de procéder à la démolition et à la reconstruction du bâtiment S4, sis rue Ernest Solvay et à la création du nouveau centre administratif et technique d'INFRABEL "Espace Solvay" Lot n° 1 : gros œuvre - Lot n° 2 : finition et équipements. Le mode de passation du marché retenu est celui de la procédure négociée avec publicité.

III. 2. Le 20 octobre 2011, la partie adverse informe douze candidats que leurs candidatures ont été retenues dans le cadre du lot n° 2 et leur communique le cahier spécial des charges. L'article 1^{er} de ce cahier spécial des charges indique que les articles "77 à 90, 100, § 1 et 2, 104 et 105" du titre 7 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux sont d'application.

III. 3. Le 24 novembre 2011, la séance d'ouverture publique des offres révèle que trois offres ont été déposées pour le lot n° 2, soit celle de la requérante et celles des sociétés anonymes STRABAG et GROUPE THIRAN. Le prix proposé par la partie requérante est de 4.731.706 euros HTVA, celui de la société STRABAG de 3.568.942,40 euros HTVA et celui de la société GROUPE THIRAN de 3.540.388,59 euros HTVA. Dans ces deux dernières offres, aucun prix n'a, toutefois, été remis pour quatre sections des huit sections du métré récapitulatif du cahier spécial des charges.

III. 4. Le même 24 novembre 2011, la partie adverse écrit à la société STRABAG et à la société GROUPE THIRAN pour les inviter à compléter leurs offres avant le 2 décembre 2011 à 16 heures.

III. 5. Le 2 décembre 2011, la société STRABAG envoie à la partie adverse "le nouveau formulaire de soumission et le nouveau bordereau de prix". Le nouveau montant total proposé est inférieur à celui proposé par la partie requérante (environ 220.000 euros).

III. 6. La société GROUPE THIRAN fait de même le même jour. Le nouveau montant total proposé est inférieur à celui proposé par la partie requérante.

III. 7. Le 9 décembre 2011, la partie adverse invite les trois soumissionnaires, à savoir la requérante et les deux sociétés précitées, à remettre leur "BAFO" (Best and Final Offer) endéans les 8 jours francs de la transmission de la demande.

III. 8. Le 15 décembre 2011, la société GROUPE THIRAN annonce maintenir son prix du 9 décembre 2011.

III. 9. Le 16 décembre 2011, la requérante transmet sa BAFO à la partie adverse. Le prix proposé est inférieur d'environ 100.000 euros par rapport au montant initial. Ce même jour, la société STRABAG annonce une remise commerciale de 1%.

III. 10. Le 8 mars 2012, la partie adverse attribue le marché à la société STRABAG.

Il s'agit de la décision attaquée qui se présente comme suit :

" DÉCISION MOTIVÉE D'ATTRIBUTION

Ligne n° 37 - Liège - Guillemins / Aachen HBF - BK 100.800 - Ville de Liège - Démolition et reconstruction du bâtiment S4, rue Solvay - Création du nouveau centre administratif et technique d'Infrabel « Espace Solvay ».
Cahier spécial des charges (CSC) n° 42/54/4/11/053 - Lot 2

Lot 2 - Finitions et équipements.

Autorité adjudicatrice: Infrabel - Direction Infrastructure - Zone Liège - Rue des Guillemins, 26/007- 4000 Liège.

Marché de travaux - agréation requise : catégorie D, classe 8.

Procédure négociée avec publicité préalable.

Douze (12) candidats ont été sélectionnés. - voir liste en annexe.

L'ouverture des offres a eu lieu à Liège le 24/11/2011 à 14 heures.

Trois offres ont été reçues pour ce lot 2.

La société momentanée TWT sa & P. Roegiers et la sa J.Wust se sont désistées.

Lors de la première remise d'offres, deux soumissionnaires ont signalé qu'ils n'étaient pas en mesure de remettre prix pour certains postes.

Il a été décidé de permettre aux deux soumissionnaires en question de compléter leurs offres sur les postes concernés.

Il faut noter que même s'il s'était agi d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres, Infrabel aurait eu le choix, en vertu de la réglementation applicable, soit d'écarter les offres en question, soit de calculer elle-même les prix des postes manquants. S'agissant d'une procédure négociée, qui offre, par nature, nettement plus de liberté d'action au pouvoir adjudicateur (évidemment dans le respect du principe de l'égalité entre soumissionnaires), il a été décidé de permettre aux deux soumissionnaires en question de compléter leurs offres sur les postes concernés.

Il n'aurait cependant pas été conforme au principe de l'égalité entre soumissionnaires de permettre à ces soumissionnaires de compléter ainsi leurs offres, sur plusieurs postes, sans offrir au troisième la possibilité d'améliorer la sienne, il a donc été décidé d'effectuer simultanément une demande de BAFO aux trois soumissionnaires en vue d'obtenir leurs meilleurs prix.

Sur base des critères d'attribution du CSC et des "BAFO reçues", le classement est le suivant :

Firme	Montant des travaux en €	Points obtenus sur base des 2 critères d'attribution du CSC art. 110bis (*)
Sa Strabag Belguim	4.467.343,09	100
Sa CIT Blaton	4.630.345,70	97,18
Sa Groupe Thiran	4.482.259,61	96,77

(*) Motivation en annexe

L'offre de l'A.M. Strabag Belgium est dès lors la plus intéressante au regard des deux critères d'attribution.

Proposition de décision

Attribution du marché à la sa Strabag Belgium qui a introduit l'offre la plus avantageuse, pour ce lot 2.

Montant de la soumission : € 4.467.343,09 (hors TVA).

Les dépenses sont à charge du programme des investissements du SPF Mobilité & Transport

[Signatures]".

L'annexe à laquelle la décision attaquée fait référence se présente comme suit :

" Espace Solvay – Lot 2
CSC n° 42/54/4/11/053 I.611-S. 74 - 26/01/2012 - 01/02/2012
Situation après BAFO - second temps - art. 110 bis du CSC

1) PRIX - 80 points

Les points ont été attribués de façon proportionnelle.
L'offre la plus basse a donc 80 points (100%), les autres voient leur cotation diminuée plus elles s'écartent du prix le plus bas.

	1	2	3
	Strabag	Gr Thiran	CIT Blaton
Montant total des travaux	4.467.343,09 €	4.482.259,60 €	4.630.345,70€
POINTS	80,00	79,73	77,18

2) DELAI - 20 points

Même règle que pour le 1^{er} critère

	1	2	3
	Strabag	Gr Thiran	CIT Blaton
Délai	230	270	230
POINTS	20,00	17,04	20,00
Total :	100,00	96,77	97,18

NB : délai imposé par le CSC: de 230 à 270 jc".

III. 11. Le 9 mars 2012, la partie adverse informe la requérante de sa décision du 8 mars 2012. Une copie de cette décision et de son annexe est jointe au courrier de notification.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1 Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 2 et 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du principe de l'égalité entre soumissionnaires, du principe de concurrence et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait valoir que la partie adverse se devait d'écarter les offres de la société anonyme STRABAG et de la société anonyme GROUPE THIRAN, à défaut

de quoi elle a violé le principe d'égalité entre soumissionnaires, corollaire du principe de concurrence.

Elle fait valoir, dans ce qui s'analyse comme une première branche, que la partie adverse a porté atteinte à l'égalité en accordant un délai supplémentaire pour la rédaction d'une offre complète aux deux autres soumissionnaires. A cet égard, elle souligne que les clauses administratives du cahier spécial des charges fixaient une date limite de réception des offres, à savoir le 24 novembre 2011 à 14 heures et que cette date s'imposait à tous les soumissionnaires. Cette date limite constituait, selon elle, le cadre dans lequel ils devaient étudier le marché et chiffrer leur offre. L'égalité dans la mise en concurrence imposait dès lors de respecter ce délai.

Dans ce qui se lit comme une deuxième branche, la requérante soutient que la partie adverse a aussi faussé la concurrence en permettant à ses deux concurrentes de "s'enquérir d'une manière ou d'une autre" du prix qu'elle avait soumis. Elle indique ainsi que le cahier des charges prévoyait en effet une ouverture publique des offres et que ses concurrentes, qui étaient présentes à cette séance, ont dès lors pu avoir connaissance des prix totaux proposés par elle, alors qu'elle était le seul soumissionnaire à remettre une offre complète. Elle estime que permettre à certains soumissionnaires de compléter leur offre incomplète après l'ouverture publique des offres, c'est-à-dire après qu'ils aient pu avoir connaissance des prix qu'elle avait proposés, a incontestablement constitué une violation du principe d'égalité entre soumissionnaires. Elle fait valoir, qu'"il suffit en effet que les conditions de stricte égalité aient pu être compromises pour que cette égalité soit compromise, compte tenu des possibilités non sérieusement contestables de fuite une fois les offres ouvertes".

La partie requérante fait valoir, dans une troisième branche que la partie adverse n'a en aucun cas rétabli l'égalité entre concurrents en offrant aux trois soumissionnaires la possibilité de remettre une "BAFO". Il lui était, en effet, impossible d'avoir accès à une quelconque information quant au prix total originaire de ses deux concurrentes, puisqu'à l'ouverture publique des offres celles-ci n'avaient pas remis de prix pour certains postes. Elle a donc dû préparer sa "BAFO" dans des conditions qui n'étaient pas celles de ses deux concurrentes. La possibilité qui lui a été donnée de déposer une "BAFO" n'a donc certainement pas rétabli la concurrence et l'égalité entre soumissionnaires. La requérante rappelle que, dans le cadre de cette procédure négociée, le prix représente 80 % des points octroyés sur la base des critères d'attribution et constitue donc le critère d'attribution principal du marché. Ainsi, tout soumissionnaire en mesure de remettre sa dernière meilleure offre en connaissant le prix remis par un concurrent avait incontestablement un avantage déterminant pour obtenir le marché. Elle considère à cet égard qu'il suffit de constater

que, suite à la possibilité qui leur a été donnée de compléter leur offre, la société STRABAG et la société GROUPE THIRAN ont toutes deux aligné leurs prix juste en-dessous du prix qu'elle avait elle-même remis.

La partie requérante conclut que la partie adverse a incontestablement méconnu les dispositions et principes visés dans le moyen.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond en s'appuyant sur des arrêts du Conseil d'Etat. Elle rappelle que l'autorité dispose dans le cadre de la procédure négociée d'une marge de manœuvre la plus ample qu'il soit, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une telle procédure ne pouvant cependant s'exercer arbitrairement et étant notamment soumis au respect des règles de "bonne administration", telles que le principe d'égalité entre soumissionnaires ou la comparaison effective des offres. En ce qui concerne plus particulièrement le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, elle expose que celui-ci n'est pas violé lorsqu'il apparaît que les soumissionnaires ont eu les mêmes chances de remettre une offre, qu'ils ont eu accès aux mêmes informations et que leurs offres ont effectivement été comparées en fonction de tous les éléments que le pouvoir adjudicateur avait indiqués dans son invitation à participer. Quant au cas d'espèce, la partie adverse soutient que tous les soumissionnaires au marché litigieux ont été traités sur un strict pied d'égalité, et ce à tous les stades de la procédure d'attribution du marché. Elle rappelle que le cahier spécial des charges fixait comme date limite de réception des offres le 24 novembre 2011 à 14 heures, mais qu'à cette date, deux des trois offres reçues par la partie adverse présentaient un caractère incomplet. En effet, les offres de la société STRABAG BELGIUM et de la société GROUPE THIRAN n'étaient pas complètes en ce qui concerne les prix proposés dans les métrés, puisque certains postes de leur prix devaient encore être complétés. Face à ce constat, la partie adverse a décidé d'octroyer un délai supplémentaire à ces deux sociétés, dans le but de compléter les métrés récapitulatifs de leurs offres. Elle estime que cette décision était entièrement compatible avec la large liberté de négociation qu'implique le recours à la procédure négociée et que, dans l'exercice de cette liberté de négociation, elle n'a pas violé le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. En effet, la partie adverse ne voit pas comment un pouvoir adjudicateur pourrait se rendre compte d'éléments manquants dans une offre déposée par un soumissionnaire si ce n'est après l'ouverture de celle-ci. La décision d'octroyer un délai supplémentaire à ces deux soumissionnaires ne pouvait donc nécessairement intervenir qu'après l'ouverture des offres le 24 novembre 2011 et après le constat qu'ils n'avaient pas remis d'offres complètes. La partie adverse note, à cet égard, que, dans un arrêt n° 162.776 du 27

septembre 2006, le Conseil d'Etat a jugé que le fait d'offrir aux soumissionnaires la possibilité d'offrir un nouveau prix même dans l'hypothèse où les prix des offres étaient bien connus de l'ensemble des soumissionnaires dès le début de la procédure négociée n'est pas en soi constitutif d'une violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La partie adverse fait ensuite valoir qu'elle a octroyé à l'ensemble des soumissionnaires un délai supplémentaire en vue de déposer une "BAFO". Les soumissionnaires se sont, par conséquent, trouvés, selon elle, dans une situation parfaitement identique pour la préparation desdites offres, puisque les prix qu'ils avaient proposés dans leurs offres du 24 novembre 2011 n'étaient pas connus, si ce n'est de la partie adverse. Elle expose, en effet, que le 24 novembre 2011, la séance était uniquement "publique" en ce que les soumissionnaires étaient autorisés à y assister, mais qu'il n'y a pas eu de proclamation publique des prix des offres. Elle indique que de ce point de vue, le procès-verbal d'ouverture des offres contient une erreur matérielle en ce que le terme "proclamé" n'a pas été biffé dans le formulaire standard, alors qu'il aurait dû l'être. Elle considère donc que la partie requérante soutient gratuitement et sans apporter le moindre commencement de preuve que ses deux concurrents auraient reçu, par l'ouverture "publique" des offres, la possibilité de s'enquérir d'une manière ou d'une autre du prix de son offre. En conséquence, dès lors que les soumissionnaires n'ont pas connu les prix proposés par leurs concurrents dans les offres du 24 novembre 2011, ils étaient placés sur un parfait pied d'égalité lors de la préparation de leur "*best and final offer*".

Selon la partie adverse, le délai qui a été accordé après l'ouverture des offres aux sociétés STRABAG et GROUPE THIRAN importe peu dès lors que tous les soumissionnaires ont pu ensuite formuler une "BAFO" dans des conditions identiques. Elle en conclut qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité entre soumissionnaires.

C. Mémoire en réplique

La requérante reproduit les termes de sa requête et fait valoir que le procès-verbal d'ouverture des offres indique que les prix ont été proclamés. Elle ajoute qu'en outre, l'opportunité de déposer une "BAFO" a été donnée aux trois soumissionnaires, qu'en comptant le délai supplémentaire qui leur a été laissé suite à l'ouverture des offres, les sociétés STRABAG et GROUPE THIRAN ont donc obtenu deux chances d'améliorer leur offre alors que la requérante n'en a obtenu qu'une. La possibilité de déposer une "BAFO" n'a donc certainement pas rétabli l'égalité entre les soumissionnaires et la concurrence. En conséquence, la partie requérante estime

que la partie adverse n'a pas veillé à ce que tous les soumissionnaires soient placés dans des conditions identiques pour établir leur offre dès lors qu'elle a laissé un délai supplémentaire à deux soumissionnaires mais pas au troisième. Ces deux concurrentes ont donc été placées dans une situation leur permettant de s'enquérir d'une façon ou d'une autre des prix de la requérante et d'améliorer leur offre sur cette base, le critère "prix" représentant 80% des points octroyés.

La partie requérante réplique, par ailleurs, que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 162.776 du 27 septembre 2006, cité par la partie adverse, n'est pas transposable en l'espèce dès lors qu'il vise l'hypothèse où tous les soumissionnaires ont eu la possibilité de proposer un nouveau prix en connaissant le prix de leurs concurrents. Elle rappelle que dans cet arrêt, le Conseil d'État a d'ailleurs considéré qu'il n'y avait pas violation du principe d'égalité entre soumissionnaires au motif "qu'il ressort du dossier que tous les soumissionnaires contactés ont été traités de manière identique, chacun disposant des mêmes informations et étant mis en mesure d'abaisser son offre en tenant compte du montant de la meilleure offre faite à la partie adverse et dont elle avait informé les soumissionnaires", ce qui n'est précisément pas le cas en l'espèce dès lors que la requérante n'a pas eu la possibilité de s'enquérir du prix de ses concurrentes et d'améliorer son offre sur cette base. Elle fait encore valoir que la partie adverse n'a pas respecté les règles relatives à l'ouverture des offres qu'elle s'était fixées dans le cahier spécial des charges. Ainsi, en fixant l'ouverture des offres au 24 novembre 2011 à 14 heures, la partie adverse s'est obligée à réceptionner toutes les offres, complètes ou non, à cette date et ne pouvait pas octroyer un délai supplémentaire à certains soumissionnaires pour achever leur offre sans violer le principe de concurrence et l'égalité entre soumissionnaires.

Elle conclut que la partie adverse a incontestablement méconnu les dispositions et principes visés dans le moyen.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse répète dans son dernier mémoire qu'il n'y a pas eu de proclamation des prix lors de la séance d'ouverture des offres. Elle ne conteste pas que le procès-verbal d'ouverture des offres contient la mention de la proclamation des offres, mais soutient qu'il est incontestable que ce procès-verbal est établi sur la base d'un modèle type qui est utilisé par la partie adverse pour tout type d'attribution de marché. Elle ajoute que la mention de la proclamation des résultats n'est, de toute évidence, applicable qu'à la procédure d'adjudication publique ou restreinte et non à une procédure négociée. La partie requérante réitère en conséquence son affirmation selon laquelle le défaut de biffure de cette mention résulte d'une simple erreur

matérielle. Elle joint à son dernier mémoire deux attestations sur l'honneur émanant du président et de l'assesseur ayant dressé le procès-verbal d'ouverture des offres, ainsi qu'un procès-verbal rectificatif du procès-verbal du 24 novembre 2011. Les déclarations sur l'honneur sont datées respectivement du 14 et du 7 juillet 2014. Le procès-verbal rectificatif est daté du 14 juillet 2014.

La partie adverse attire également l'attention sur le fait que la partie requérante n'affirme nullement ni dans sa requête, ni dans son mémoire en réplique qu'il y aurait eu une proclamation de prix à la séance d'ouverture des offres. Selon la partie adverse, la partie requérante se contente de recourir à une formulation vague indiquant que ses concurrentes auraient pu "s'enquérir d'une manière ou d'une autre" du prix qu'elle avait proposé. Une telle formulation semble contredire qu'il y ait eu proclamation publique, car si tel avait été le cas, il n'aurait plus été nécessaire d'entreprendre des enquêtes pour connaître le prix de la requérante. La partie adverse en conclut que la requérante ne semble elle-même pas contester qu'il n'y a pas eu une telle proclamation.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante demande que les pièces jointes au dernier mémoire de la partie adverse soient écartées des débats. Elle explique, en effet, que la partie adverse était tenue de déposer le dossier administratif complet dans le délai de soixante jours à dater de la notification de la requête, conformément à l'article 6, § 2, du règlement général de procédure. Elle ajoute que ces pièces établies au mois de juillet 2014 ont manifestement été rédigées pour les besoins de la cause, "dans le seul but de contredire le rapport de Monsieur le Premier Auditeur chef de section, ce qui permet de douter légitimement de leur bien-fondé". Elle estime qu'une telle rectification de l'acte authentique que constitue le procès-verbal d'ouverture des offres n'est pas admissible.

La partie requérante rappelle ensuite les termes de son mémoire en réplique pour en conclure que sa formulation "n'exclut en rien qu'il y ait pu y avoir proclamation des prix, au contraire de ce que soutient la partie adverse". Elle considère qu'il y a lieu en conséquence de s'en tenir au contenu du dossier administratif, déposé en même temps que le mémoire en réponse et qui fonde la décision d'attribution.

Indépendamment de la circonstance que deux soumissionnaires concurrents ont pu avoir connaissance du prix qu'elle avait remis, la partie requérante fait valoir que la partie adverse n'a, en toute hypothèse, pas respecté l'égalité entre les

soumissionnaires. La partie adverse a, en effet, reconnu dans la décision d'attribution que le fait d'octroyer un délai supplémentaire à ces deux soumissionnaires ne respecte pas le principe d'égalité. Or, selon la requérante et contrairement à ce que soutient la partie adverse, cette dernière n'a nullement remédié à cette rupture de l'égalité en permettant à tous les soumissionnaires d'améliorer leur offre au moyen d'une "BAFO". En effet, indique la requérante, la partie adverse n'a pas pu rétablir l'égalité en accordant pour la deuxième fois la possibilité à ces soumissionnaires d'améliorer leur offre, alors que la requérante n'a pu, quant à elle, l'améliorer qu'une seule fois. Au demeurant, la date d'ouverture des offres s'imposait à tous les soumissionnaires, de sorte que l'offre déposée après ce délai ne pouvait faire l'objet de négociations.

IV.2 Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

L'article 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne s'applique pas aux secteurs spéciaux, catégorie dans laquelle s'inscrit le marché litigieux. Le moyen est dès lors irrecevable en ce qu'il vise une disposition qui ne s'applique pas.

B. Quant à la prise en considération de pièces nouvelles

L'article 6, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat prévoit que:

" [...] § 2. Si le dossier administratif est en la possession de la partie adverse, celle-ci a soixante jours pour transmettre au greffe un mémoire en réponse ainsi que le dossier administratif complet".

Sans préjudice des mesures d'instruction prises conformément aux articles 21 et suivants des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, cette disposition exclut, en principe, que la partie adverse puisse modifier le dossier administratif après l'expiration de ce délai.

En l'espèce, comme cela a été indiqué plus haut, la partie adverse joint à son dernier mémoire deux attestations sur l'honneur émanant du président et de l'assesseur ayant dressé le procès-verbal d'ouverture des offres, ainsi qu'un procès-verbal rectificatif du procès-verbal du 24 novembre 2011. Ces pièces, datées du 7 et du 14 juillet 2014, n'ont été établies qu'après la communication aux parties du rapport de l'auditeur rapporteur. Si elles étaient prises en considération, elles auraient

pour effet, pour les deux premières, de modifier le sens des mentions d'une pièce figurant au dossier administratif et pour la troisième de se substituer purement et simplement à cette pièce. Or, le rapport de l'auditorat se référait à la pièce ainsi modifiée ou remplacée pour conclure, entre autres motifs, au caractère fondé du moyen. Il serait incompatible avec le respect du caractère contradictoire des débats tel qu'il est organisé au travers des phases de la procédure écrite prévues par le législateur et avec le rôle essentiel de l'auditorat dans l'instruction de l'affaire, d'admettre de telles modifications substantielles du dossier administratif effectuées dans le dernier mémoire en réaction au rapport de l'auditeur rapporteur.

Les pièces litigieuses ont donc bien pour objet de modifier, substantiellement et "*in tempore suspecto*", le dossier administratif. Elles doivent, à ce titre, être écartées.

C. Quant au fond

Le grief adressé à l'acte attaqué tient essentiellement à la violation du principe d'égalité des soumissionnaires et de celui de la concurrence.

A cet égard, il n'est pas contestable que la procédure négociée est plus souple d'usage qu'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres. Pour autant, le pouvoir adjudicateur n'est pas délié du respect de toute règle et, notamment, de celles d'égalité de traitement et de concurrence.

La procédure négociée se caractérise par la possibilité qu'elle laisse à l'autorité d'entamer des négociations sur les offres qui lui ont été faites afin, notamment, de chercher à obtenir des conditions plus intéressantes. Cela suppose toutefois que ces offres aient été introduites régulièrement. A défaut, il n'y a pas de négociation ni, *a fortiori*, d'attribution possible.

En l'occurrence, le cahier spécial des charges indique que les offres étaient à transmettre "pour le 24 novembre 2011 à 14 h au plus tard".

Il ressort des faits de la cause qu'à la date de clôture, seule la requérante a remis une offre complète. Deux autres soumissionnaires ont remis une offre ne renseignant pas de prix pour la moitié des huit sections du métré récapitulatif. En octroyant à ces deux sociétés un délai supplémentaire de huit jours pour remettre une offre complète, la partie adverse n'a pas posé un acte de négociation, mais a, en réalité, modifié en faveur de ces deux seules sociétés la date limite de dépôt des offres.

En procédant de la sorte, la partie adverse n'a pas respecté les conditions de mise en concurrence du marché qu'elle avait elle-même fixées. Que ce procédé ait ou non permis aux deux soumissionnaires concernés de prendre connaissance du prix soumis par la requérante, ils ont en toute hypothèse bénéficié de la sorte d'un avantage par rapport à la requérante. L'absence de transparence du procédé utilisé par la partie adverse n'a, par ailleurs, pas permis à la requérante d'également pouvoir tirer profit de cet allongement pour revoir, le cas échéant, son offre sur les quatre sections concernées du métré.

L'égalité entre les concurrents n'a pas été rétablie par le fait que les trois soumissionnaires ont ensuite été invités à remettre une "BAFO". En effet, à supposer même que les prix n'aient pas été proclamés le 24 novembre 2011, ainsi que le soutient la partie adverse, et que la confidentialité des offres ait été entre-temps préservée, il n'en resterait pas moins que la future attributaire a été soustraite à une condition de base de la mise en concurrence, à savoir le respect du délai de dépôt des offres initiales, ce qui n'a pas été le cas de la requérante. L'envoi simultané d'une demande de "BAFO" aux trois soumissionnaires n'enlève, par ailleurs, rien au fait qu'à ce moment, la requérante avait disposé d'un temps de préparation moins long que la future attributaire pour déposer une offre initiale complète.

Le premier moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 8 mars 2012 prise par la société anonyme de droit public INFRABEL d'attribuer, à la société STRABAG, le lot 2 "finitions et équipements" du marché public relatif à la démolition et à la reconstruction du bâtiment S4, rue Ernest Solvay, et à la création du nouveau centre administratif et technique d'Infrabel "Espace Solvay", régi par le cahier spécial des charges n° 42/54/4/11/053.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.