

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.385 du 3 mars 2015

G./A.214.945/VI-20.362

En cause : **1. la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**
2. la société anonyme ENTREPRISES REUNIES
R. DE COCK,

ayant formé une association momentanée
HULLBRIDGE-DE COCK,

ayant élu domicile chez
Me Marie BOURGYS, avocat,
rue de Clairvaux, n° 40/202,
1348 Louvain-la-Neuve,

contre :

la ville de Charleroi,
ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BETONS ET MATERIAUX,
en abrégé BEMAT,
ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 6 février 2015, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED et la société anonyme ENTREPRISES REUNIES R. DE COCK, ayant formé l'association momentanée HULLBRIDGE-DE COCK, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision [prise par la ville de Charleroi] le 15 juillet 2014 en vertu de laquelle elle écarte l'offre des requérantes pour irrégularité formelle substantielle et attribue le marché public [de travaux relatif à la démolition et la reconstruction du complexe

scolaire et à l'aménagement des abords de l'école du groupe I à Marchienne-au-Pont] à la société BEMAT.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 février 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 février 2015 à 10 heures.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

La société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT, a, par une requête introduite le 19 février 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Marie BOURGYS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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 9 janvier 2014, la ville de Charleroi a publié un avis de marché au Bulletin des adjudications. Il s'agit d'un marché de travaux passé par adjudication ouverte relatif à la démolition et la reconstruction du complexe scolaire et à l'aménagement des abords de l'école du Groupe I à Marchiennes-au-Pont.

III. 2. Les requérantes, formant une association momentanée, ainsi que sept autres soumissionnaires ont remis une offre pour ledit marché.

III. 3. Il ressort de la motivation de l'acte attaqué qu'après analyse des notes complémentaires, des remarques, des vérifications arithmétiques et après la rectification des quantités, omissions, prix manquants et rabais, l'offre des requérantes était la moins disante.

III. 4. Par une décision du 15 juillet 2014, la ville de Charleroi a décidé d'écarter, pour irrégularité substantielle, l'offre des requérantes, celle-ci n'ayant pas confirmé les pouvoirs de l'un des signataires de l'offre. Les offres de cinq autres sociétés sont écartées pour défaut de production de documents prescrits à peine d'exclusion de l'offre, seules deux offres étant jugées régulières, à savoir celles de la société anonyme BEMAT et de la société momentanée composée des sociétés anonymes DRUEZ et DE GRAEVE. La même décision attribue le marché à la société BEMAT.

Cette décision constitue l'acte attaqué.

IV. INTERVENTION

Par un courrier daté du 19 février 2015, la société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT, demande à intervenir en la cause. La société BEMAT est l'attributaire du marché litigieux. Elle justifie donc d'un intérêt à intervenir.

Il y a lieu d'accueillir la requête en intervention.

V. RECEVABILITE

La partie adverse et la partie intervenante contestent l'intérêt des parties requérantes à agir. Elles lient cependant l'examen de l'intérêt à agir à celui du fond du litige.

L'offre des requérantes ayant été déclarée irrégulière, elles ne peuvent justifier d'un intérêt qu'à la condition que les moyens qu'elles formulent soient de nature à leur rendre une chance de se voir attribuer le marché. Tel est le cas si ces moyens sont de nature à démontrer l'illégalité de la décision déclarant leur offre irrégulière ou de nature à démontrer que toutes les offres auraient en réalité, dû être déclarées irrégulières.

En l'espèce, l'examen de cette question est étroitement lié à celui des moyens.

VI. PREMIER MOYEN – PREMIERE BRANCHE

VI.1 Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un premier moyen de "la violation de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 95 et 96, §4, de la violation du cahier spécial des charges, notamment des postes B.4.1., B.5. B.9, B.10, B.11, B.12 des clauses techniques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général d'égalité entre les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de proportionnalité, du principe général de bonne administration, plus particulièrement du principe de prudence ou «devoir de minutie», du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, et de l'excès de pouvoir".

Elles reprochent à la partie adverse d'avoir déclaré régulières l'offre de la partie intervenante et de la société momentanée DRUEZ - DE GRAEVE, alors que l'acte attaqué mentionne qu'aucune de ces deux sociétés n'a remis les documents réclamés au poste B.4.1. des clauses techniques et que la partie intervenante n'a pas non plus remis les documents réclamés aux postes B.5, B.9, B.10, B.11 et B.12 de ces mêmes clauses.

Dans la première branche du moyen, elles soutiennent qu'en l'absence d'une partie des documents demandés dans les clauses techniques du cahier spécial des charges, la partie adverse ne pouvait déclarer régulières les offres de ces deux soumissionnaires. Elles relèvent que la décision attaquée ne motive pas de manière précise et complète pourquoi ces dérogations aux spécifications techniques ne seraient pas essentielles. Elles estiment, pour leur part, que ces dérogations devaient manifestement être qualifiées de substantielles et qu'en l'absence de ces documents, la partie adverse n'a pas pu vérifier la conformité des offres à ces clauses ni partant, procéder à une comparaison des offres en connaissance de cause.

Les parties requérantes font valoir qu'en déclarant ces deux offres régulières "alors qu'elles étaient incomplètes, la partie adverse a également contrevenu au principe d'égalité et de concurrence entre les soumissionnaires aboutissant à avantager [ces deux sociétés]. En effet, seuls ces deux soumissionnaires ont vu leur offre déclarée «régulière» alors que l'ensemble des autres soumissionnaires ont vu leur offre écartée pour cause d'irrégularité". Elles considèrent que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation "en ne qualifiant pas les manquements [de ces deux offres] comme constituant la violation de dispositions essentielles des documents de marché et en les autorisant à produire les documents manquants après l'attribution du marché". Elles font valoir, enfin, qu'en n'écartant pas ces deux offres, la partie adverse a "méconnu les règles qu'elle s'était imposée de respecter dans son propre cahier spécial des charges, s'est rendue coupable d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination et a violé l'article 95 de l'arrêté royal ainsi que les dispositions et principes visés au moyen".

B. Note d'observations

La partie adverse opère une distinction dans le moyen en ce qu'il porte, d'une part, sur le poste B.4.1 des clauses techniques et, d'autre part, sur les autres postes litigieux.

En ce qui concerne les documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques, la partie adverse indique, quant à la première branche du moyen, que la décision d'attribution est motivée comme suit :

" Considérant toutefois que les documents réclamés au poste B.4.1 n'étaient pas prescrits sous peine d'exclusion de l'offre, le pouvoir adjudicateur décide de relever l'irrégularité car il n'est pas nécessaire que les documents manquants soient produits au stade de l'ouverture de l'offre mais peuvent encore être fournis dès l'attribution du marché ".

Elle estime que "ce faisant, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation pas plus qu'elle n'a violé les principes et dispositions visés au moyen, notamment l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les principes d'égalité des soumissionnaires et *patere legem quam ipse fecisti*". En effet, il ne ressort d'aucun élément du cahier spécial des charges que le pouvoir adjudicateur a voulu ériger la production des documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques en condition essentielle du marché.

La partie adverse relève pour le surplus que les requérantes n'ont pas non plus joint à leur offre ces documents et qu'elles ont, sur ce point, bénéficié du même traitement que les deux soumissionnaires dont l'offre a, *in fine*, été considérée comme régulière. Elle en conclut que les requérantes "n'ont pas intérêt au grief relatif au

défaut de jonction des documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques du cahier spécial des charges". S'appuyant sur un arrêt du Conseil d'Etat du 22 janvier 1980, elle soutient, en effet, "qu'un requérant ne peut invoquer une irrégularité commise par l'adjudicataire d'un marché s'il apparaît que son offre est entachée de la même irrégularité".

C. Requête en intervention

Concernant la première branche du moyen, la partie intervenante estime qu'elle manque en fait. Elle relève, en effet, que les requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir admis, sans le motiver adéquatement, des dérogations aux spécifications techniques des documents du marché. Or, elle expose que si la partie adverse a constaté l'irrégularité relative de son offre, elle n'a nullement constaté qu'elle était entachée d'une dérogation auxdites spécifications techniques. Elle considère que les requérantes opèrent une confusion entre irrégularité formelle et matérielle. L'absence des documents requis étant une irrégularité formelle, elle n'affecte pas le contenu de l'offre ni son prix, en sorte qu'elle n'a aucune incidence sur la comparaison des offres.

La partie intervenante observe, par ailleurs, que "les requérantes ont bénéficié de la même tolérance" qu'elle-même, puisque la partie adverse a également décidé de relever dans son chef l'irrégularité tenant à l'absence de production des documents prévus au poste B.4.1. Elle fait valoir, en outre, que l'irrégularité découlant de l'absence de production des pouvoirs de signature, entachant l'offre des requérantes, n'est pas de la même nature que celle qui entache sa propre offre et celle de la société momentanée DRUEZ – DE GRAEVE.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans sa rédaction applicable à l'espèce, se lit comme suit:

- " Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

Une offre est formellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle déroge à celles des formalités prescrites par les articles 6, §1^{er}, 51, §2, 52, 54, §2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, qui revêtent un caractère substantiel. En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme formellement irrégulière si celle-ci n'est pas conforme aux autres formalités prescrites.

Une offre est matériellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les

prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal au sens de l'article 99.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme matériellement irrégulière lorsque:

- 1° celle-ci n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1^{er}, sections 6 à 11 et du chapitre 6, sections 2 à 4;
- 2° elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité".

Il se déduit de cette disposition que lorsqu'une offre déroge à des formalités qui revêtent un caractère substantiel, le pouvoir adjudicateur n'a pas d'autre choix que d'en constater la nullité. Il en va de même lorsque l'offre est matériellement irrégulière parce qu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal. Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur ne dispose, en réalité, d'aucune marge d'appréciation en cas d'irrégularité. La disposition citée distingue d'ailleurs clairement ces hypothèses de celles où le pouvoir adjudicateur se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire, dès lors que, confronté à ces autres irrégularités, il peut, mais ne doit pas, considérer l'offre comme formellement ou matériellement irrégulière.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui vient d'être cité ne définit pas les formalités qui doivent être tenues pour substantielles ni les dispositions des documents du marché qui doivent être tenues pour essentielles. Il convient donc de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché. Ce caractère substantiel ou essentiel peut résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché, mais il peut aussi découler de la nature même de la formalité ou de la disposition qui ne serait pas respectée. Tel sera notamment le cas lorsque le non respect d'une formalité ou d'une disposition des documents du marché est de nature à entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou à compromettre la bonne exécution du marché. Dans un tel cas, l'irrégularité constatée doit entraîner la nullité de l'offre, que le pouvoir adjudicateur l'ait ou non expressément indiqué dans les documents du marché.

En l'espèce, les documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques, formant la partie B du cahier spécial des charges, sont les suivants :

- " B.4.1. Détecteurs de gaz naturel
Caractéristiques communes à tous les détecteurs :
[...]
- i) Le soumissionnaire doit joindre à son offre les documents suivants:
 - copie du certificat d'agrément de son sous-traitant, en classe IV des détecteurs ioniques, conformément à l'A.R. du 28.02.63 et de l'A.M. du 11.06.64;

- les preuves que l'installateur a proposé (lui-même ou son sous-traitant) possède la catégorie et classe correspondant aux travaux qu'il exécutera;
- une liste de références d'installations comparables réalisées en Belgique".

L'exigence ainsi formulée vise, de toute évidence, à s'assurer que l'installateur satisfait aux conditions réglementaires pour pouvoir procéder à ce type d'installation et qu'il dispose des compétences techniques nécessaires pour ce faire. S'agissant de matériel destiné à garantir la sécurité des occupants de bâtiments scolaires, l'importance du respect d'une telle précaution peut difficilement être niée. La partie adverse et la partie intervenante soutiennent cependant que les documents demandés pouvaient être produits ultérieurement. En outre, en expliquant, que l'irrégularité constatée est formelle et non matérielle, la partie intervenante laisse entendre qu'elle ne porte pas sur l'engagement à faire exécuter ce poste par un installateur possédant l'agrégation, la "catégorie et classe" et les compétences requises mais uniquement sur la production de la preuve qu'il les possède.

En réalité, la question de savoir si le défaut de production des documents litigieux est une irrégularité formelle ou matérielle importe peu pour la solution du litige. En effet, si la production de documents constitue, en soi, une formalité, en l'espèce, le non-respect de cette formalité peut également être l'indice d'une irrégularité matérielle, puisqu'elle peut tout aussi bien indiquer que le soumissionnaire défaillant ne s'engage pas à faire installer ces équipements de sécurité par un installateur répondant aux conditions de la clause technique. En d'autres termes, que l'on se place d'un point de vue formel ou matériel, le défaut de production des documents requis ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de tenir pour assuré que le marché serait exécuté par un installateur se conformant aux spécifications techniques qu'il avait lui-même fixées. Une telle irrégularité paraît, à première vue, toucher à la substance même du marché.

La partie adverse ne pouvait donc sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les règles qu'il s'était lui-même fixées, décider que le défaut de jonction à l'offre des documents visés à la clause technique B.4.1.i) ne constituait pas une irrégularité substantielle.

Les requérantes possèdent, par ailleurs, un intérêt à cette branche du moyen, dès lors que l'irrégularité des deux seules offres ayant été déclarées régulières a pour effet de leur faire recouvrer une chance de pouvoir à nouveau concourir pour le marché litigieux et de se le voir attribuer.

La première branche du premier moyen en tant qu'elle est prise de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et du poste B.4.1. du

cahier spécial des charges, est sérieuse et suffit à justifier la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'indique pas, et le Conseil n'aperçoit pas davantage, de raison permettant de conclure que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE DES PIECES

Les parties requérantes et adverses demandent que la confidentialité des offres soit maintenue. La communication de ces pièces n'apparaissant pas utiles à la solution du litige à ce stade de la procédure, il y a lieu d'acquiescer à cette demande.

IX. DEPENS

En vertu de l'article 70, paragraphe 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, les requêtes collectives donnent lieu au paiement du droit de 200 euros visé au premier paragraphe de ce même article 70, autant de fois qu'il y a de requérants.

En l'espèce, les parties requérantes ont acquitté la somme de 600 euros, alors qu'elles n'étaient redevables que d'un montant de 400 euros, en vertu de la disposition précitée.

Il y a lieu dès lors de l'ordonner le remboursement du montant indu, à concurrence de 200 euros.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT, dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par la ville de Charleroi le 15 juillet 2014 attribuant le marché public de travaux relatif à la démolition et reconstruction du complexe scolaire et aménagement des abords de l'école du groupe I à Marchienne-au-Pont à la société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

A ce stade de la procédure les offres demeureront confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Article 7.

Le montant de 200 euros indûment versé sera remboursé aux parties requérantes.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trois mars deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.