

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.894 du 12 novembre 2015

G./A.217.385/VI-20.632

En cause : **la société anonyme ENVISYS,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Tournai,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée TOIT & MOI,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey, n° 18/5,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme VEOLIA,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles.

**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 28 octobre 2015, la société anonyme ENVISYS sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision prise le 9 octobre 2015 par le Conseil d'administration de la SCRL TOIT & MOI de déclarer matériellement irrégulière l'offre de [la] requérante, de déclarer les offres des soumissionnaires JORDAN, BOUVE et VEOLIA formellement et matériellement régulières, de ne pas désigner la requérante comme adjudicataire dans le cadre de la procédure de marché public de travaux référencée «Installation et mise en conformité des systèmes de chauffage» et, partant de désigner la SA VEOLIA".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme VEOLIA a, par une requête introduite le 9 novembre 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 28 octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 novembre 2015 à 13 heures 30.

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.

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

Me Sébastien FIEVEZ, *loco* Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Patrick THIEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le marché litigieux, passé sous la forme d'un accord-cadre de travaux avec un seul attributaire, porte sur l'installation et la mise en conformité de systèmes de chauffage central par l'adaptation et/ou le remplacement d'éléments de chauffage (chaudière – chauffe-eau) dans les immeubles appartenant à la partie adverse et situés dans les entités de Mons, Frameries, Colfontaine et Quévy.

Ce marché a donné lieu à une précédente décision d'attribution, dont l'exécution a été suspendue par l'arrêt n° 229.979, prononcé par le Conseil d'Etat le 26 janvier 2015. A la suite de cet arrêt, la partie adverse a décidé de retirer cette

décision, d'arrêter la procédure qui avait mené à son adoption et d'en recommencer une nouvelle.

III. 2. La présente procédure de passation est l'adjudication ouverte. Un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications le 16 juin 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne le 20 juin 2015.

III. 3. Le marché est régi par le Cahier spécial des charges T/15/275, lequel, en sa partie relative aux clauses administratives, précise ce qui suit:

" L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que le présent marché implique deux types de configurations : installation classique et installation de type CLV en surpression; ce qui induit deux types de chaudières et un type de chauffe-eau dont les caractéristiques sont reprises aux prescriptions techniques, et plus particulièrement à ses points A à D (pages 4 à 10).
Sous peine de nullité absolue de l'offre, le soumissionnaire devra proposer une solution technique unique (modèle unique) par type de configuration et une solution technique unique (modèle unique) pour le chauffe-eau (soit un maximum de 3 appareils)".

Les clauses techniques précisent à propos des chaudières de type CLV en surpression, ce qui suit :

" 65.25.2 Chaudières murales au gaz – fermées en surpression pour conduit collectif
Spécifications
→ Type: C43 P et tous les raccords pour chaudière en surpression".

III. 4. Le 8 septembre 2015, date fixée comme échéance à cette fin, quatre offres sont déposées, respectivement par les sociétés anonymes ETS BOUVE KARL, JORDAN, ENVISYS et VEOLIA.

III. 5. Au terme de l'analyse des offres, la partie adverse décide, le 9 octobre 2015, de déclarer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le marché à la société anonyme VEOLIA. Il s'agit de l'acte attaqué par le présent recours.

L'irrégularité de l'offre de la requérante est motivée comme suit :

" L'offre du soumissionnaire ENVISYS est déclarée matériellement irrégulière étant donné que la chaudière «BULEX THERMOMASTER F25-E» proposée par la société ENVISYS n'est pas conforme aux conditions du cahier spécial des charges. En effet, le soumissionnaire ne propose qu'un seul modèle de chaudière; modèle ne permettant pas de répondre à tous les besoins techniques décrits au cahier spécial des charges. Ce dernier attire clairement l'attention des soumissionnaires en son point 2.1 «Objet du marché» que deux types de configurations sont envisagées dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre; une installation classique et une installation de type CLV en surpression. Avec plus de précision, le point 65.21.2

des clauses techniques spécifie le besoin d'installation de type CLV en surpression en décrivant le type de chaudière utile par «murale au gaz fermée en surpression pour conduit collectif» et devant être de type C43P; C43P étant la caractéristique nécessaire pour l'adaptation des chaudières sur CLV (système d'évacuation des gaz brûlés) qui devront être en surpression. Or, la chaudière proposée par ENVISYS n'est pas de type étanche C43P. Ainsi, l'offre du soumissionnaire ENVYSIS ne répond pas à une condition matérielle essentielle du cahier spécial des charges, ce manquement constituant une irrégularité substantielle entraînant la nullité de suivant article 95 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Parallèlement à cette irrégularité, le fournisseur BULEX nous a informés par courrier le 30/09 que la production de la chaudière «BULEX THERMOMASTER F25-E» était stoppée; empêchant ainsi la mise en exécution du matériel dans le cadre de l'accord-cadre".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 9 novembre 2015, la société anonyme VEOLIA demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Cette société, qui a été désignée comme attributaire du marché litigieux, a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation". Elle le formule dans les termes suivants:

" [...] Concernant l'offre de la requérante

Le pouvoir adjudicateur est tenu d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant déposé l'offre régulière la plus basse (article 24 de la loi du 15 juin 2006). Il est certes tenu d'écarter une offre qui serait affectée d'une irrégularité matérielle (article 95, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011). Mais cette décision ne peut être affectée d'une erreur manifeste d'appréciation, ce qui est le cas en l'espèce.

En effet :

- La prétendue irrégularité matérielle se fonde exclusivement sur un aspect technique, à savoir que la requérante aurait proposé un type de chaudière déterminée qui, selon la partie adverse:
- * Ne serait pas conforme aux conditions du Cahier spécial des charges;
- * Ne comporterait qu'un seul modèle proposé au lieu de deux (deux types de configuration «installation classique et installation de type CLV en suspension».
- * Ne permettrait pas de répondre à tous les besoins techniques décrits au CSC.
- * Plus précisément, ne serait pas conforme à l'exigence C43 P prévue à l'article 65.21.2 (lire 65.25.2) qui précise :

«65.25.2 Chaudières murales au gaz – fermées en surpression pour conduit collectif

Spécifications

- Type: C43 P et tous les raccordements pour chaudière en surpression».

- * A titre informatif, que le matériel offert, suivant les propres informations recueillies par la partie adverse auprès du fournisseur BULEX, le matériel proposé par la requérante ne serait plus commercialisé.

Alors que, cette question technique a été soumise à l'expertise d'un spécialiste reconnu, Monsieur Philippe DEPLASEE qui, par mail du 13 octobre 2015 (14h21) a pu attester que:

En tant que chargé de cours CERGA, je vous confirme ce qui suit :

«La classification C43P n'a jamais existé dans la CEN/TR 1749.

L'évolution technologique des ventilateurs a conduit à fabriquer des chaudières possédant une hauteur manométrique élevée (70 à 100 Pa de disponible) en sortie fumée.

En raison du délai d'adaptation du document précité, les fabricants ont convenu d'appeler l'appareil de ce type «chaudière pression».

Dans le cas des raccordements collectifs on a donc créé une classification provisoire C43P, mais depuis 2014 cette identification est remplacée officiellement par C10 ou C11.

La différence entre ces deux dispositifs étant que le conduit système et les chaudières sont homologuées séparément ou ensemble.

Par ailleurs, toutes les chaudières raccordées sur ce type de système doivent être équipées d'un clapet anti-retour.»

Qu'il ressort dès lors de ce document que la classification demandée était en réalité une classification provisoire;

Que pour le surplus, la requérante tient à souligner que si le modèle de chaudière fourni (thermomaster F25) n'est pas homologué C43P, il n'empêche pas qu'il puisse être monté de cette façon.

En effet, deux conditions sont alors nécessaires:

- Le ventilateur de la chaudière doit être d'une puissance minimale de 90 PA (ce qui est le cas (112 PA));
- que la chaudière soit munie d'un clapet anti-retour (ce qui était prévu).

[...] Concernant l'offre des autres soumissionnaires

La requérante a pu apprendre verbalement (ce qui sera confirmé par le dossier écrit déposé par la partie adverse) que l'ensemble des soumissionnaires avait déposé une offre reprenant le modèle de chaudière BULEX Termomaster T25 comportant un vase d'expansion de 10 litres.

Or, le CSC (page 38) prévoit sous la rubrique spécifications de la chaudière:

« → Vase d'expansion :

I. Contenance utile : 12 litres, ce choix est justifié par la contenance en eau des radiateurs existants surdimensionnés par rapport à une nouvelle Installation et nécessitant une grande contenance.»

Compte tenu de cet élément, la requérante a interrogé le constructeur des chaudières BULEX qui lui a confirmé «que la chaudière ThermoMASTER T5/30 ne répond pas à la capacité de vase demandée dans le CDC».

En conséquence, la partie adverse aurait nécessairement dû déclarer les offres des autres soumissionnaires irrégulières, quitte à remettre le dossier en adjudication.

Le Conseil d'Etat a ainsi décidé dans son arrêt du 8 juillet 2014 (n° 228.033): «Or, si la partie adverse n'était pas tenue d'expliquer dans l'acte attaqué pourquoi elle avait jugé régulières les offres qui l'étaient, il lui appartenait par contre d'exposer les motifs pour lesquels elle avait décidé de retenir l'offre des parties intervenantes malgré qu'elle dérogeait aux clauses contractuelles».

De même, il est établi par la jurisprudence que la requérante a intérêt à soulever ce moyen :

- C.E., arrêt n° 228.033 du 8 juillet 2014: «Même si l'offre des requérantes était irrégulière, elles disposeraient de l'intérêt requis, au nom du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, pour contester, par le présent moyen, l'attribution du marché public litigieux aux parties intervenantes dont l'offre était, selon les requérantes, entachée d'irrégularité.
- C.E., arrêt n° 225.211 du 23 octobre 2013: «Un soumissionnaire dont l'offre a été considérée comme irrégulière ne justifie pas d'un intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution du marché à moins qu'il puisse établir que la décision de réputer son offre irrégulière est illégale ou qu'une offre, affectée d'une irrégularité qui aurait dû conduire à son écartement, a été retenue illégalement par l'autorité adjudicatrice».
- C.E. arrêt n° 191.990 du 30 mars 2009: «Le soumissionnaire qui n'a pas été sélectionné ou dont l'offre n'a pas été jugée régulière n'a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution que dans la mesure où il prend un ou des moyens de l'irrégularité de sa non-sélection ou de celle du rejet de son offre, ou encore de la sélection ou de la reconnaissance de la régularité des offres de ses concurrents, dont l'adjudicataire».
- C.E. arrêt n° 175.263 du 2 octobre 2007: «En principe, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière n'a pas intérêt à contester la légalité de la décision d'attribution du marché litigieux, sauf à démontrer, soit que sa soumission était régulière, soit que celle de l'adjudicataire était irrégulière».

Que le moyen est sérieux".

A l'audience du 10 novembre 2015, la requérante a fait valoir que l'arrêt de la production du modèle de chaudière qu'elle avait proposé n'emportait pas nécessairement l'impossibilité d'honorer ses engagements dans le cadre du marché litigieux, si celui-ci lui avait été attribué, dès lors que des stocks restent disponibles et pourraient donc être utilisés.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision par laquelle la partie adverse déclare matériellement irrégulière l'offre de la requérante repose sur deux motifs distincts et autonomes, étant, d'une part, le défaut de conformité du modèle de chaudière proposé à celui qu'imposait le cahier spécial des charges, selon les prescriptions techniques mentionnées, et, d'autre part, l'arrêt de la production du modèle de chaudière proposé par la requérante, empêchant l'exécution du marché par celle-ci.

En termes de requête, la requérante n'élève aucun grief contre ce second motif de la décision attaquée et le Conseil d'Etat ne peut avoir égard aux considérations émises à ce propos en termes de plaidoiries.

A supposer que le moyen doive être déclaré sérieux en tant qu'il est dirigé contre le seul motif critiqué, la décision qui déclare irrégulière l'offre de la requérante resterait justifiée par le second motif que celle-ci s'abstient de critiquer. Il n'y a, par ailleurs, pas lieu, pour la même raison, d'examiner les griefs formulés à propos de la décision attaquée, en tant que celle-ci considère régulières les offres déposées par les concurrents de la requérantes.

Dans ces circonstances, le moyen ne peut qu'être déclaré irrecevable.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 10 novembre 2015, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des deux offres versées au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme VEOLIA dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 18 et 19 versées au dossier administratif, sont tenues pour confidentielles.

Article 4

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 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 6.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.