

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.032 du 25 novembre 2015

G./A.217.300/VI-20.626

En cause : **la société anonyme CENTR'AUTO,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Louis LEUCKX, avocat,
rue Jules Destrée, n° 72,
6001 Marcinelle,

contre :

la Province de Hainaut,

ayant élu domicile chez
Mes Christophe DUBOIS et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
Place Flagey, n° 18,
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 16 octobre 2015, la société anonyme CENTR'AUTO sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - la décision du 1^{er} octobre 2015 par laquelle la partie adverse considère que l'offre de la requérante est irrégulière;
- la décision du 30 juillet 2015 par laquelle la partie adverse attribue le marché à un autre soumissionnaire".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 19 octobre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 novembre 2015 à 10 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.

Des courriers du 9 novembre 2015, notifiés aux parties, ont remis l'affaire à l'audience du 17 novembre 2015 à 11 heures.

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 Jean-Louis LEUCKX, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, avocat, comparaisant pour la partie adverse, 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. Par une délibération du 12 février 2015, la Province de Hainaut a approuvé le cahier spécial des charges et marqué son accord sur le lancement de la procédure de passation d'un marché public de fournitures d'outillage de carrosserie et d'automobile lancé pour toutes les institutions provinciales.

Il s'agit d'un marché à bons de commande attribué selon la procédure d'adjudication ouverte, avec publicité européenne. Il doit être conclu pour une durée d'un an reconductible quatre fois.

III.2. Le cahier spécial des charges régissant le marché (référéncé 24662) prévoit que les offres seront comparées sur la base d'une commande fictive :

- " Le soumissionnaire devra compléter dans son intégralité la commande fictive ci-jointe et préciser la remise accordée sur base de(s) catalogue(s) proposé(s).
[...]
Les offres détailleront très précisément la remise octroyée en pourcent sur le prix catalogue.
Remarque : le soumissionnaire devra fournir avec son offre la lise des catalogues. Chaque catalogue doit être numéroté afin de permettre à l'administration de vérifier les prix dans la commande fictive".

III.3. Les offres devaient être déposées pour le 21 avril 2015.

A cette date, la partie adverse était en possession de quatre offres respectivement déposées par les soumissionnaires COVALUX, HENRARD, OUTIMEX et CENTR'AUTO.

La partie adverse a procédé à l'analyse des offres déposées.

III.4. Au terme de l'analyse des offres, la partie adverse a, le 30 juillet 2015, déclaré irrégulière l'offre de la partie requérante et a attribué le marché à la société HENRARD.

III.5. Les motifs pour lesquels a été déclarée irrégulière l'offre de la requérante ont été communiqués à celle-ci par un courrier du 1^{er} octobre 2015, lequel se lit comme suit:

" [...] Nous portons à votre connaissance que votre offre référencée en objet que vous avez déposée auprès de la Province de Hainaut a été jugée irrégulière.

Vous trouverez ci-dessous l'extrait de la décision motivée du 30 juillet 2015 prise à cet égard par l'autorité provinciale compétente :

«Considérant que l'entreprise Centr'Auto a remis une offre jugée irrégulière, en effet, la remise accordée sur les catalogues diffère de celle présentée dans la commande fictive. En outre, l'administration n'a pas été en mesure de vérifier les prix de la commande fictive sur base des informations remises par la société. Pour ces raisons, l'offre a été écartée.»[...]"

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande dans les termes suivants :

" 9. Le présent recours est dirigé contre deux actes :

- «la décision du 1^{er} octobre 2015 par laquelle la partie adverse considère que l'offre de la partie requérante est irrégulière» (2.1);
-
- «la décision du 30 juillet 2015 par laquelle la partie adverse attribue le marché à un autre soumissionnaire» (2.2).

Or, comme il vous le sera démontré ci-après, le recours doit être déclaré irrecevable.

2.1 IRRECEVABILITE RATIONE MATERIAE DU PREMIER ACTE ATTAQUE

10. En ce qu'il est dirigé contre le premier acte, c'est-à-dire la décision du 1^{er} octobre 2015, le recours doit être déclaré irrecevable. Aucune décision n'a été adoptée par la partie adverse en date du 1^{er} octobre 2015.

Cette date ne correspond en réalité qu'à la date de la notification de la décision d'attribution du marché.

11. En effet, cette décision a été adoptée le 30 juillet 2015 et comporte un double objet à l'égard de la partie requérante :

- l'irrégularité de son offre;
- l'attribution du marché à un concurrent.

La partie requérante ne pouvait l'ignorer. Le courrier de notification du 1^{er} octobre 2015 est en effet clair:

«[...] Nous portons à votre connaissance que votre offre référencée en objet que vous avez déposée auprès de la Province de Hainaut a été jugée irrégulière.

Vous trouverez ci-dessous l'extrait de la décision motivée du 30 juillet 2015 prise à cet égard par l'autorité provinciale compétente :

"Considérant que l'entreprise Centr'Auto a remis une offre jugée irrégulière, en effet, la remise accordée sur les catalogues diffère de celle présentée dans la commande fictive. En outre, l'administration n'a pas été en mesure de vérifier les prix de la commande fictive sur base des informations remises par la société. Pour ces raisons, l'offre a été écartée." [...]

12. Il ne fait aucun doute que la partie requérante a introduit son recours à l'encontre de la décision du 1^{er} octobre 2015 et non à l'encontre de la décision du 30 juillet 2015 s'agissant de l'irrégularité de son offre. Sa requête est explicite à cet égard :

- «Par la présente la requérante sollicite la suspension d'extrême urgence de la décision du 1^{er} octobre 2015 par laquelle la partie adverse considère que l'offre de la requérante est irrégulière».
- «Le 1^{er} octobre 2015, la partie adverse informe le requérant qu'elle considère que son offre est irrégulière. Il s'agit de l'acte attaqué».
- La décision d'attribution du 30 juillet 2015 n'est par ailleurs pas mentionnée dans l'exposé des faits tel que présenté par la partie requérante.

Or, comme explicité ci-devant, le 1^{er} octobre 2015 n'a trait qu'à la date du courrier de notification de la décision litigieuse. Un tel courrier ne constitue pas un acte administratif au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Le recours doit donc être déclaré irrecevable *ratione materiae*".

2.2 IRRECEVABILITE A DEFAUT D'INTERET DU DEUXIEME ACTE ATTAQUE

13. Le recours doit également être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt, en ce qu'il vise la décision du 30 juillet 2015. En effet, le recours ne porte sur la décision du

30 juillet 2015 que dans la mesure où elle attribue le marché à un autre soumissionnaire. En d'autres termes, le recours ne porte pas sur la décision du 30 juillet 2015 en ce qu'elle déclare l'offre de la partie requérante irrégulière.

Par conséquent, à défaut d'avoir attaqué valablement la décision d'irrégularité de son offre, la partie requérante ne dispose pas de l'intérêt requis à attaquer la décision d'attribution du marché à un concurrent.

A cet égard, votre Conseil a encore récemment jugé que «L'offre de la société requérante ayant été déclarée irrégulière, elle ne peut justifier d'un intérêt qu'à la condition que les moyens qu'elle formule soient de nature à lui rendre une chance de se voir attribuer le marché».

Le recours doit donc être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt en ce qu'il vise le second acte".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Nonobstant la référence erronée à une décision du 1^{er} octobre 2015, laquelle constitue le premier objet que vise formellement la requête, celle-ci doit être interprétée comme étant dirigée contre la décision prise le 30 juillet 2015 par la partie adverse et dont certains des motifs ont été communiqués à la requérante par un courrier du 1^{er} octobre 2015, laquelle décision déclare irrégulière l'offre de la requérante et attribue le marché litigieux à un autre soumissionnaire.

Ainsi interprétée, la requête doit être déclarée recevable *ratione materiae* et il n'est pas contestable que la requérante a bien intérêt à sa demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

V. MOYEN UNIQUE

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'inexactitude et de la contrariété dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation". Elle le formule dans les termes suivants :

" Le cahier spécial des charges prévoit que «le soumissionnaire devra compléter dans son intégralité la commande fictive ci-jointe et préciser la remise accordée sur base de(s) catalogue(s) proposé(s)».

Les documents annexés audit cahier spécial des charges sont de plusieurs ordres.

On retrouve, notamment, une commande fictive et une liste des catalogues.

Dans le cadre de la commande fictive, il est demandé de préciser la remise qui est effectuée article par article.

Dans le cadre de la liste des catalogues, il est demandé de préciser la remise qui est effectuée par catalogue entier.

La partie adverse considère que l'offre de la requérante est irrégulière puisque les remises indiquées dans la commande fictive ne correspondent pas aux remises indiquées dans la liste des catalogues.

Or :

- Le cahier spécial des charges ne prévoit pas que la remise dans le cadre de la commande fictive doit être identique à la remise dans le cadre de la liste des catalogues;
- Dans les documents du marché, il est demandé, à deux endroits différents et sous deux vocables différents, un montant correspondant à la remise effectuée.
- La prétendue irrégularité vantée n'est pas reprise comme telle dans le cahier des charges.

Partant, elle ne pouvait considérer que le prétendu manquement constitue un manquement à ce point substantiel qu'il entraîne l'irrégularité de l'offre.

Partant, le moyen unique est fondé".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants :

" 3.2.1 Irrecevabilité du moyen en ce qu'il vise la loi du 15 juin 2006

16. Le moyen est irrecevable en ce qu'il vise la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, sans identifier une quelconque disposition. Or, la réglementation des marchés publics contient suffisamment de dispositions relatives à la régularité d'une offre et à la motivation pour que la partie requérante soit en mesure de les identifier.

A défaut d'avoir précisé les dispositions de la loi du 15 juin 2006 qui auraient été méconnues, le moyen doit être déclaré irrecevable en ce qu'il vise cette loi.

3.2.2 Non fondement du moyen unique

17. A défaut d'avoir visé des dispositions spécifiques à la régularité des offres dans la réglementation des marchés publics, le moyen n'est recevable qu'au regard de la loi du 29 juillet 1991 : la partie requérante se limite dès lors à critiquer la motivation de l'irrégularité de son offre.

18. L'offre de la partie requérante a été déclarée irrégulière pour les motifs suivants :

En d'autres termes, son offre a été écartée au motif que :

- la remise accordée sur les catalogues diffère de celle présentée dans la commande fictive;

- ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'est, en outre, pas en mesure de vérifier les prix de la commande fictive.

Or, une telle motivation est adéquate et pertinente. Elle permet à la partie requérante de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été écartée. Ce qu'elle a fait. En effet, il ressort de la requête que la partie requérante a compris les motifs de son éviction. A cet égard, il a déjà été jugé que le fait d'exposer une critique factuelle circonstanciée tend à dénier la pertinence du prétendu défaut formel de motivation. Cette jurisprudence est transposable en l'espèce.

19. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, le cahier spécial des charges prévoit clairement que la remise dans le cadre de la commande fictive doit être identique à la remise dans le cadre de la liste des catalogues.

Les dispositions pertinentes du cahier spécial des charges relatives à la remise ont été mises en exergue et se lisent comme il suit :

«Le soumissionnaire devra compléter dans son intégralité la commande fictive ci-jointe et préciser la remise accordée sur base de(s) catalogue(s) proposé(s)».

Et :

«Les offres détailleront très précisément la remise octroyée en pourcent sur le prix catalogue.

Remarque : le soumissionnaire devra fournir avec son offre la liste des catalogues. Chaque catalogue doit être numéroté afin de permettre à l'administration de vérifier les prix dans la commande fictive.

NB : La remise devra être ferme et définitive pendant toute la durée du contrat (12 mois renouvelables 3 fois). Elle ne pourra varier en fonction d'un montant global de commandes à atteindre, ni de quantité minimale à commander par livraison puisque le soumissionnaire s'engage à ne pas augmenter ses prix unitaires pour la fourniture de très petites quantités (voir article 12 : révision des prix du présent cahier spécial de charge)».

Et l'inventaire des prix de reprendre ces éléments comme il suit :

Quantité présumée	Description	Prix unitaire HTVA	Remise en %	Prix total TVAC remise déduite	N° du catalogue et page du catalogue

De même, un tableau était prévu pour la liste éventuelle des catalogues à l'annexe «Catalogues»:

N° du catalogue	En annexe, le(s) catalogue(s) suivant(s) (titre ou nom du catalogue)	Remise accordée sur ces catalogues

20. Il en résulte que la remise de la commande fictive doit être accordée sur la base du catalogue qui reprend le matériel visé dans la commande fictive.

Cette manière de procéder est, par ailleurs, usuelle dans le cadre d'un marché à bons de commande : il permet d'opérer la comparaison des prix sur la base d'un

panier de commandes fictif sur lequel une remise est accordée, mais de s'assurer que la remise sur laquelle l'attribution du marché a eu lieu sera d'application tout au long de son exécution.

En d'autres termes, si, à titre d'exemple, pour une pince crocodile issue d'un catalogue numéroté «1», une remise de 5% est accordée, cette remise de 5% doit être accordée à l'ensemble des outils relevant de ce catalogue «1». Les articles repris dans la commande fictive doivent obligatoirement se retrouver dans un des catalogues.

21. Or, la partie requérante a indiqué des remises dans la commande fictive différentes par rapport à celles applicables aux catalogues. La partie requérante n'a donc pas respecté les prescriptions du cahier spécial des charges.

En outre, alors que l'article 6 du cahier spécial des charges prévoit que le soumissionnaire devra fournir avec son offre la liste des catalogues en les numérotant pour permettre à l'administration de vérifier les prix de la commande fictive, c'est-à-dire de vérifier si le prix indiqué dans l'inventaire des prix est celui repris dans le catalogue - car c'est sur la base de ce catalogue que les commandes seront passées - la partie requérante n'a pas numéroté un quelconque catalogue des prix, mais juste des extraits de catalogues qu'elle a intitulés «annexes».

On relèvera à cet égard que la partie requérante a modifié de sa propre initiative l'intitulé de la dernière colonne de l'inventaire des prix :

N° de page en annexe
1

Alors que la dernière colonne de l'inventaire des prix annexé au cahier spécial des charges est claire et renvoie au «N° du catalogue et page du catalogue».

La partie requérante est dès lors malvenue de critiquer, pour les besoins de la cause, les termes utilisés dans les documents du marché et leur prétendue incohérence, alors qu'elle les a elle-même modifiés.

Ce faisant, elle empêche en outre la comparaison des offres dès lors que les remises octroyées dans le cadre de la commande fictive ne sont pas nécessairement celles appliquées aux catalogues dont le matériel est issu, de sorte que la partie adverse prendrait en considération une offre qui ne reflète pas les prix qui seront pratiqués en exécution.

Il n'est dès lors pas possible de vérifier les prix pratiqués par le soumissionnaire et de ce fait l'adéquation des prix de l'inventaire par rapport au prix catalogue.

22. Il résulte de ce qui précède que l'écartement de l'offre de la partie requérante est donc formellement motivé.

23. Par ailleurs et à titre subsidiaire compte tenu de l'absence de dispositions invoquées à cet égard par la partie requérante, on relèvera que l'irrégularité dont est affectée l'offre de la partie requérante constitue bel et bien une irrégularité substantielle au sens de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Une offre est notamment affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions des documents du marché concernant notamment les prix, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles.

Le caractère essentiel des dispositions ne doit pas nécessairement être prévu dans les documents du marché. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation. En l'espèce, comme expliqué ci-devant, à défaut de remise identique dans l'inventaire des prix et sur les catalogues, il n'est pas possible de

comparer les offres adéquatement, de vérifier les prix et de s'assurer des prix pratiqués en exécution. Il est donc erroné de prétendre qu'un tel manquement ne serait pas substantiel.

24. Il ressort de ce qui précède que le moyen unique doit être déclaré partiellement irrecevable et non sérieux".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité du moyen

Le moyen est notamment pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, sans toutefois que la requérante identifie les dispositions de ladite loi que la partie adverse aurait transgressées.

Par ailleurs, les développements du moyen ne comportent aucune indication quant aux motifs qui, à l'estime de la requérante, seraient erronés ou contradictoires.

Enfin, la requérante dénonce une erreur manifeste d'appréciation sans faire apparaître les dispositions ou principes dans l'application desquels la partie adverse aurait commis une telle erreur.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré recevable qu'en tant qu'il est pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, dont les dispositions susceptibles d'avoir été violées se laissent aisément identifier.

B. Caractère sérieux du moyen

La décision par laquelle la partie adverse déclare irrégulière l'offre de la requérante et, en conséquence, évince celle-ci, est motivée comme suit :

" Considérant que l'entreprise Centr'Auto a remis une offre jugée irrégulière, en effet, la remise accordée sur les catalogues diffère de celle présentée dans la commande fictive. En outre, l'administration n'a pas été en mesure de vérifier les prix de la commande fictive sur base des informations remises par la société. Pour ces raisons, l'offre a été écartée".

Une telle motivation permet à la requérante de comprendre les raisons de son éviction, ainsi que l'attestent notamment les considérations qu'elle a émises en termes de requête et de plaidoiries.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu de retenir les griefs formulés, à l'audience du 17 novembre 2015, à l'encontre du second motif d'éviction de la requérante, la requête n'ayant élevé aucune critique à ce propos.

Le moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que les offres des soumissionnaires qu'elle dépose en pièces 8 à 11 du dossier administratif demeurent confidentielles.

Il y a lieu de faire droit à cette demande, la levée de la confidentialité n'étant pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige.

VII. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite l'octroi de l'indemnité de procédure de base, soit 700 euros, conformément à l'article 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité.

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

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

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 8 à 11 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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 à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 4.

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

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.