

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.363 du 5 juillet 2016

G./A.219.501/VI-20.803

En cause : **la société anonyme DUMAY-MIOR,**

ayant élu domicile chez
Me Eric TOUSSAINT, avocat,
boulevard Tirou, n° 24,
6000 Charleroi,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
LA SAMBRIENNE,**

ayant élu domicile chez
Mes Gauthier ERVYN et
Edwige SPAMPINATO, avocats,
avenue de la Toison d'Or, n° 77,
1060 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 14 juin 2016, la société anonyme DUMAY-MIOR sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 9 mai 2016 par laquelle la partie adverse considère que l'offre de la requérante est irrégulière et attribue le marché à un autre soumissionnaire".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 juin 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 juin 2016 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.

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, *loco* Me Eric TOUSSAINT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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 des avis de marché publiés, le 3 février 2016, au Bulletin des adjudications (sous la référence 2016-503 367) et, le 6 février 2016, au supplément au Journal officiel de l'Union européenne (sous la référence 2016/S 026-042 184), la partie adverse a lancé un marché de services pour le remplacement complet et la maintenance *full omnium* des installations de détection incendie selon la procédure d'adjudication ouverte.

Le cahier spécial des charges de ce marché mentionne notamment les conditions d'exécution suivantes:

" J. Délai de validité des offres :

180 jours de calendrier prenant cours le lendemain de la date ultime de leur remise.
[...]

4.1 Modèle et dépôt des offres :

[...]
Les annexes faisant partie intégrante de l'offre doivent également être signées par la personne adéquate (art. 82 – AR 15/07/2011). Il en est de même pour les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés ainsi que pour toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de nature à influencer les conditions essentielles du marché.
[...]

10. Paiements :

Les montants mensuels seront payables par mensualité pendant 10 ans.
Ces mensualités comprennent :

- Le démontage des installations actuellement en place;
 - La fourniture et le placement des nouvelles installations;
 - La maintenance (entretien, dépannage, réparation) complète pendant 10 ans.
- Les demandes de paiement valant déclaration de créance sont introduites trimestriellement à terme échu. Elles doivent être datées et signées.
[...]

13.2 Garantie :

Les installations de détection incendie seront garantie 10 ans dès leur placement.
[...]"

III.2. L'ouverture des offres a eu lieu le 29 mars 2016 et quatre soumissionnaires ont remis une offre, dont la requérante.

III.3. Le 18 avril 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé :

- "
- d'attribuer le marché de service de remplacement et de maintenance *full omnium* des installations de détection incendie pour une durée de 10 ans au soumissionnaire GIMI SA de CHAUDFONTAINE pour le prix de 2.763.055,30 euros TVA comprise, compte tenu du fait qu'il remplissait les conditions de sélection qualitative, que son offre était conforme et qu'elle était la plus basse;
 - d'écarter le soumissionnaire DUMAY - MIOR vu que son offre était non conforme du fait du non-respect des conditions du cahier spécial des charges;
 - de classer les autres soumissionnaires remplissant les critères de sélection qualitative et dont les offres étaient conformes dans l'ordre suivant :
 - o l'offre de DEF BELGIUM en deuxième position sur base du prix exclusivement;
 - o l'offre de T.T.G. en troisième position sur base du prix exclusivement;
 - de considérer le rapport d'analyse des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération [...]"

Cette décision constitue l'acte attaqué.

S'agissant de l'examen de la régularité des offres, le rapport d'analyse, dont l'acte attaqué fait sienne la teneur, est libellé comme suit:

" [...]

5.1 Régularité formelle :

Conformément à l'article 95, alinéa 2, de l'AR du 15/07/2011 et aux formalités exigées dans les documents du marché, il est procédé à l'analyse de la régularité formelle de l'offre.

Les soumissionnaires DEF BELGIUM, GIMI SA, DUMAY-MIOR et T.T.G ont tous joints les documents demandés et aucune irrégularité n'a été relevée.

- o le formulaire d'engagement dûment complété et signé;
- o l'inventaire récapitulatif dûment complété et signé.

5.2 Régularité matérielle :

Conformément à l'article 95, al. 3 - 4 de l'AR du 15/07/2011, il a été procédé à la régularité matérielle de l'offre.

L'offre des ETS DUMAY-MIOR reprend des conditions générales de vente qui sont propres à la société au verso de la page 1 ainsi qu'en page 2, à savoir :

- du délai de validité de l'offre qui est de 1 mois au lieu de 180 jours calendrier;
- du paiement avec un acompte de 25% à la commande et du solde à la mise en service de l'installation alors qu'il est prévu que les demandes de paiement valant déclaration de créance sont introduites trimestriellement à terme échu;
- du calcul des intérêts de retard qui est contradictoire à la réglementation des marchés publics;
- du délai de garantie d'un an accordé sur les pièces, main d'œuvre et déplacement alors que le marché prévoit la maintenance *full omnium* des installations remplacée.

L'irrégularité constatée rend impossible la comparaison effective des offres et doit être considérée comme substantielle et entraîne de par ce fait la nullité de l'offre des ETS DUMAY –MIOR [...]"

IV. MOYEN UNIQUE

IV.1. Thèse de la requérante

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 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, des articles 80 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'inexactitude dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle le formule comme suit :

" L'article 24 de la loi du 15 juin 2006 dispose que :

«Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999. Pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, le pouvoir adjudicateur tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours».

L'article 82, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

«Le soumissionnaire signe l'offre ainsi que le métré récapitulatif ou l'inventaire éventuels et les autres annexes jointes à l'offre.

Les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés visés à l'article 81, alinéa 1^{er}, 2^o et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par le soumissionnaire. Les

dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement».

L'article 4.1 des clauses administratives générales du cahier spécial des charges dispose que :

«Les annexes faisant partie intégrante de l'offre doivent également être signées par la personne adéquate (art. 82 – AR 15/07/2011)».

En l'espèce, à la lecture de l'extrait de la décision du 9 mai 2016, la seule irrégularité semble consister en la présence, au *verso* du papier à entête de la requérante, de ses conditions générales de vente.

Cependant, force est de constater que les conditions générales ne font pas partie de l'offre déposée par la requérante puisque :

- Premièrement, elles ne sont pas mentionnées dans l'inventaire des pièces annexées;
- Deuxièmement, elles ne sont pas expressément jointes à l'offre;
- Troisièmement, elles ne sont pas signées, contrairement à l'ensemble des autres documents composant l'offre.

Dès lors, il est évident que les conditions générales – présentes au *verso* du courrier de transmis de l'offre qui ne fait pas partie, en lui-même, de ladite offre – ne font pas partie intégrante de l'offre déposée.

Il s'ensuit que, en prenant en compte les conditions générales et en estimant que celles-ci constituaient une irrégularité, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Partant, le moyen unique est fondé".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen unique reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir écarté l'offre de la requérante après l'avoir déclarée irrégulière, car reprenant les conditions générales de vente de celle-ci, lesquelles dérogent à certaines prescriptions des documents du marché, alors que – selon la requérante – ces conditions générales de vente ne faisaient pas partie de l'offre qu'elle avait déposée, mais figuraient seulement au *verso* de la lettre de transmission de cette offre.

Tel que formulé en termes de requête, le moyen ne vise pas les dispositions ou principes régissant la sanction des offres irrégulières et que la partie adverse aurait violés en agissant comme il le lui est reproché. Ainsi, n'est notamment pas invoquée une méconnaissance de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, auquel se réfère la partie adverse dans sa note d'observations.

Au vu de l'argumentation développée par la requérante dans sa requête, 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, ou des articles 80 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, l'inexactitude dans les motifs et l'erreur manifeste d'appréciation ne peuvent être invoquées de façon autonome, dès lors qu'à supposer décelé l'un de ces vices, il ne pourrait affecter l'acte attaqué qu'en relation avec une méconnaissance de l'article 95 précité, auquel ne réfère toutefois pas le moyen.

Par ailleurs, le moyen invoque une violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, sans toutefois préciser comment, en adoptant l'acte attaqué, la partie adverse aurait méconnu l'une ou plusieurs des dispositions de cette loi.

Dans ces circonstances, il apparaît, *prima facie*, que le moyen n'est pas recevable.

En toute hypothèse, et même si le moyen pouvait être déclaré recevable, ce qu'un examen effectué en extrême urgence ne permet ainsi pas de décider, encore s'imposerait-il de constater que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que la requérante avait bien joint à son offre ses conditions générales, ainsi que des "renseignements généraux".

A supposer, en effet, que la requérante puisse être suivie lorsqu'elle soutient – tant dans sa requête qu'en termes de plaidoiries – que l'impression, au verso de la lettre de transmission de son offre, de ses "conditions générales de vente" qu'elle n'était pas en mesure d'occulter n'atteste pas à suffisance sa volonté d'imposer des conditions générales dérogeant à certaines prescriptions des documents du marché, ce même raisonnement ne peut être admis à propos des "renseignements généraux" repris sur un feuillet distinct de la lettre de transmission de l'offre, comportant la référence précise de celle-ci, ainsi que des conditions dérogeant incontestablement à certaines prescriptions des documents du marché. Le fait de verser (fût-ce sans être conscient des implications d'un tel geste) un tel document dans l'enveloppe contenant l'offre, alors que rien ne l'y contraignait, ne pouvait être interprété par la partie adverse que comme révélant la volonté de la requérante d'imposer des conditions dérogeant à certaines prescriptions des documents du marché, et ce d'autant qu'il n'est pas établi – et la requérante ne le soutient d'ailleurs pas – que la partie adverse était tenue de (ou même autorisée à) dissocier de l'offre d'éventuels documents inutiles, dénués de pertinence, voire susceptibles d'entacher l'offre d'irrégularité.

Reprochant à la partie adverse d'avoir considéré à tort que les "conditions générales de vente" de la requérante et les "renseignements généraux" faisaient partie de l'offre de celle-ci, le moyen n'est, en tout état de cause, pas sérieux.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel l'offre de la requérante, qu'elle identifie comme étant la pièce 6 du dossier administratif.

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

Pour la même raison, il s'impose de déclarer d'office confidentielle l'offre déposée par la requérante, laquelle constitue la pièce 2 de son dossier de pièces.

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 28 juin 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

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.

La pièce 6 du dossier administratif et la pièce 2 du dossier de pièces de la requérante 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.

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 cinq juillet deux mille seize 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.