CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.136 du 17 octobre 2016

G./A.220.328/VI-20.862

En cause : **NOLLEVAUX** Jean-Pol,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc PICARD, avocat,
rue Capouillet, n° 34,
1060 Bruxelles,

contre :

1. **la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures**, en abrégé SOFICO,
2. **la Région wallonne**, représentée par son Gouvernement.

ayant élu domicile chez
Me Dominique GERARD, avocat,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

PIERRE Jean-Paul,

ayant élu domicile chez
Me Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant, n° 56,
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 22 septembre 2016, Jean-Pol NOLLEVAUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures et du Service Public de Wallonie du 9 septembre 2016 d'écarter son offre et d'attribuer le marché (CSC nr 16c50 lot nr 4) à un tiers, Monsieur Jean-Pol Pierre".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Jean-Paul PIERRE a, par une requête déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat le 7 octobre 2016, demandé à être reçu en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 23 septembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 octobre 2016 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.

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

M. le Président de chambre, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Jean-Marc PICARD, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Anne FEYT et Martin JOACHIM, avocats, comparaissant pour les parties adverses et Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

Mme 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

Les faits de la cause sont résumés comme suit par le requérant, qui n'est pas contredit par la partie adverse:

" La partie adverse a établi un cahier des charges (version 5 février 2016) pour des prestations de services hivernales sur les routes gérées par le district de Gedinne.

Le marché de service par adjudication ouverte concernait l'exécution des services relatifs à l'épandage des fondants chimiques et au déneigement sur les routes (autoroute) gérées par la région wallonne, pour le district de Gedinne.

Le requérant a déposé une offre. (…)

Par décision du 9 septembre 2016 (…), décision attaquée, la partie adverse a décidé de déclarer l'offre du requérant irrégulière et d'attribuer le marché à Monsieur PIERRE Jean-Pol.

Nonobstant l'offre la plus basse proposée par le requérant, la partie adverse a considéré «que l'inventaire annexé à la soumission de Nollevaux Jean-Pol n'est pas signé; que cette offre ne respecte pas les formalités prescrites à l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité; qu'il s'agit d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011; Que cette offre est nulle;».

Ensuite, la partie adverse a décidé que l'offre la plus basse émanait du soumissionnaire PIERRE Jean-Pol et lui a attribué le marché.

La décision a été notifiée au requérant par fax portant la date du 9 septembre 2016".

IV. INTERVENTION

Jean-Paul PIERRE a, par une requête déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat le 7 octobre 2016, demandé à être reçu en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence, en sa qualité de bénéficiaire de l'acte dont la suspension est sollicitée, il a intérêt à intervenir de sorte qu'il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le requérant prend un moyen unique de "l'excès de pouvoir, de la violation des formalités substantielles prescrites à peine de nullité, de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que du principe général de droit selon lequel les actes administratifs unilatéraux doivent reposer sur des motifs qui sont exacts, pertinents et admissibles en droit".

En substance, il reproche à la partie adverse d'avoir considéré que le défaut de signature de l'inventaire annexé à son offre constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Il ne conteste pas que cette formalité est prescrite à l'article 82 de cet arrêté royal ni qu'il a omis de s'y conformer, mais estime que cette formalité ne revêt pas un caractère essentiel.

Il indique que "l'offre est bien signée tout comme la note sur l'engagement pris par le soumissionnaire concernant le respect de la loi du 4 août 1936 sur le bien-être au travail ainsi que la déclaration sur l'honneur et le modèle de déclaration bancaire". Il ajoute que "tous les documents de l'offre sont remplis à la main par le requérant, qu'il s'agisse de l'inventaire ou des autres documents" et que "la partie adverse ne conteste pas que l'écriture qui figure sur l'inventaire (non signé) est bien la même écriture que celle qui figure sur les autres documents (signés)".

Citant plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, il fait valoir que "pour écarter une offre qu'il considère être affectée d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur doit constater que cette offre déroge à une [ou] plusieurs prescriptions contenues dans les documents du marché et que ces prescriptions auxquelles il est ainsi dérogé revêtent un caractère essentiel". Or, en l'espèce, "force est de constater qu'à aucun moment dans la décision, la partie adverse n'a indiqué que la signature de l'inventaire revêt un caractère essentiel".

Il considère que le défaut de signature de l'inventaire ne génère, en l'occurrence, aucune incertitude concernant son engagement "puisque 1° l'offre, 2° l'engagement pris par le soumissionnaire concernant le respect de la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail et 3° le modèle de déclaration bancaire sont bien signés et que l'inventaire, qui est rédigé en toutes lettres manuscrites, dans des caractères manuels semblables à ceux figurant sur les documents signés ne laisse aucun doute quant au fait que ce document émane bien du même auteur que les trois autres documents". Il relève à cet égard que "la partie adverse ne conteste d'ailleurs pas que le document, non signé, émane du requérant".

Le requérant relève encore qu'"à aucun moment dans la décision, la partie adverse ne motive en quoi que ce soit le caractère essentiel de l'irrégularité qu'elle constate".

B. Note d'observations

Les parties adverses observent que "l'article 95 de l'arrêté royal [...] du 15 juillet 2011 confère un cadre précis au pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le contrôle de la régularité formelle et matérielle des offres".

Après avoir rappelé la teneur de cette disposition ainsi que les indications fournies par le Rapport au Roi concernant les critères justifiant qu'une formalité soit qualifiée d'essentielle, elles indiquent qu'il "appartient au pouvoir adjudicateur, au regard de ces critères, d'apprécier si la formalité violée peut être qualifiée d'essentielle. Le Conseil d'Etat ne peut à cet égard que censurer les erreurs manifestes

d'appréciation du caractère essentiel d'une formalité prévue par les dispositions énumérés par l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

S'agissant de la signature de l'inventaire récapitulatif, elles rappellent que cette formalité est imposée par l'article 82, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et qu'en méconnaissance de cet article, le requérant ne l'a pas signé. Or, le pouvoir adjudicateur a jugé essentielle cette obligation de signature.

Elles expliquent encore que "selon la doctrine une telle irrégularité fait, en effet, naître un doute quant à l'engagement du soumissionnaire". Elles estiment pour leur part que "l'absence de signature de cet inventaire a fait naître un doute dans le chef des pouvoirs adjudicateurs quant aux engagements du requérant en ce qui concerne les montants par poste qui auraient été finalement exigés par l'adjudicataire lors de l'exécution du contrat". Elles précisent que "l'incertitude quant à cet engagement lié à l'impératif de prudence qui doit guider l'administration dans l'exercice de sa mission ont poussé les parties adverses à déclarer l'offre irrégulière".

Les parties adverses concluent que "la qualification de formalité essentielle donnée par les parties adverses à l'exigence de signature de l'inventaire prévue par l'article 82, § 1, de l'arrêté royal du 15 juillet 2015 n'est pas déraisonnable" et que, partant, l'article 95, § 2, de cet arrêté royal "n'a donc pu être violé".

Selon elles, "la circonstance que l'écriture manuscrite du formulaire d'offre et des documents annexés serait «semblable» à celle de l'inventaire n'est pas de nature à énerver ce constat". Elles exposent, à cet égard, d'une part, que "le caractère semblable de ces écritures manuscrites n'est pas évident [et qu'une] lecture parallèle du formulaire d'offre et de l'inventaire récapitulatif ne donne aucune certitude quant à l'identité de l'auteur du formulaire de l'offre" et, d'autre part, qu'"on ne peut demander à l'administration de se muer en graphologue afin de déterminer l'identité de la personne qui a rédigé le document en raison du manque de rigueur des soumissionnaires dans la rédaction de leur offre". Elles considèrent que "la signature manuscrite reste le seul moyen pour déterminer l'identité de l'auteur de l'acte" et que "c'est donc à juste titre que les parties adverses ont conclu à son caractère essentiel".

En ce qui concerne la motivation de l'acte attaqué, les parties adverses rappellent que "l'obligation de motivation formelle ne va pas jusqu'à imposer à l'administration d'indiquer dans ses décisions les motifs des motifs".

Elles estiment qu'en l'espèce, la "décision d'écartement de l'offre se fonde sur le constat que l'inventaire ne contenait pas de signature du requérant et que cette

omission est constitutive d'une irrégularité formelle substantielle". Selon elle, "cette motivation indique clairement le syllogisme juridique suivi par les parties adverses pour aboutir à la conclusion que l'offre du requérant doit être écartée", le "motif de cette décision [étant] le caractère substantiel de l'irrégularité constatée".

Elles considèrent qu'"exiger davantage de motivation reviendrait à demander à l'administration de faire figurer dans sa décision les motifs des motifs".

C. Requête en intervention

La partie intervenante observe qu'"il n'appartient ni à la requérante ni au Conseil d'Etat de se substituer au pouvoir adjudicateur afin de déterminer quelles offres sont ou non régulières" le pouvoir adjudicateur disposant à cet égard d'une large marge d'appréciation. Il lui revient notamment de déterminer si une formalité revêt un caractère essentiel. La partie intervenante ajoute, à cet égard, que la doctrine enseigne que l'absence de signature du métré ou de l'inventaire constitue une irrégularité substantielle au même titre que l'absence de signature de l'offre, dès lors qu'elle fait naître une incertitude sur l'engagement du soumissionnaire concernant les prix unitaires ou les quantités.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 95, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, précité, se lit comme suit en ses paragraphes 2 et 4:

" § 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1er ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

[…]

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Il découle du paragraphe deux qu'une offre est toujours affectée d'une irrégularité formelle lorsqu'elle ne respecte pas l'une quelconque des formalités prescrite par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 de l'arrêté

royal ou par les documents du marché. Cette irrégularité n'est toutefois pas nécessairement substantielle. Pour qu'une telle irrégularité doive être qualifiée de substantielle, une condition supplémentaire est requise: que la formalité prescrite revête un caractère essentiel. Tel est le cas lorsqu'elle est définie comme telle dans la disposition qui la prescrit, par exemple lorsqu'elle est prescrite à peine de nullité, ou encore lorsqu'elle peut être considérée comme telle de par sa nature même.

Il se déduit, par ailleurs, du paragraphe 4 que si l'irrégularité est substantielle, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre, alors que si elle ne l'est pas, il peut, mais ne doit pas, déclarer l'offre nulle.

Une autorité confrontée à une irrégularité doit donc en premier lieu procéder à la qualification de celle-ci. Elle ne peut, à cet égard, se contenter de relever que l'offre ne satisfait pas à une formalité prévue par l'une des dispositions citées à l'article 95, § 2, mais doit aussi indiquer si cette irrégularité est essentielle ou non et, le cas échéant, énoncer les motifs pour lesquels elle considère cette irrégularité comme essentielle.

En l'espèce, il n'est pas contesté que dès lors que l'inventaire joint à l'offre du requérant n'est pas signé, celle-ci ne respecte pas une formalité prescrite par l'article 82, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Cette disposition se lit comme suit :

" Art. 82. § 1er. 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 1er, 2° 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".

La disposition citée n'attache aucun caractère essentiel à la signature de l'inventaire; elle n'indique pas, en particulier, qu'elle serait prescrite à peine de nullité ou d'irrecevabilité de l'offre. A première vue, la partie adverse ne pouvait, par conséquent, déduire du seul fait que cette formalité est prescrite par cette disposition que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle. Elle devait, à tout le moins, indiquer les motifs pour lesquels elle considère que le respect de cette formalité revêt un caractère essentiel. Or, l'on cherche en vain une telle motivation dans l'acte attaqué. Certes, la note d'observation s'efforce-t-elle de pallier cette lacune, mais une telle motivation fournie *a posteriori* ne peut, en toute hypothèse, compenser

les insuffisances de l'acte attaqué au regard de l'obligation de motivation pesant sur le pouvoir adjudicateur.

Pour le surplus, il n'est pas soutenu de part adverse que les documents du marché attachent un caractère essentiel au respect de la formalité litigieuse. La partie adverse soutient, en revanche, que la signature de l'inventaire revêt un caractère essentiel, dès lors que son absence fait naître un doute dans le chef du pouvoir adjudicateur quant aux engagements du soumissionnaire. Il s'agirait donc d'une formalité essentielle par nature. *Prima facie*, la partie adverse ne peut être suivie dans ce raisonnement. En effet, l'engagement du soumissionnaire s'exprimant dans son offre, dont l'inventaire ne constitue qu'une annexe, il ne peut être posé en règle, *in abstracto*, que cette annexe exprime cet engagement au même titre que l'offre à laquelle elle est jointe ni que l'absence de signature de cette annexe suffit à annihiler un engagement qui aurait été clairement formulé dans l'offre. Il revient donc au pouvoir adjudicateur qui estime devoir écarter une offre au motif que l'inventaire annexé n'est pas signé, d'exposer les motifs pour lesquels cette irrégularité, bien que ne portant pas sur une formalité revêtant un caractère essentiel, et donc n'étant pas substantielle, justifie néanmoins que l'offre soit écartée, par exemple parce que, dans les circonstances propres à l'espèce, elle est de nature à engendrer un doute sur l'engagement du soumissionnaire.

En conséquence, la partie adverse ne pouvait, à première vue, pas conclure au caractère substantiel de l'irrégularité qu'elle a constatée ni écarter l'offre du soumissionnaire sans avoir exposé pour quel motif cette irrégularité, eu égard aux circonstances de l'espèce, justifiait que l'offre soit déclarée nulle.

Le moyen est sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose les offres des différents soumissionnaires et demandent qu'elles soient tenues confidentielles. Elle dépose également la copie d'une décision qui n'a pas encore été notifiée et pour laquelle elle demande également la confidentialité. Ces pièces portent les références A, B, C, D et E du dossier administratif.

La divulgation de ces pièces n'apparaît pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige et pourrait porter atteinte au secret des affaires. Il y a par conséquent lieu d'accéder à la demande de la partie adverse.

Par ailleurs, le requérant dépose son offre en annexe 2 de sa requête. Conformément à l'article 26 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, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de ces offres.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par Jean-Paul PIERRE est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 9 septembre 2016 par la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures et du Service Public de Wallonie d'écarter l'offre de Jean-Pol NOLLEVAUX et d'attribuer le lot 4 du marché public de service relatif aux prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Gedinne (régi par le cahier spécial des charges n°01.03.01 16c50) à Jean-Pol PIERRE.

Article 3.

Les pièces A à E du dossier administratif et la pièce 2 du dossier du requérant demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le dix-sept octobre deux mille seize par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Serge BODART.