

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.354 du 4 novembre 2016

G./A.220.393/VI-20.874

En cause : **la société anonyme SOTRAPLANT TRAVAUX
ROUTIERS,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-François DAVREUX,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur,

contre :

la Société wallonne de Financement des Infrastructures,
en abrégé SOFICO,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 octobre 2016, la société anonyme SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS sollicite l'annulation et la suspension d'extrême urgence de la décision prise le 19 septembre 2016 par la SOCIETE WALLONNE DE FINANCEMENT DES INFRASTRUCTURES, en abrégé SOFICO, "attribuant le [lot 11] marché public relatif « aux prestations de service hivernales sur les routes gérées par le district de Daussoix » à la société GTLM ".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 octobre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 27 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, lequel a été déposé sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat.

M le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Augustin NOLET DE BRAUWERE, *loco* Me Jean-François DAVREUX, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, 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. La SOFICO a lancé un marché public de services ayant pour objet des "prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Daussoulx".

L'avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications du 5 avril 2016 et au Journal officiel de l'Union européenne du 7 avril 2016 (n° 118795-2016-FR). Un avis rectificatif a ensuite été publié, respectivement au Bulletin des Adjudications du 21 avril 2016 et au Journal officiel de l'Union européenne du 26 avril 2016.

Le marché est régi par un cahier spécial des charges portant le n° 01.03.01-16 C51-2016-2020.

Le mode de passation retenu est l'adjudication ouverte.

III.2. Le 2 juin 2016, date de la séance d'ouverture des offres, il est constaté que les trois entreprises suivantes ont remis offre pour le marché en cause :

- la S.A. SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS (à savoir la requérante) ;
- la S.P.R.L. GTLM;
- et la S.A. GERDAY TRANSPORT.

III.3. Le 4 août 2016, la Direction des Routes de Namur, département du réseau de Namur et du Luxembourg, du Service Public Wallonie (SPW), dans son rôle d'assistance de la SOFICO pour la passation et l'exécution du marché en cause, établit un rapport d'analyse des offres qui précise ce qui suit:

" Le formulaire d'offre annexé à la soumission de la société SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS n'est pas signé. Cette absence de signature est constitutive d'une irrégularité substantielle entraînant la nullité absolue de l'offre".

III.4. Le 19 septembre 2016, la SOFICO décide d'attribuer le lot n° 11 du marché en cause à la S.P.R.L. GTML et de conclure à l'irrégularité de l'offre de la S.A. SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS.

La décision fait à ce sujet état de ce qui suit:

" Sélection des soumissionnaires

[...] Droit d'accès

Considérant que, conformément à l'article 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, par le seul fait du dépôt de leur offre, les soumissionnaires ont attesté qu'ils ne se trouvaient pas dans un des cas d'exclusion visés au §§ 1^{er} et 2 de l'article précité;

Considérant que le respect des obligations fiscales a été vérifié dans le chef de tous les soumissionnaires établis en Belgique via l'application informatique TELEMARC (*Digiflow*);

[...] Sélection qualitative

Considérant que l'Administration a demandé à la société GTLM, dont la soumission n'était pas complète au niveau de la sélection qualitative de fournir les documents manquants;

Considérant qu'il ressort de l'examen des documents fournis que tous les soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative après application des critères de capacité financière et économique ainsi que des critères de capacité technique ou professionnelle définis par le cahier spécial des charges;

Examen des offres et attribution du marché

Considérant que selon les données extraites du procès-verbal d'ouverture des offres, les prix remis par les soumissionnaires sélectionnés sont les suivants : SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS : 23.500,00 euros HTVA (après application de la majoration de 25%) ; GTLM : 32.400,00 euros HTVA (après correction de l'erreur arithmétique) ; GERDAY TRANSPORT: 48.200,00 euros HTVA;

Considérant que l'offre de la société SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS, après application de la majoration de 25% est de 23.500,00 euros HTVA et non de 18.800,00 euros HTVA;

Considérant que l'offre de la société GTLM, après correction de l'erreur arithmétique du poste n° 8.1 de l'inventaire, est de 32.400,00 euros HTVA et non de 21.600,00 euros HTVA;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification de la régularité des offres reçues au sens de l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;

Considérant que le formulaire d'offre annexé à la soumission de la société SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS 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

[...] ".

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué aux soumissionnaires en date du 19 septembre 2016 par courrier recommandé et par fax.

III.5. Dans la communication adressée à la SPRL GTLM, la partie adverse précise de manière expresse que la conclusion du marché n'aura lieu qu'à l'expiration du délai d'attente de quinze jours et qu'en l'absence d'un recours en suspension.

IV. MOYEN UNIQUE DE LA REQUETE

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante invoque un moyen unique, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général de l'égalité de traitement, de l'article 4 de la loi du 15 juin 2006 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fourniture et de services, des articles 82 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique, de transparence, et d'appréciation, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans ce qui peut être considéré comme une première branche, la requérante fait valoir, à titre principal, que l'offre est manifestement signée, du fait que la mention, de manière manuscrite, du nom (BROERS), du prénom (XAVIER) et de la fonction (Directeur général) à l'endroit requis, à la fin de l'offre, est suffisante et respecte le prescrit de la loi.

Dans ce qui peut être considéré comme une seconde branche, la requérante fait valoir, à titre subsidiaire, que la signature de Monsieur BROERS, nom

et graphisme, est apposée sur de nombreux autres documents joints à l'offre, ce qui permet de considérer que l'engagement pris par la requérante l'est bien sans aucune équivoque. La requérante se réfère, notamment, à diverses annexes jointes à l'offre, au métré récapitulatif, de même qu'à la déclaration contenant l'engagement d'une exécution conforme au cahier spécial des charges.

A l'appui des ces deux branches, la requérante fait valoir que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et fait preuve d'un formalisme excessif en considérant que l'offre de la requérante est "non signée".

B. Thèse de la partie adverse

S'agissant de la première branche du moyen unique, la partie adverse rappelle tout d'abord qu'il a été jugé par le Conseil d'Etat qu'une offre dont le courrier d'accompagnement et l'inventaire sont signés, mais dont le formulaire de soumission proprement dit est simplement paraphé, est entachée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 82, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle observe ensuite que l'offre de la requérante est complétée à la main et n'est pas signée, du fait que la dernière page du formulaire d'offre ne comporte aucune signature identifiable, mais comporte simplement la mention manuscrite suivante sous la rubrique "Le(s) soumissionnaire(s), Signature(s)" : "Broers Xavier, Directeur général".

S'agissant de la seconde branche du moyen unique, la partie adverse observe que celle-ci manque en droit, du fait qu'il résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 209.381 du 1^{er} décembre 2010 qu'une offre, dont le courrier d'accompagnement et l'inventaire sont signés, mais dont le formulaire de soumission est simplement paraphé, est bien entachée d'une irrégularité substantielle.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Toute irrégularité de l'offre au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'entraîne pas d'office l'écartement de celle-ci. Il revient en effet à l'autorité adjudicatrice de constater valablement en fait l'existence d'une irrégularité, de qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle, d'énoncer les motifs, conformes à l'article 95, sur lesquels elle se fonde pour ce faire, de tirer les conséquences de cette qualification et, si l'irrégularité est qualifiée de non-substantielle, de motiver la décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité.

Toute irrégularité n'est donc pas nécessairement substantielle. Pour qu'une irrégularité doive en effet être qualifiée de substantielle, une condition supplémentaire est requise, à savoir 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, de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 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.

Si une irrégularité doit être considérée comme non-substantielle, il convient donc d'en tirer les conséquences éventuelles et ce, en tenant, notamment, compte de l'ampleur de l'irrégularité ainsi constatée, du caractère ou non répétitif de l'irrégularité ou des irrégularités constatées, ou, encore, des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Il peut, à cet égard, être considéré, même à défaut de toute précision à ce sujet dans l'article 82, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, que l'absence de toute signature de l'offre constitue une irrégularité substantielle par nature, du fait même qu'il peut en être déduit qu'il n'y a pas du tout d'engagement valablement contracté par le soumissionnaire concerné.

En l'espèce, la requérante ne prétend pas que Monsieur Xavier BROERS aurait lui-même rempli le formulaire d'offre et mentionné à la fin de celui-ci ses nom, prénom et qualité en guise de signature. Une telle explication serait, en vérité, peu vraisemblable dès lors qu'il y a lieu de constater que la signature de Monsieur BROERS qui figure sur divers documents joints au formulaire d'offre ne correspond pas à la mention apposée sur ce formulaire et ce, à l'endroit prévu pour l'apposition de la signature.

Il ressort toutefois de l'instruction de l'affaire à l'audience que, contrairement à ce que fait valoir la partie adverse, d'une part, l'offre remise par la requérante comporte bien une signature manuscrite qui figure sur la première page de cette offre sous la mention manuscrite " Majoration de 25 % (vingt-cinq pour cent) sur tous les prix unitaires", et que, d'autre part, comparée aux autres pièces annexées à cette offre, cette signature apparaît bien, *prima facie*, comme étant celle de Monsieur Xavier BROERS, directeur général de la requérante. L'affirmation de la partie adverse selon laquelle l'offre ne serait revêtue d'aucune signature qui engagerait valablement

la requérante apparaît donc comme étant, *prima facie*, contredite par les pièces du dossier administratif.

Il est vrai que cette signature ne figure pas à l'endroit normalement prévu à cette fin sur le formulaire d'offre, mais il n'en reste pas moins qu'elle fait clairement apparaître l'engagement de la requérante d'effectuer le marché au prix indiqué dans cette offre, majoré de 25 % sur tous les prix unitaires.

Si l'on ajoute aux considérations qui précèdent que cette signature figure sur la même page du formulaire d'offre que celle qui fait état de ce que le soumissionnaire "s'engage (ou s'engagent) sur ses (ou leurs) biens meubles et immeubles, à exécuter, conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges" le marché litigieux, il n'est pas permis de considérer, comme l'a fait la partie adverse, que l'offre de la requérante est effectivement affectée d'une irrégularité substantielle au sens des articles 82, § 1^{er}, et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, avec cette conséquence que cette offre devait bien être déclarée irrégulière sans que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre en la matière.

Le moyen unique de la requête peut, en conséquence, être considéré comme sérieux, en ce qu'il fait valoir, dans sa première branche, que c'est à tort que l'offre de la requérante a été considérée comme n'étant pas valablement signée.

V. DEMANDE DE CONFIDENTIALITE

La requérante demande que la confidentialité soit réservée à son offre, ainsi qu'à ses annexes et à son métré, ces pièces constituant les pièces 1, 2 et 3 du dossier de pièces qualifié de "confidentiel".

La partie adverse dépose également à titre confidentiel les trois offres des soumissionnaires.

Il y a lieu de faire droit à ces demandes.

VI. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

VI.1. Demandes des parties

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse aux dépens et au paiement d'une indemnité de procédure d'un montant maximum de 3.360 euros.

La partie adverse sollicite pour sa part la condamnation de la requérante aux dépens et au paiement d'une indemnité de procédure de 700 euros.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors qu'il y a lieu d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée, il convient de surseoir à statuer sur les dépens et sur l'octroi d'une éventuelle indemnité de procédure à la partie qui obtiendra finalement gain de cause.

PAR CES MOTIFS, DECIDE:

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 19 septembre 2016 par la SOCIETE WALLONNE DE FINANCEMENT DES INFRASTRUCTURES, attribuant à la société GTLM le lot n°11 du marché public relatif "aux prestations de service hivernales sur les routes gérées par le district de Dausoulx", régi par le cahier spécial des charges n° 01.03.01-16 C51-2016-2020.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 1, 2 et 3 des annexes à la requête qualifié de "dossier de pièces confidentiel", ainsi que les trois offres contenues dans le dossier administratif déposé sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

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

M. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre.,
M^{me} Katty LAUVAU, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.