

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.572 du 29 novembre 2016

G./A.214.669/VI-20.350

En cause : **la société anonyme ETABLISSEMENTS G.D.A.,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

la ville de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes Nathalie VAN DAMME
et Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 7 janvier 2015, la société anonyme ETABLISSEMENTS G.D.A. demande l'annulation des "délibérations du collège communal de Liège, du 18 juillet 2014, attribuant à la société AEBI SCHMIDT le marché public de fourniture d'une épandeuse à sel de 5 m³ (lot 1) et de deux épanduses à sel de 1 m³ (lot 2)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 20 septembre 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 19 octobre 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.

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

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur, 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. Le 21 août 2013, est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à la fourniture pour la Ville de Liège d'épanduses et d'une lame de déneigement destinées au service de la voirie. Ce marché était divisé en trois lots :

- fourniture d'une épanduse de sel de 5m³
- fourniture de deux épanduses de sel de 1m³
- fourniture d'une lame de déneigement et d'une épanduse de sel pour véhicule Multicar Fumo.

Le cahier spécial des charges de ce marché mentionne qu'il sera fait application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

III.2. Quatre offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT BELGIUM, ont été déposées pour le lot n°1. Quatre offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT BELGIUM, ont également été déposées pour le lot n°2. Il a été procédé à l'ouverture de ces offres le 30 septembre 2013 et les prix ont été proclamés.

III.3. Le 31 mars 2014, le Conseil communal de la Ville de Liège a décidé de passer, selon la procédure de l'adjudication ouverte, un marché pour la fourniture d'épanduses et d'une lame de déneigement destinées au service de la voirie. Ce marché est divisé en trois lots :

- fourniture d'une épanduse de sel de 5m³
- fourniture de deux épanduses de sel de 1m³
- fourniture d'une lame de déneigement et d'une épanduse de sel pour véhicule Multicar Fumo.

L'avis de marché est paru au Bulletin des adjudications du 9 avril 2014.

III.4. Trois offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT, ont été déposées pour le lot n° 1. Trois offres, dont celle de la requérante et celle de la société AEBI SCHMIDT, ont également été déposées pour le lot n° 2. Il a été procédé à l'ouverture de ces offres le 22 mai 2014. Il ressort des procès-verbaux du dépouillement des offres que la requérante et la société AEBI SCHMIDT ont offert les prix H.T.V.A. suivants :

Lot n° 1 : S.A. ETABLISSEMENTS G.D.A. : 27.000,00€
AEBI SCHMIDT: 26.800,00€

Lot n° 2 : S.A. ETABLISSEMENTS G.D.A. : 40.000,00€
AEBI SCHMIDT: 39.800,00€

III.5. Le 18 juillet 2014, le Collège communal de la Ville de Liège a décidé d'attribuer les lots 1 et 2 à la société AEBI SCHMIDT. Il s'agit des actes attaqués qui ont été notifiés à la requérante par des courriers recommandés déposés à la poste le 12 novembre 2014.

III.6. Par un courrier daté du 24 novembre 2014, la requérante a demandé à la partie adverse une copie du dossier administratif relatif à ce marché ainsi qu'une copie de celui relatif au marché paru le 21 août 2013.

Le 2 décembre 2014, la Ville de Liège a transmis copie des procès-verbaux d'ouverture des offres et indiqué que :

" Pour ce qui concerne le marché 2013-066, les documents du marché ont été réalisés sur base de la Loi du 24 décembre 1993.

L'Arrêté royal du 2 juin 2013 ayant fixé au 1^{er} juillet 2013 l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur les marchés publics du 15 juin 2006, l'avis de marché relatif à cette procédure aurait dû être publié avant cette date. Or, il a été publié le 21 août 2013.

Ce fait n'a malheureusement été constaté que dans le courant du mois de décembre par le service de Gestion financière de la Ville de Liège qui a, en toute logique, refusé notre dossier d'attribution. Il était alors trop tard pour relancer une procédure en 2013 et le budget a malheureusement été perdu.

Il s'agit donc ici d'une erreur purement administrative interne à la Ville de Liège et préalable à l'ouverture des offres".

Par un courrier du 8 décembre 2014, la requérante a demandé communication des procès-verbaux d'ouverture des offres de la première procédure ainsi que de la délibération par laquelle il a été décidé d'arrêter la première procédure et d'en recommencer une autre.

III.7. Le 22 décembre 2014, la Ville de Liège a indiqué ce qui suit à la requérante :

"après vérification, il apparaît que notre service administratif a omis de demander au Collège communal de mettre fin à la procédure".

IV. MOYEN NOUVEAU

IV.1. Thèses des parties

A. "Observations" de la requérante

Dans un document intitulé "Observations", déposé après que la partie adverse ait renoncé au maintien de la confidentialité des pièces 4 et 10 du dossier administratif, la requérante soulève un moyen nouveau, "pris de la violation des articles 51, 81, 82 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de la clause du cahier spécial des charges relative à la régularité des offres; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et de l'article 4 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".

Elle l'expose en trois parties, qui apparaissent comme autant de branches distinctes, dans les termes suivants:

‡CJLQLBGBC-BCHDIBV‡

" Identité du soumissionnaire

[...]. Dans ses offres relatives aux lots 1 et 2, l'attributaire se présente comme une personne morale de nationalité belge dénommée «Aebi Schmidt Belgium», dont le siège est établi Boomsesteenweg 74 à 2630 Artselaar.

[...]. La sprl de droit belge dénommée «Schmidt Belgium» a été dissoute à la suite de son absorption par la société de droit néerlandais «Aebi Schmidt Nederland B.V.».

Il n'existe pas de personne morale dénommée «Aebi Schmidt Belgium». La seule personne morale existante est la société de droit néerlandais «Aebi Schmidt Nederland B.V.».

[...]. Il en découle que les offres de l'attributaire méconnaissaient le prescrit de l'article 81 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en ce qu'elles indiquaient erronément la nationalité du soumissionnaire, sa dénomination, sa forme et son siège social.

Pouvoirs du signataire des offres

[...]. Les offres sont signées par Yves Godfrind en qualité de responsable du service commercial et, en outre, de «directeur-gérant», de «président», d'«administrateur délégué», d'«associé gérant», de «mandataire spécial», «dont les pouvoirs ont été publiés au Moniteur belge n°11155240 du 10 octobre 2011 (joint en annexe)».

[...]. Selon la décision publiée aux annexes du Moniteur du 14 octobre 2011, visée dans les offres de l'attributaire et y annexée, Monsieur Yves Godfrind a été nommé à la tête du service commercial de «Aebi Schmidt Nederland» par un administrateur.

Monsieur Godfrind n'a, selon ce document, pas la qualité de directeur-gérant, de président, d'administrateur délégué, d'associé gérant ou de mandataire spécial.

En outre et surtout, aucune information n'est fournie sur l'étendue de ses pouvoirs au rebours de la décision ultérieure, publiée aux annexes du Moniteur du 12 février 2013, où Monsieur Michel Verstraeten dispose du pouvoir d'engager Aebi Schmidt Nederland pour des montants allant jusqu'à 150.000 € et alors que la notion de chef du service commercial ne correspond à aucune définition légale.

[...]. Il en résulte que les offres de l'attributaire méconnaissaient le prescrit de l'article 51 et de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et le cahier spécial des charges de la partie adverse, étant signées par une personne n'ayant pas valablement établi qu'elle était habilitée à engager le soumissionnaire.

Conséquences : nullité des offres

[...]. En application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les offres de Aebi Schmidt devait être considérées comme nulles en raison des manquements qui les affectent, lesquels revêtent un caractère essentiel au sens de cette disposition : la partie adverse était en effet dans l'incertitude quant à l'identité même du soumissionnaire et quant à l'effectivité de l'engagement de ce dernier.

Il en allait d'autant plus ainsi que le cahier spécial des charges rappelait qu'à peine de nullité, l'offre devait être signée par une personne habilitée à engager le soumissionnaire et devait être accompagnée de «la preuve de la capacité du signataire d'engager le soumissionnaire».

Défaut de motivation

[...]. A tout le moins, si la partie adverse estimait que ces manquements ne revêtaient pas un caractère essentiel ou substantiel, il lui appartenait de s'en expliquer formellement, conformément au prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et de l'article 4 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.

Or, aucun motif des actes attaqués, si ce n'est la clause de style affirmant que les offres sont régulières, ne révèle l'existence d'un tel examen".

B. "Note d'observations" de la partie adverse

Dans un document intitulé "Note d'observations", la partie adverse répond à ce moyen nouveau dans les termes suivants:

" [...]. Les formulaires d'offre remplis par la société AEBI SCHMIDT le 21 mai 2014 (bien que cela vaut également pour les formulaires du 27 septembre 2013) précisent

Personne morale (raison sociale ou dénomination, forme, nationalité, siège social) : Aebi Schmidt Belgium, de la nationalité belge, domiciliée à 2830 Aartselaar, Boomsesteenweg 74. Immatriculée à la Banque Carrefour des entreprises sous le numéro : 0831.740.158 Ici représentée par le(s) soussigné(s) : (nom(s), prénoms et qualité) Goldfrind Yves, responsable service commercial (directeur-gérant, président, administrateur-délégué, associé-gérant, mandataire spécial) dont les pouvoirs ont été publiés au Moniteur belge n° 11156240 du 14/10/2011 (JOINT EN ANNEXE)
--

La consultation de la base de données de la Banque Carrefour des entreprises montre que, sous le n° BCE 0831.740.158, sont inscrites :

- La société AEBI SCHMIDT NEDERLAND BV, dont le siège est établi aux Pays-Bas, 7451 PJ Holten, Handelsweg 8, active depuis le 26.09.83 ;
- Sa succursale, dénommée AEBI SCHMIDT BELGIE, établie à 2630 Aartselaar, Boomsesteenweg 74 depuis le 1^{er} juin 2010.

Si le formulaire mentionne le nom et l'adresse de la succursale, c'est bien le n° de BCE de la société mère qui est repris sur le formulaire et l'ensemble des autres documents (attestations fiscale, ONSS,...).

Il n'y a aucun doute ni aucune restriction quant à l'engagement pris par la société mère.

[...]. M. LEEMHUIS, administrateur de AEBI SCHMIDT NEDERLAND BV, a nommé Monsieur GODFRIND membre de l'organe d'administration de la société AEBI SCHMIDT BELGIUM, à partir du 1^{er} août 2011 :

De bestuurde van Aebi Schmidt Nederland bv, de heer Johannes, Gerardus Leemhuis benoemd als bijkomend lid van het bestuursorgaan van Aebi Schmidt Belgium volgende persoon vanaf 1 augustus 2011: Godfrind Yves, wonende te 1730 Asse, Sint-Godardusstraat 16, geboren te Sint-Truiden op 28/04/1971, wordt benoemd tot hoofd commerciële dienst.
--

C. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante fait état des considérations suivantes:

" [...]. Dans ses délibérations du 18 juillet 2014, la partie adverse renseigne comme soumissionnaire la société «AEBI SCHMIDT» et désigne ce soumissionnaire comme attributaire.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse use tantôt du vocable «AEBI SCHMIDT» et «AEBI SCHMIDT BELGIUM», tout en refusant à la requérante, à ce moment, de lever la confidentialité de l'offre de l'attributaire.

[...]. Il ne saurait se déduire, dans ces circonstances particulières, que la requérante aurait pu soulever son moyen nouveau de la seule lecture du mémoire en réponse, celui-ci comportant par lui-même des informations contradictoires et n'étant pas conforme aux seules pièces du dossier administratif dont disposait alors la requérante.

Il en résulte qu'en sa première branche, le moyen nouveau est recevable.

[...]. En ce qui concerne les pouvoirs du signataire des soumissions, le rapport soutient que Monsieur GODFRIND «est membre de l'organe d'administration de la société AEBI SCHMIDT BELGIUM depuis le 1^{er} août 2011 et que la compétence de représentation appartient à chaque administrateur ».

[...]. Certes, l'acte publié le 20 décembre 2010, qui n'était pas joint à la soumission et ne fait pas partie du dossier administratif, établit que le pouvoir de représentation de «AEBI SCHMIDT NEDERLAND» appartient à chaque administrateur.

Mais la page 2 de cet acte, qui concerne spécifiquement la succursale, dispose en son point c), que le représentant légal de la succursale, dénommée «AEBI SCHMIDT BELGIUM» est Monsieur Johan VANHAUWE.

[...]. Le seul document en rapport avec les pouvoirs de Monsieur GODFRIND révèle que ce dernier a été nommé à la tête du service commercial par un administrateur de «AEBI SCHMIDT NEDERLAND». Ce document n'établit nullement la qualité d'administrateur dans le chef de Monsieur GODFRIND, a fortiori cette qualité dans le chef de «AEBI SCHMIDT NEDERLAND» :

- cette qualité ne peut résulter que d'une décision de l'assemblée générale de «AEBI SCHMIDT NEDERLAND» et non d'un seul administrateur;
- Monsieur GODFRIND n'est pas nommé comme administrateur de la société néerlandaise ou représentant légal de sa succursale belge ;
- la notion de service commercial ne correspond à aucune définition légale;
- l'étendue des pouvoirs de représentation de Monsieur GODFRIND n'a pas été précisée ; il ne dispose pas d'un mandat spécial.

[...]. A supposer que l'acte publié le 14 octobre 2011 puisse se lire comme nommant Monsieur GODFRIND en tant que membre de l'organe de gestion, ce que conteste la requérante, encore faut-il constater :

- que de manière erronée cette publication fait état d'un organe de gestion (bestuursorgaan) de la succursale. Or, la succursale a un représentant légal mais l'organe de gestion est celui de la société hollandaise, la succursale étant dépourvue de la personnalité juridique;
- que les pouvoirs de représentation de «AEBI SCHMIDT NEDERLAND» mentionnés dans l'acte publié le 20 décembre 2010 ne peuvent en conséquence s'appliquer à Monsieur GODFRIND.

A défaut, il ne se comprendrait pas qu'une décision ultérieure, publiée aux annexes du Moniteur du 12 février 2013, pourtant rédigée en termes similaires, renseigne que Monsieur Michel Verstraeten, dispose du pouvoir d'engager Aebi Schmidt Nederland pour des montants allant jusqu'à 150.000 €.

[...]. L'acte publié le 20 décembre 2010 comporte deux parties : la première est une présentation de AEBI SCHMIDT NEDERLAND; la seconde concerne la succursale dénommée AEBI SCHMIDT BELGIUM. Il n'est pas possible, comme le fait le rapport, d'amalgamer les deux parties de cet acte, dont les finalités sont distinctes.

[...]. Il en résulte que l'offre de l'attributaire a été signée par une personne n'ayant pas le pouvoir d'engager la société AEBI SCHMIDT NEDERLAND.

[...]. Le troisième moyen est fondé".

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse déclare se rallier aux développements du rapport de Madame le Premier auditeur rapporteur.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Quant aux deuxième et troisième branches

Il n'apparaît pas que, à tout le moins en ses deuxième et troisième branches, le moyen nouveau aurait pu être formulé dans la requête.

En vertu de l'article 51, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre est signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire.

En l'espèce, les formulaires d'offre établis au nom de l'attributaire du marché ont été signés par Yves GODFRIND, qui se présente comme "responsable service commercial (directeur gérant, administrateur délégué, associé gérant, mandataire spécial) dont les pouvoirs ont été publiés au Moniteur belge n° 11155240 du 04 octobre 2011".

La publication aux Annexes au Moniteur belge dont il est ainsi fait état, et qui date, en réalité, du 4 octobre 2011, contient les indications suivantes:

- " De bestuurder van Aebi Schmidt Nederland bv, de heer Johannes, Gerardus Leemhuis benoemd als bijkomend lid van het bestuursorgaan van Aebi Schmidt Belgium volgende persoon vanaf 1 augustus 2011:
- Godfrind Yves, wonende te 1730 Asse, Sint-Godardusstraat 16, geboren te Sint-Truiden op 28/04/1971, wordt benoemd tot hoofd commerciële dienst".

Cette publication ne permettait pas à la partie adverse d'apprécier l'étendue des pouvoirs accordés à Yves GODFRIND en cette qualité de responsable du service commercial et, en particulier, de déterminer si cette personne avait qualité pour engager l'attributaire du marché en signant les formulaires d'offre.

La référence à une qualité de "lid van het bestuursorgaan van Aebi Schmidt Belgium" n'est pas plus utile et pose, par ailleurs, question, dès lors qu'il ressort des pièces de la procédure que AEBI SCHMIDT BELGIUM apparaît être une succursale de AEBI SCHMIDT NEDERLAND B.V. et ne dispose pas de personnalité juridique, de sorte qu'on n'aperçoit ni quelle pourrait être la portée des pouvoirs d'un

"bestuursorgaan", ni, *a fortiori*, quels seraient les pouvoirs accordés aux membres de cet organe.

Il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait mené des investigations pour s'assurer de la qualité d'Yves GODFRIND, investigations qui lui auraient permis de décider, sans autre motivation, que les offres déposées au nom d'AEBI SCHMIDT BELGIUM étaient régulières.

Dans ces circonstances, la partie adverse n'a pu conclure à la régularité des offres déposées au nom d'AEBI SCHMIDT BELGIUM, sans méconnaître l'article 51, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, ainsi que les dispositions régissant l'obligation de motivation formelle qui lui incombait.

Le moyen doit être déclaré fondé en ses deuxième et troisième branches, et il n'y a pas lieu d'examiner sa première branche, pas plus que les deux moyens soulevés à l'appui de la requête, lesquels ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

V. DEPENS ET INDEMNITÉ DE PROCÉDURE

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

La partie adverse ne 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 requérante.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Sont annulées les délibérations du collège communal de Liège, du 18 juillet 2014, attribuant à la société AEBI SCHMIDT les lots 1 et 2 du marché public de régi par le cahier spécial des charges portant la référence 2014/MEP/E/027.

Article 2.

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

Article 3.

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

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.