

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.742 du 13 décembre 2016

G./A.220.752/VI-20.907

En cause : **la société anonyme BLANCHISSERIE
BASSE MEUSE,**

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

contre :

la Province de Namur.

ayant élu domicile chez
Me Christophe THIEBAUT, avocat,
boulevard de la Woluwe, n° 62,
1200 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 21 novembre 2016, la société anonyme BLANCHISSERIE BASSE MEUSE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision adoptée le 22 septembre 2016 par la partie adverse d'attribuer le marché public de services portant sur la mise à disposition et l'entretien du linge de l'hôtel et du restaurant du Château de Namur, Cahier Spécial des Charges 2015/13, lot 1 à la société BLANCHISSERIE RESIMONT".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 22 novembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 décembre 2016 à 10 heures.

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

Une ordonnance du 30 novembre 2016 a invité la partie adverse à déposer sans délai au dossier administratif et à communiquer à la partie requérante une version de l'offre de la société BLANCHISSERIE RESIMONT (pièce 7 du dossier administratif) occultant les prix proposés et les autres informations relevant du secret des affaires.

Par un courrier du 1^{er} décembre 2016, la partie adverse a communiqué une version de l'offre de la société BLANCHISSERIE RESIMONT occultant les prix proposés et les autres informations relevant du secret des affaires.

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.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Jean-Luc TEHEUX, *loco* Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Stéphane NOPERE, *loco* Christophe THIEBAUT, avocat, comparaisant 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. L'arrêt n° 235.555 du 28 juillet 2016 a résumé comme suit les antécédents de la présente cause :

" III. 1. Le 11 décembre 2015, le Conseil provincial de la partie adverse décide de lancer une procédure de marché public "en vue de la mise à disposition et de l'entretien du linge de l'hôtel et du restaurant du Château de Namur".

Le montant estimé du marché s'élève à 304.000,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et est réparti sur une durée totale de 4 ans.

Le mode de passation du marché est l'appel d'offres ouvert.

III. 2. Le marché comporte deux lots, le premier concernant le linge de literie et le second portant sur le linge de table.

III. 3. L'article 8 du cahier spécial des charges prévoit que l'offre économiquement la plus avantageuse pour chaque lot, sera choisie sur la base des critères suivants :

- le "montant de l'offre : 50 points";
- la "qualité du tissu supérieur[e] aux exigences des clauses techniques : 25 points";
- les "modalités de réassort : 20 points";
- les "dispositions prises en vue du respect de l'environnement : 5 points".

Les clauses techniques du cahier spécial des charges fixent pour chacun des lots les "données techniques" et les "conditions particulières" relativement à la qualité du linge.

III. 4. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 9 février 2016 à 10h30, il est constaté que trois soumissionnaires ont déposé une offre :

- la société anonyme BLANCHISSERIE BASSE-MEUSE, ci-après la requérante;
- l'association sans but lucratif ATELIER 85;
- la société anonyme BLANCHISSERIE RESIMONT.

III. 5. Le 9 juin 2016, le Collège provincial de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société BLANCHISSERIE RESIMONT".

III. 2. L'arrêt n° 235.555 précité a suspendu l'exécution de cette décision d'attribution. A la suite de cet arrêt, le Collège provincial de la Province de Namur décide le 22 septembre 2016 :

- de retirer sa décision du 9 juin 2016;
- d'attribuer le lot 1 du marché à la société BLANCHISSERIE RESIMONT;
- et de renoncer à attribuer le lot 2, aucune offre régulière n'ayant, pour celui-ci, été déposée.

La décision d'attribuer le lot 1 du marché à la société BLANCHISSERIE RESIMONT constitue l'acte attaqué dans le présent recours.

III. 3. Par un courrier – envoyé par voie électronique et par recommandé postal – du 7 novembre 2016, la Province de Namur informe la partie requérante et les autres soumissionnaires de sa décision.

IV. PREMIER MOYEN NOUVEAU

IV. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

A l'audience, la requérante soulève un premier moyen nouveau pris de la violation de l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des

marchés publics dans les secteurs classiques, du point II.1.9) de l'avis de marché et du principe d'égalité entre soumissionnaires.

Elle expose qu'elle a constaté à la lecture du dossier administratif et des parties non confidentielles de l'offre de l'attributaire du lot 1 que celui-ci a proposé au pouvoir adjudicateur un choix entre deux solutions, l'une proposant du "linge [de] qualité luxueuse", l'autre du "linge [de] qualité de base". La requérante estime donc qu'en soumettant à la partie adverse un choix entre ces deux types de services, le futur attributaire du marché a, en réalité, remis deux offres. Elle rappelle, à cet égard, que conformément à l'article 54, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité "un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif". Or, en l'espèce, le point II.1.9) de l'avis de marché indique clairement que les variantes ne sont pas admises. Elle considère dès lors que la partie adverse aurait dû déclarer irrégulière l'offre litigieuse.

Elle ajoute qu'en acceptant de prendre en considération une offre irrégulière la partie adverse a violé l'égalité entre les soumissionnaires et a avantagé le futur attributaire par rapport aux autres soumissionnaires qui ont respecté l'avis de marché et n'ont pas proposé de variante plus luxueuse que ce que prévoyaient les spécifications techniques du marché.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité du moyen nouveau. Quant au fond, elle répond à l'audience qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que lorsque, dans le cadre d'un marché atteignant les seuils de publicité européenne, une variante non admise est proposée, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'écarter, ce qu'il a fait en l'espèce. Elle précise à cet égard que l'offre litigieuse propose la solution qui a été prise en considération par elle en page quatre, tandis que la seconde solution proposée ne l'est que sur une page numérotée "quatre bis". Elle considère que cette seconde solution constitue donc, selon l'ordre de présentation dans l'offre, la variante non autorisée et souligne que cette variante n'a, à juste titre, nullement été prise en considération par elle.

Elle en conclut qu'elle pouvait valablement déclarer régulière l'offre de base et écarter la variante non autorisée comme elle l'a fait. Elle estime que ce faisant, elle n'a nullement rompu l'égalité entre les soumissionnaires, une seule offre ayant été prise en considération pour chacun d'entre eux.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

Ni la décision querellée ni le rapport d'analyse des offres ne font état d'une variante dans l'offre de la société BLANCHISSERIE RESIMONT. Ce n'est que suite à l'ordonnance du 30 novembre 2016, levant partiellement la confidentialité de cette offre, que la requérante a pu prendre connaissance de l'existence de cette variante. Il ne lui aurait, par conséquent, pas été possible de faire valoir plus tôt le premier moyen nouveau, qui est dès lors recevable.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 54, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose notamment comme suit:

" Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. [...]"

Cette disposition doit se lire en combinaison avec l'article 2, § 1^{er}, 10°, du même arrêté, qui définit en ces termes la variante :

" Art. 2. § 1^{er}. Pour l'application du présent arrêté, on entend par :
[...] 10° variante : un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire;"

L'article 9 du même arrêté est également consacré aux variantes. Les passages de cet article utiles à la présente cause se lisent comme suit :

" Art. 9. § 1^{er}. Il existe trois types de variante :
[...] 3° la variante libre : elle peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires. Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable est obligatoire, le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'avis de marché s'il en autorise l'introduction et, dans l'affirmative, dans les documents du marché les exigences minimales auxquelles elle doit répondre.
§ 2. Des variantes obligatoires ou facultatives peuvent être utilisées dans toutes les procédures de passation. Les variantes libres ne sont pas autorisées en adjudication. Les documents du marché précisent si les variantes sont introduites par une offre distincte ou dans une partie séparée de l'offre".

Concernant les conséquences qu'il convient d'attacher au dépôt d'une variante libre non autorisée, le rapport au Roi précise ce qui suit :

" Lorsque le marché est obligatoirement soumis à une publicité européenne préalable, deux conditions s'imposent. D'une part, le pouvoir adjudicateur doit

indiquer dans l'avis de marché et éventuellement préciser dans les autres documents du marché s'il autorise la présentation de telles variantes ; à défaut, elles ne sont pas autorisées et doivent simplement être écartées, l'offre de base devant seule être prise en considération. D'autre part, il doit déterminer les exigences minimales auxquelles ces variantes doivent répondre (par exemple en précisant qu'une variante libre peut porter sur tel ou tel aspect technique du marché en projet)".

Il découle des dispositions précitées que lorsqu'une publicité européenne est obligatoire, un soumissionnaire ne peut proposer d'initiative un mode alternatif d'exécution du marché qu'à la seule condition que le dépôt d'une variante libre soit expressément admis dans les documents du marché. Dans ce cas, ces documents doivent mentionner les exigences minimales auxquelles doit répondre la variante et préciser si celle-ci doit être introduite par une offre distincte ou dans une partie séparée de l'offre. Lorsque ces conditions ne sont pas respectées, et en particulier lorsqu'aucune variante n'est admise, le pouvoir adjudicateur ne peut tenir compte que de l'offre de base et doit écarter la variante proposée. Cela suppose, toutefois, que l'offre soit présentée d'une telle manière qu'il soit possible au pouvoir adjudicateur de distinguer, parmi les modes d'exécution proposés, celui qui constitue l'offre de base, faute de quoi, il devra constater que ce sont, en réalité, deux offres qui lui sont soumises, en violation de l'article 54, § 2, précité.

Il n'est pas contesté, en l'espèce, que l'avis de marché n'autorisait pas le dépôt de variantes. La partie adverse ne conteste pas davantage que le futur attributaire en a néanmoins proposé une. Elle estime toutefois que les dispositions précitées ne l'obligeaient pas à écarter pas cette offre, dès lors qu'elle n'a tenu aucun compte de la variante.

A première vue, la thèse de la partie adverse ne peut être suivie qu'à la double condition que, d'une part, l'offre du futur attributaire permette de distinguer l'offre de base de la variante et que, d'autre part, si tel est le cas, que la solution prise en compte corresponde bien à l'offre de base. En l'espèce, l'offre litigieuse n'indique pas, parmi les deux solutions proposées, laquelle constitue l'offre de base. Les deux solutions sont présentées chacune sur une page numérotée "4/7", la mention manuscrite "*bis*" ayant été simplement ajoutée sur l'une des deux pages. Sur la page sur laquelle figure cette mention manuscrite "*bis*" est aussi apposée l'indication, également manuscrite, "linge qualité de base", qui peut sembler indiquer que cette solution constitue l'offre "de base", bien que présentée en second lieu. Plus important, la comparaison des deux "solutions" fait apparaître que la solution "linge qualité de base" est la plus conforme aux prescriptions techniques définies dans le cahier spécial des charges. En effet, celui-ci indique clairement au point 1, "Prescriptions techniques", de sa deuxième partie, "Clauses techniques", que pour ce qui concerne le lot 1, les offres doivent notamment répondre à l'exigence technique d'une composition

"polyester/coton 50/50" pour le linge de lit, ce qui est le cas des draps proposés dans la solution "linge qualité de base", tandis que la solution "linge qualité luxueuse" s'écarte de cette exigence en ne proposant que du linge contenant au moins 70% de coton. Dans ces conditions, il apparaît, à première vue, que le seul fait que la solution "linge qualité luxueuse" soit présentée en premier ne suffit pas à justifier d'évidence qu'il s'agit de l'offre de base.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il découle de ce qui précède que la partie adverse ne pouvait, en toute hypothèse, pas considérer que la solution appelée "linge qualité luxueuse" constituait l'offre de base de la société BLANCHISSERIE RESIMONT. En ne prenant en considération que cette "solution" et en décidant de lui attribuer le lot 1, elle a donc, *prima facie*, violé les dispositions et principes visés dans le premier moyen nouveau.

Le premier moyen nouveau est sérieux.

VI. SECOND MOYEN NOUVEAU

VI. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève à l'audience un second moyen nouveau pris de la violation des articles 4 et 5 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, des articles 58 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et du point b, "Capacité technique", de l'article 6 du cahier spécial des charges.

Elle expose que le point b "Capacité technique" de l'article 6 du cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de disposer de références en matière de prestations similaires à celles du marché litigieux. Elle ajoute qu'il y est précisé qu'"on entend par similaires des prestations d'entretien et de mise à disposition de linge de literie [...] pour un établissement tel que le Château de Namur". Or, elle constate que l'une au moins des références produites par la société BLANCHISSERIE RESIMONT concerne des prestations dans une "maison de repos – maison de soins et de repos". Pour les deux autres références, elle explique que les indications permettant d'identifier le type d'établissement concerné ont été rendues illisibles dans la version de l'offre que lui a communiquée la partie adverse en sorte qu'il ne lui est pas possible de vérifier si elles correspondent bien à des prestations similaires à celles qui sont

attendues dans le cadre du présent marché. Elle estime toutefois que dès lors que la partie adverse n'a pas écarté la référence relative à la "maison de repos – maison de soins et de repos", elle aurait à tout le moins dû motiver les raisons qui l'amenaient à considérer que cet établissement était comparable à un hôtel tel que le Château de Namur.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité du second moyen nouveau. Quant au fond, elle fait valoir que la fourniture de linge de literie ne suppose pas des prestations différentes selon qu'elles sont effectuées dans un hôtel, fut-il de luxe, ou dans une maison de repos. Elle ajoute que de plus en plus de maisons de repos se spécialisent dans une offre présentant des standards élevés de confort, en sorte qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les prestations fournies dans un tel établissement constituent une référence valable pour le marché litigieux.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

La décision querellée se limite à indiquer que la société BLANCHISSERIE RESIMONT a fourni une liste de références et qu'elle satisfait au critère de sélection, en sorte que la requérante n'aurait pas pu formuler le second moyen nouveau avant d'avoir pris connaissance des parties non confidentielles de l'offre de cette société, ce qu'elle n'a pu faire qu'à la suite de l'ordonnance précitée du 30 novembre 2016. Ce moyen nouveau est, dès lors, recevable.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur admet que des soumissionnaires répondent à un critère de capacité technique pour la vérification duquel la production de références était exigée, il peut se contenter de fournir une motivation succincte si l'appréciation des références fournies ne suscite aucune question. En revanche, lorsque cette décision d'admettre que les références établissent qu'il est satisfait au critère de capacité technique n'a nécessairement pu être prise qu'au prix d'une appréciation circonstanciée amenant le pouvoir adjudicateur à cette conclusion, il lui appartient d'indiquer dans sa décision la ou les références qu'il retient et les motifs sur lesquels repose son appréciation.

En l'espèce, le point b, "Capacité technique", de l'article 6 du cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de disposer de références en

matière de prestations d'entretien et de mise à disposition de linge de literie dans un établissement tel que le Château de Namur. Il n'est pas contesté que cet établissement veut offrir un service hôtelier d'un standing élevé. Les références produites devaient donc correspondre à ce niveau d'exigence.

En l'occurrence, la société BLANCHISSERIE RESIMONT a produit, comme le relève la requérante, une référence relative à des prestations dans une "maison de repos – maison de soins et de repos". Il ne s'impose pas d'évidence qu'un tel établissement soit similaire à un hôtel de luxe. Quant aux deux autres références, sans qu'il soit nécessaire à ce stade de la procédure d'en lever la confidentialité, il suffit de constater qu'elles ne concernent pas davantage des prestations dans un hôtel de luxe. A première vue, la partie adverse ne pouvait pas, dans ces conditions, se borner à indiquer que cette société "remplit ce critère" sans aucunement indiquer pour quel motif elle a admis que les références fournies correspondaient à des prestations similaires à celles qu'elle attendait dans le cadre du marché litigieux.

Le second moyen nouveau est sérieux.

Les deux moyens nouveaux soulevés à l'audience étant recevables et sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse produit les offres des soumissionnaires et demande que leur confidentialité soit assurée, sous réserve de l'offre de la société BLANCHISSERIE RESIMONT dont la confidentialité a été partiellement levée. Concernant cette dernière, elle demande que soient maintenues confidentielles les parties de l'offre dont la confidentialité n'a pas été levée.

A ce stade, la communication de ces pièces ne s'avère pas nécessaire à la solution du litige et pourrait porter atteinte au secret des affaires. Il y a par conséquent lieu de faire droit à la demande de la partie adverse.

Pour les mêmes raisons, il y a lieu de déclarer d'office comme confidentielle l'extrait de l'offre de la requérante que celle-ci communique en pièce 6 de son dossier de pièces.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision adoptée le 22 septembre 2016 par la Province de Namur d'attribuer le marché public de services portant sur la mise à disposition et l'entretien du linge de l'hôtel et du restaurant du Château de Namur, Cahier Spécial des Charges 2015/13, lot 1, à la société BLANCHISSERIE RESIMONT.

Article 2.

La pièce 6 du dossier de pièces de la requérante et les pièces 5 à 7 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 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 treize décembre deux mille seize par :

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.