

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.865 du 21 décembre 2016

G./A.220.804/VI-20.911

En cause :

- 1. la société anonyme CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE,**
 - 2. la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY,**
 - 3. la société anonyme JASPERS EYERS ARCHITECTS,**
- ayant formé une société momentanée,

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

contre :

- 1. la Régie des Bâtiments,**
- 2. l'Etat belge,** représenté par le Vice-premier ministre et
Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé des Grandes
Villes et de la Régie des bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
avenue Brugmann, n° 12A/18,
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 28 novembre 2016, la société anonyme CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE, la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY et la société anonyme JASPERS EYERS ARCHITECTS, ayant formé une société momentanée sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " la décision prise à une date indéterminée par l'Etat belge, représenté par M. le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie des Bâtiments, [...] de (i) considérer l'offre des requérantes déposée dans le cadre d'un appel d'offres restreint lancé pour la passation d'un marché public de travaux relatif [à] la conception et à la construction d'un centre d'appels d'urgence 112 et d'un laboratoire pour la police judiciaire fédérale comme irrégulière, de (ii) renoncer à l'attribution dudit marché en appel d'offres et de (iii) passer ledit marché en procédure négociée avec un seul autre soumissionnaire".

Par la même requête, les requérantes sollicitent, à titre de mesure provisoire, qu'il soit ordonné à la partie adverse de les autoriser à participer à la procédure négociée.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 novembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 15 décembre 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.

Une ordonnance rectificative du 9 décembre 2016 a été notifiée aux parties.

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

Me Thierry DELVAUX *loco* Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu 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 25 et 28 janvier 2016, un avis de marché est publié respectivement au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Un avis rectificatif paraît au Bulletin des Adjudications du 4 février 2016 et au Journal officiel de l'Union européenne du 9 février 2016.

Il s'agit d'un marché public de travaux relatif à la conception et à la construction d'un centre d'appels d'urgence 112 et d'un laboratoire pour la police judiciaire fédérale à Vottem (Liège). Le mode de passation est l'appel d'offres restreint.

III. 2. Le 4 mars 2016, date limite de dépôt des demandes de participation, la société momentanée constituée par les requérantes ainsi que sept autres candidats déposent une demande de participation.

III. 3. Le 27 juin 2016, la première partie adverse prend la décision de sélectionner les requérantes et un autre candidat, le "groupement sans personnalité juridique entre ASSAR et la société momentanée WILLEMEN-FRANKI".

III. 4. Le 18 octobre 2016, ces deux sociétés momentanées déposent chacune une offre pour le marché litigieux.

III. 5. Le 14 novembre 2016, la première partie adverse communique aux requérantes, par un courrier recommandé et par un courrier électronique, sa décision de rejeter les deux offres reçues, celles-ci étant irrégulières, et de ne pas procéder à l'attribution du marché.

Il s'agit de l'acte attaqué.

S'agissant de l'offre des requérantes, cette décision indique qu'elle est entachée d'une irrégularité formelle et d'une irrégularité matérielle. Concernant l'irrégularité formelle, elle contient la motivation suivante:

- " • irrégularité formelle : dérogation à des exigences de forme à caractère substantiel prescrites pour les offres : offre non valablement signée conformément à l'article 51 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, étant donné que la signature d'une offre ne peut être considérée comme étant un acte de gestion journalière (cf. notamment C.E., n° 232.024 du 6/8/2015).
Si l'article 26 des statuts coordonnés au 21.10.2013 précise que la société est valablement représentée (en dehors de la gestion journalière) par deux administrateurs délégués agissant conjointement, la procuration jointe au dossier de soumission donnée à MM. Royer et Perniaux n'est cependant signée que par un seul administrateur délégué, M. Jean-Michel Jaspers".

Dans la même décision, la première partie adverse a, par ailleurs, décidé de relancer une procédure à passer sous la forme d'une procédure négociée sans publicité en consultant le seul groupement ASSAR – WILLEMEN – FRANKI, qui satisfait aux critères de la sélection qualitative.

IV. IDENTIFICATION DE LA PARTIE ADVERSE

IV. 1. Thèses des parties

La seconde partie adverse demande d'être mise hors de cause. Elle fait valoir que l'acte attaqué est une décision qui émane de la seule Régie des Bâtiments, première partie adverse.

Elle relève que si cet acte est signé par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, celui-ci a agi, en l'espèce, en qualité de représentant de la Régie, et non de l'Etat belge, seconde partie adverse.

A l'audience, les requérantes ne contestent pas ce raisonnement.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu des articles 1^{er} et 3 de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments, celle-ci est dotée de la personnalité juridique. Elle est sous l'autorité hiérarchique du Ministre qui a la Régie des Bâtiments dans ses attributions. Ce Ministre a qualité pour accomplir tout acte de disposition et de gestion au nom de ladite Régie. C'est en cette qualité qu'il a signé l'acte attaqué et non au nom de l'Etat belge, qui n'est pas l'auteur de cet acte.

La seconde partie adverse doit, en conséquence, être mise hors de cause.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen de "la violation des principes de bonne administration (dont le principe de légitime confiance, le principe de collaboration procédurale, le principe de proportionnalité et le principe du raisonnable), et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs".

Elles reprochent, en substance, à la première partie adverse d'avoir décidé que leur offre était entachée d'une irrégularité formelle au motif que la procuration donnée au signataire de l'offre pour le compte de la société JASPERS EYERS ARCHITECTS n'émanait que d'un seul administrateur, et non de deux comme l'imposent les statuts de cette société, alors la première partie adverse a conclu plusieurs contrats avec cette société "où cette dernière n'était représentée à la

signature que par un seul administrateur délégué, sans jamais y voir le moindre problème de représentation" et qu'elle n'a pas écarté la demande de participation des requérantes alors pourtant qu'elle était signée par les mêmes personnes que l'offre.

Dans une première branche, elles invoquent la violation des principes de bonne administration. Elles déposent plusieurs contrats conclus entre la Régie des Bâtiments et la société JASPERS EYERS ARCHITECTS, "dont il ressort que cette dernière n'était chaque fois représentée à la signature que par un seul administrateur délégué".

Elles répètent, en outre, que leur demande de participation et leur offre étaient toutes deux signées par les mêmes personnes et reprochent à la partie adverse d'avoir considéré la première comme valablement signée et non la seconde. Elles ajoutent que "la partie adverse a même confirmé de manière expresse aux requérantes, par une réponse du 12 octobre 2016, que les procurations jointes à la demande de participation demeuraient valables pour l'offre".

Elles estiment donc qu'"à plusieurs reprises, y compris dans le cadre de l'appel d'offres litigieux, la Régie des Bâtiments a accepté que la S.A. JASPERS EYERS ARCHITECTS soit représentée à la signature par un seul administrateur délégué".

Elles considèrent donc qu'"en refusant qu'il en aille ainsi pour l'offre des requérantes, la Régie des Bâtiments a adopté une attitude en totale contradiction par rapport à sa ligne de conduite antérieure [et] a donc enfreint le principe de légitime confiance".

Elles ajoutent encore que "la partie adverse a également adopté une attitude contraire au principe de collaboration procédurale, au principe de proportionnalité et au principe du raisonnable, puisqu'il lui suffisait d'inviter les requérantes à confirmer, sur la base de l'article 96, § 4, de l'A.R. du 15 juillet 2011, que la S.A. JASPERS EYERS ARCHITECTS était valablement engagée par la signature des mandataires désignés par (la procuration signée par) son administrateur délégué".

Elles font valoir, à cet égard, qu'une telle confirmation aurait pu "prendre la forme d'une décision du conseil d'administration – organe disposant légalement de la totalité des pouvoirs de représentation – de la S.A. JASPERS EYERS ARCHITECTS habilitant l'administrateur délégué à signer l'offre au nom de la société dans le cadre d'un mandat spécial", ce qui "n'aurait pas affecté le contenu de l'offre et n'aurait donc pas porté atteinte au principe d'égalité de traitement des

soumissionnaires". Elles indiquent, en outre, que cela aurait permis "de renforcer la concurrence de la procédure de passation litigieuse ou celle de la procédure négociée qui l'a remplacée".

Elles considèrent qu'il est d'autant plus critiquable que la première partie adverse n'ait pas fait usage de la faculté que lui ouvre l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité pour inviter la société JASPERS EYERS ARCHITECTS à confirmer qu'elle était valablement engagée par la signature des mandataires désignés par la procuration signée par son administrateur délégué qu'elle a "invité les requérantes à compléter le formulaire d'engagement d'un de leurs sous-traitants au motif qu'il n'était «pas dûment complété au niveau des noms ... et qualités des personnes qui représentent la personne morale»". Il est, selon elles, "incompréhensible que la partie adverse n'ait pas eu recours à l'article 96, § 4, de l'A.R. du 15 juillet 2011 pour la signature de la procuration de la S.A. JASPERS EYERS ARCHITECTS".

Dans une deuxième branche, elles dénoncent l'absence de toute motivation formelle.

Elles constatent, à cet égard, que "la décision attaquée ne précise pas pourquoi le pouvoir adjudicateur s'est écarté de son attitude antérieure et/ou n'a pas jugé utile d'interroger les requérantes, ce qui, au vu des circonstances de l'espèce, est contraire aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

L'article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dispose comme suit:

- " § 2. Toute offre est déposée par écrit.
L'offre est signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire. Cette règle s'applique à tous les participants lorsque l'offre est déposée par un groupement sans personnalité juridique. Ces participants sont solidairement responsables et tenus de désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur".

L'article 95, du même arrêté royal 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, § 1^{er}, 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 1^{er} 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 de ces dispositions qu'une offre est toujours affectée d'une irrégularité formelle lorsqu'elle n'est pas signée par toutes les personnes dûment habilitées à engager le soumissionnaire.

Certes, toute irrégularité formelle n'est pas nécessairement substantielle. Pour qu'une telle irrégularité doive être qualifiée de substantielle, il faut que la formalité prescrite revête un caractère essentiel. Tel est le cas notamment lorsque ce caractère découle de la nature même de la formalité. Il en va ainsi de la signature de l'offre, dès lors que c'est par cette signature que le soumissionnaire exprime son engagement.

Il se déduit, par ailleurs, de l'article 95, § 4, que si l'irrégularité est substantielle, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre et doit déclarer l'offre nulle.

En l'espèce, les requérantes ne soulèvent aucun moyen mettant en doute le caractère essentiel de la signature de l'offre. Elles ne contestent, par ailleurs, pas que les signataires de l'offre ne disposaient pas d'une procuration valable de l'un des associés du groupement qu'elles ont constitué. A première vue, la première partie adverse ne disposait dès lors d'aucune marge d'appréciation et devait constater la nullité de l'offre.

Il importe peu, à cet égard, que la première partie adverse n'ait pas opposé cette absence de procuration valable auxdits signataires lors d'autres procédures ou lors de la sélection des candidatures déposées dans le cadre du présent marché. A supposer même que les circonstances dans lesquelles ces signatures seraient intervenues soient comparables en fait et en droit, ce que conteste la première partie adverse, il n'en demeurerait pas moins que dès lors que cette dernière avait constaté que l'offre n'est pas signée par une ou des personnes habilitées à engager l'un des associés du groupement soumissionnaire, elle devait l'écarter.

Quant à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dont les requérantes estiment que la première partie adverse aurait dû faire usage, cette

disposition autorise un pouvoir adjudicateur "à inviter un soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier". Or, en l'espèce, la démarche n'aurait pas consisté "à préciser et à compléter la teneur" de l'offre litigieuse, mais bien à pallier une irrégularité substantielle tenant à l'absence de procuration valide donnée à l'un des signataires de l'offre au moment du dépôt de celle-ci. Une telle démarche reviendrait à autoriser un soumissionnaire à signer son offre après la date limite fixée pour le dépôt de celle-ci, ce qui *prima facie*, ne relève pas des hypothèses visées par l'article 96, § 4, précité.

Il s'ensuit que la première partie adverse n'a pas violé les principes visés dans la première branche du moyen en écartant une offre entachée d'une irrégularité substantielle.

B. Quant à la seconde branche

La décision attaquée expose les motifs de fait et de droit sur lesquels elle repose. Elle indique clairement que l'offre des requérantes est entachée d'une irrégularité substantielle en ce que les signataires de l'offre ne disposaient pas d'une procuration valable de l'un des membres du groupement soumissionnaire.

Cette motivation est suffisante et adéquate et la première partie adverse n'avait pas à justifier, de surcroît, sa décision au regard de décisions prises à un stade antérieur de la procédure ou dans le cadre d'autres marchés.

Le moyen n'est sérieux en aucune de ses deux branches.

VI. SECOND MOYEN

VI. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un second moyen "de la violation de l'avis de marché et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'article 58, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes de bonne administration (dont le principe de proportionnalité et le principe du raisonnable, et la prohibition de l'erreur manifeste d'appréciation), et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs".

Elles relèvent que la décision attaquée mentionne que seuls deux candidats ont été sélectionnés. Or, la procédure de passation du marché litigieux étant une procédure restreinte, l'article 58, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose un

nombre minimum de cinq candidats sélectionnés et "en tout état de cause", un nombre de candidats retenus "suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats appropriés". Elles ajoutent que "l'avis de marché énonce quant à lui que «le nombre d'opérateurs invités à soumissionner» est au minimum de cinq (5)".

Elles estiment donc qu'"en ne retenant que deux (2) candidats, la [première] partie adverse a clairement violé les dispositions et principes visés au moyen".

Elles constatent qu'à tout le moins, "le rapport d'analyse des offres ne précise pas pourquoi il est dérogé au nombre minimum prévu par l'article 58, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011 ou par l'avis de marché, ce qui est contraire aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen vise en réalité la décision de sélection prise le 27 juin 2016, qui ne fait pas l'objet du présent recours et qui n'a, en toute hypothèse, pas pu léser les requérantes puisqu'elles ont été sélectionnées. A première vue le second moyen n'est, par conséquent, pas recevable.

Le moyen n'est pas sérieux.

VII. MESURE PROVISoire

Dès lors que les moyens ne sont pas sérieux, il n'y a pas lieu d'accéder à la demande de mesure provisoire formulée par les requérantes.

VIII. CONFIDENTIALITE

La première partie adverse demande que soient tenues confidentielles les pièces relatives aux demandes de participation et aux offres, deux échanges de courrier intervenus entre elle et les soumissionnaires ainsi qu'une "analyse administrative des offres" (pièces 1 à 8 de la partie confidentielle du dossier administratif).

Les parties requérantes sollicitent également que leur demande de participation et leur offre (pièces 3 et 4 annexées à leur requête) soient maintenues confidentielles.

Dans la mesure où la communication de ces pièces n'est pas utile à la solution de la cause et où elles pourraient contenir des informations susceptibles de nuire au secret des affaires, il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de s'opposer aux demandes de confidentialité des parties.

IX. INDEMNITE DE PROCEDURE

La première partie adverse demande que lui soit allouée une indemnité de procédure fixée à son montant de base de 700 euros.

Les requérantes ne font état d'aucun élément justifiant de diminuer le montant de cette indemnité.

Dès lors que la première partie adverse obtient gain de cause, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure, fixée au montant de 700 euros.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'Etat belge est mis hors de cause.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence et de mesure provisoire est rejetée.

Article 3.

Les pièces n^{os} 1 à 8 de la partie confidentielle du dossier administratif et les annexes 3 et 4 à la requête resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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.

Article 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la première partie adverse, à la charge des parties requérantes, à concurrence du tiers chacune.

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt et un décembre deux mille seize par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.