

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 238.950 du 16 août 2017

A.222.791/VI-21.056

En cause : **la société anonyme SEMAT,**

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 217
4000 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée BEP
(Bureau Economique de la Province de Namur),**

ayant élu domicile chez
M^e Christophe THIEBAUT, avocat,
boulevard de la Woluwe 62
1200 Woluwe-Saint-Lambert.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée le 1^{er} août 2017 sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat, la société anonyme SEMAT demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 15 juin 2017 prise par l'autorité adjudicatrice, Bureau Economique de la Province de Namur, Département environnement, d'une part attribuant un marché public de fourniture de deux pelles sur pneus à JCB BELGIUM et d'autre part écartant la requérante pour des motifs relatifs à la régularité de l'offre, décisions notifiées à la requérante en date du 19 juillet 2017 et réceptionnées au plus tôt par la requérante, le 20 juillet 2017, pour violation de formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 août 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Stéphane NOPERE, *loco* M^e Christophe THIEBAUT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Le 24 février 2017, la partie adverse publie un avis de marché au Journal Officiel de l'Union européenne portant sur "l'acquisition, la livraison, le réglage, la mise en service et l'écolage de deux pelles sur pneus d'une puissance moteur nette de minimum 110 CV et présentant un poids opérationnel compris entre 20 et 23,5 tonnes (poids fourni pour un engin non équipé d'un outil)". Cet avis est également publié au Bulletin des Adjudications.

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

2. Le cahier spécial des charges précises, notamment, au titre des exigences techniques et caractéristiques minimales de la pelle (point III.4 du cahier spécial des charges), que la portée maximale au sol des pelles devra atteindre minimum 9,5 m depuis l'axe de rotation de la tourelle et que la profondeur maximale de creusement sera de minimum 6,2 m.

3. Le 29 mars 2017, la partie adverse décide de modifier le cahier spécial des charges au travers d'un "corrigendum n°1" et reporte la séance d'ouverture des offres – initialement prévue le 4 avril 2017 – au 25 avril 2017 à 10h00.

4. Le point "I.10 Critères d'attribution" du cahier spécial des charges prévoit que le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse choisie sur la base des critères suivants :

- Prix global (sur 50 points);
- Délai de garantie (sur 10 points);
- Délai de livraison (sur 10 points);
- Consommation (sur 10 points);
- Portée maximale au sol (sur 5 points);
- Profondeur maximale (sur 5 points)
- Délai d'intervention moyen (sur 6 points);
- Niveau sonore à l'intérieur de la cabine (sur 2 points);
- Niveau sonore à l'extérieur de la cabine (sur 2 points).

5. Le 25 avril 2017, lors de la séance d'ouverture des offres, il est constaté que trois soumissionnaires, dont la requérante et la société JCB-BELGIUM, ont déposé une offre:

6. Le 15 juin 2017, après avoir pris connaissance du rapport d'examen des offres du 30 mai 2017, le Comité de direction de la partie adverse décide de considérer les offres de la requérante et d'un autre soumissionnaire "comme incomplètes et irrégulières", celle de JCB Belgium comme "complète et régulière" et de lui attribuer le marché, ce soumissionnaire "ayant remis la seule offre régulière".

Il s'agit de l'acte attaqué.

7. Par un courrier envoyé par recommandé le 19 juillet 2017, la partie adverse informe la requérante de sa décision.

8. Par un courrier daté du 20 juillet 2017, la requérante écrit à la partie adverse pour lui faire part de son étonnement quant à son éviction. La partie adverse lui répond par un courrier daté du 26 juillet 2017, en indiquant notamment ceci :

- " - En son point III.4. «Exigences techniques et caractéristiques minimales de la pelle», le cahier spécial des charges régissant le présent marché, stipulait que la pelle sur pneus livrée devait impérativement répondre à l'ensemble des spécifications techniques et que la cabine de la pelle devait impérativement répondre à certaines caractéristiques.
Parmi ces spécifications, il était précisé que la pelle devait atteindre une profondeur maximale d'au moins 6,20 m et que la cabine devait avoir une hauteur permettant à l'opérateur de choisir librement son champ de vision jusqu'à une hauteur d'au moins 5m;
- en son point III.5 «Données et documents techniques à joindre à l'offre» le cahier spécial des charges prévoyait que des documents techniques étaient à

joindre à l'offre et notamment le bordereau des spécificités techniques présenté en annexe C des documents du marché.
D'une part, le bordereau n'était pas joint à votre offre, et d'autre part, dans la documentation jointe, la profondeur maximale renseignée était de 6,16 m (un minimum de 6,20 m était exigé), quant à la hauteur de cabine, elle n'était pas précisée".

IV. Moyen unique – première branche

IV.1 Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la "violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains travaux de fournitures et de services, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, des articles 95, § 1^{er}, § 2, § 3 et § 4, 96, § 1^{er}, § 2, et § 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, des principes généraux de droit d'égalité, de transparence et devoir de minutie".

Dans une première branche du moyen, elle reproche à la partie adverse d'avoir opéré une "confusion de l'applicabilité des articles 95, § 2, et § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

Elle relève que "l'auteur de l'acte attaqué précise que l'examen formel de l'offre de la requérante est en ordre" et qu'elle "contient le formulaire d'offre et le bordereau de remise de prix complétés et signés". Elle en déduit que ce "formulaire d'offre comprend toutes les annexes complétées, en ce compris l'annexe C" et en conclut que "la motivation de l'examen formel entre en contradiction flagrante avec la motivation de l'examen de l'offre sur le plan matériel".

En effet, elle expose que "le cahier spécial des charges spécifie que le bordereau de l'annexe C contenant les spécifications techniques doit être complété". Il s'ensuit, selon elle, que dans le cas où il n'aurait pas été complété, l'offre aurait été entachée d'une irrégularité formelle, alors qu'"en estimant qu'il avait bien en mains toutes les informations de l'annexe C, le pouvoir adjudicateur admet que sur le plan formel, l'offre était régulière". En revanche, s'agissant, cette fois, de la régularité matérielle de l'offre, le rapport d'examen des offres indique qu'il n'a pas la précision de deux points relatifs aux spécifications techniques : hauteur de la cabine – profondeur maximale de fouille. La requérante en déduit que la partie adverse a considéré, d'une

part, qu'elle a bien reçu le bordereau de l'annexe C mais, d'autre part, que celui-ci n'était pas complet sur deux points.

La requérante estime que cela contredit l'information donnée ultérieurement par la partie adverse dans son courrier du 26 juillet 2017 "puisque, dans celui-ci, elle précise que «(...) le bordereau n'était pas joint à votre offre (...)»".

La requérante joint, par ailleurs, à son dossier son offre dans laquelle figure le bordereau – annexe C, avec tous les postes complétés, y compris l'indication de la hauteur du champ de vision lors de la surélévation de la cabine (5,05 m) et de la profondeur maximale (6,25 m, en attache rapide). Elle estime donc que l'autorité disposait donc bien de ces deux informations et qu'elle "ne peut pas prétendre, comme elle le fait dans son courrier du 26 juillet 2017, que le bordereau n'était pas joint à l'offre".

Elle fait, en outre, valoir que la partie adverse "ne peut pas prétendre que le bordereau n'était pas complet sur ces deux postes, d'une part, parce que l'offre a été complétée intégralement, comme indiqué ci-avant, et, d'autre part, parce que dans son courrier du 26 juillet 2017, elle précise que la profondeur maximale renseignée était de 6,16 mètres dans la documentation en annexe alors qu'un minimum de 6,20 mètres était exigé". Elle considère que "quoi qu'il en soit, la motivation de l'acte est inexacte puisqu'il est faux d'affirmer dans l'acte que les données relatives aux deux postes relevés n'y figuraient pas". Elle ajoute encore que "soit le bordereau n'a pas été joint, auquel cas l'offre devait être déclarée irrégulière pour des questions formelles, soit le bordereau – annexe C se trouvait bien annexé à l'offre et il est alors conforme à celui déposé par la requérante à son dossier administratif, avec les informations utiles".

Elle conclut que "la régularité de l'offre n'a pas été examinée dans les conditions de la loi et de l'arrêté", que "la motivation est inexacte" et que "le principe d'égalité a été violé et surtout le devoir de minutie qui incombe à l'autorité compétente qui se contredit en l'espèce".

B. Note d'observations

La partie adverse observe que contrairement à ce que soutient la requérante, le "Bordereau technique", qui correspond à l'"annexe C", n'était pas joint à celle-ci.

A l'appui de cette affirmation, elle verse au dossier administratif l'offre de la requérante en version originale dans le dossier administratif et relève que la

requérante ne fournit aucune démonstration probante qu'elle avait bien joint cette pièce à son dossier.

Elle fait valoir également que "tant l'offre originale paraphée que le rapport d'examen des offres – qui précise que l'offre de la S.A. SEMAT contient des imprécisions et/ou manquements (...) – et la décision d'attribution – qui relève que l'offre de la S.A. SEMAT est «incomplète et irrégulière» (...) –, font apparaître le caractère incomplet de l'offre de la S.A. SEMAT quant aux données techniques, lesquelles devaient être reprises et synthétisées dans l'annexe C en question".

Elle ajoute que "dans la mesure où les actes établis par les fonctionnaires de l'administration ont un caractère authentique, l'offre paraphée, le rapport d'examen des offres et la décision d'attribution, revêtent donc une force probante que la S.A. SEMAT ne remet pas sérieusement en cause".

Citant l'arrêt n° 226.901 du Conseil d'Etat, elle considère qu'en se contentant de prétendre que l'annexe litigieuse figurait dans son offre, la requérante ne parvient pas à remettre en cause la valeur probante de ces éléments. Elle rappelle encore que "dans le même arrêt, [le Conseil d'Etat] a considéré que «le fait que, dans le procès-verbal d'ouverture des offres, il n'est pas fait mention que l'offre de la partie requérante serait incomplète, ne conduit pas à la conclusion qu'elle serait complète» (...) ".

Elle rappelle, par ailleurs, le texte de l'article 95, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et soutient qu'il faut retenir de cet article, et plus particulièrement de son paragraphe 4, "que dans le cas d'une irrégularité non-substantielle affectant une offre, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de la déclarer nulle («(...) peut déclarer l'offre nulle»)".

S'agissant des irrégularités substantielles, elle précise que "l'article 95, § 2, prévoit, à côté de formalités procédurales dont il n'est pas question en l'espèce, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de sanctionner, à peine de nullité, l'absence de certains documents dans la mesure où ils «revêtent un caractère essentiel»". Citant le rapport au Roi sous l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, par lequel l'article 95 a été modifié, elle explique qu'en l'espèce, "le cahier spécial des charges du marché mis en cause n'a pas érigé par l'expression « sous peine de nullité absolue» l'annexe C «Bordereau technique» en document revêtant un caractère essentiel" et qu'"en outre,

le formulaire en question – consistant en un tableau synthétique reprenant les informations contenues dans la documentation à fournir – n'a pas été considéré, concrètement, par le BEP - ENVIRONNEMENT comme un document revêtant un caractère essentiel dans la mesure où son absence n'affectait pas automatiquement le marché d'un des risques énumérés ci-dessus (avantage pour un soumissionnaire, incertitude sur l'engagement d'un soumissionnaire, mise en danger de l'exécution du marché, création d'une situation de manipulation des offres)".

Elle estime donc que "l'absence de l'annexe dont question n'était pas constitutive d'une irrégularité substantielle et ne devait pas conduire à la nullité formelle de l'offre de la S.A. SEMAT".

S'agissant des irrégularités non-substantielles, elle rappelle qu'"elles visent, selon l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les autres formalités prescrites notamment par les documents du marché" et que "par rapport à celles-ci, l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, laisse la possibilité au pouvoir adjudicateur d'apprécier si elles justifient de déclarer l'offre nulle, ou non".

Elle soutient donc qu'elle "disposait d'un pouvoir d'appréciation, lui permettant de considérer que l'absence de l'annexe C «Bordereau technique» ne justifiait pas de déclarer l'offre de la S.A. SEMAT nulle".

Elle relève, à cet égard que "le point III.3 Données techniques du cahier spécial des charges, imposait au soumissionnaire de veiller «à joindre en annexe [à son offre], sous formule libre, tous les éléments de documentation et fiches techniques ou commerciale décrivant, étayant ou précisant les caractéristiques des équipements proposés et des services qui les accompagnent» et que l'offre de la requérante contenait de la documentation sur les machines proposées. Elle estime qu'elle a donc raisonnablement pu considérer que l'évaluation de cette offre restait possible, de sorte qu'il ne s'imposait pas de la déclarer formellement nulle.

Dès lors qu'elle n'avait pas l'obligation de déclarer nulle l'offre de la requérante et qu'il était raisonnable de ne pas le faire, elle considère que la circonstance que cette offre a été déclarée formellement régulière, ne démontre pas que l'annexe litigieuse y était jointe.

Elle en conclut qu'il n'était pas contradictoire de constater l'absence de l'annexe C dont question et de déclarer l'offre de la requérante régulière au plan formel. Elle indique que la requérante "perd d'ailleurs manifestement de vue le contenu de son offre, lorsqu'elle prétend que «si le bordereau n'était pas joint à l'offre, nécessairement aucune information relative aux spécifications technique[s] n'aurait

dû parvenir à la partie adverse», dès lors que celle-ci "devait contenir de la documentation sur les caractéristiques techniques des pelles sur pneus – ce qui était le cas en l'espèce –, de sorte qu'elle comportait bien des informations relatives aux spécifications techniques". Elle souligne, en particulier, la présence dans l'offre de la requérante "de fiches techniques précisant, entre autres, les caractéristiques relatives à la «dimension» et à la «cinématique de travail» des pelles sur pneus proposées, lesquelles reprennent notamment la mesure de la «profondeur de fouille max»".

Elle estime donc que la requérante "échoue à démontrer la présence de l'annexe C «Bordereau technique» – qu'elle produit à l'appui de sa demande de suspension d'extrême urgence – dans son offre".

A l'audience, elle ajoute qu'elle n'aperçoit pas quel est l'intérêt de la requérante à cette branche du moyen, dès lors que puisqu'il n'est pas contestable que le bordereau technique "annexe C" n'était pas joint à l'offre, la critique de la requérante revient à soutenir que son offre aurait dû être déclarée formellement irrégulière, ce qui aurait, en toute hypothèse, conduit au même résultat que la décision attaquée.

IV.2 Appréciation

A. Quant à l'intérêt au moyen

Il convient, en premier lieu, de relever que le dossier administratif ne contient aucune mention du constat par un agent de la partie adverse, antérieurement à l'acte attaqué, de l'absence du bordereau litigieux. L'acte attaqué ne contient pas davantage de mention en ce sens, le seul constat d'une imprécision ou d'un manquement dans les spécifications techniques de l'offre ne pouvant être lue comme telle, contrairement à ce que semble affirmer la partie adverse. Quant à l'offre paraphée versée au dossier administratif, il ne s'agit par hypothèse, pas d'un acte établi par un fonctionnaire et son dépôt dans le dossier administratif ne suffit pas à lui conférer la valeur d'un acte authentique.

Il s'ensuit que la partie adverse ne peut pas être suivie lorsqu'elle affirme qu'il existe un acte authentique établissant que le bordereau litigieux n'était pas joint à l'offre de la requérante, ce qui aurait pour effet de priver d'intérêt cette branche du moyen.

Il convient ensuite, de constater que l'argument de la partie adverse est contredit par celui que développe la requérante lorsqu'elle soutient que l'indication dans le rapport d'examen des offres que son offre était formellement régulière

constitue une reconnaissance par l'autorité que ce document y était joint. Or, cette question est directement liée à l'examen de la première branche du moyen.

Enfin, il apparaît à la lecture de cette branche du moyen que la critique de la requérante ne tend pas, contrairement à ce que soutient la partie adverse en termes de plaidoirie, à faire constater que son offre aurait dû être déclarée formellement irrégulière, mais bien à établir que puisqu'elle ne l'a pas été, il s'ensuit que le bordereau litigieux a bien été produit et qu'en conséquence la partie adverse ne pouvait pas écarter son offre au stade de l'examen des critères d'attribution sans tenir compte des mentions apposées sur ce document.

La requérante a donc bien intérêt à cette branche du moyen.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, 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".

Ainsi que le rappelle la partie adverse, le caractère essentiel d'une formalité peut, notamment, se déduire de la volonté exprimée par le pouvoir adjudicateur de lui attacher un tel caractère. Cette volonté peut s'exprimer par l'indication expresse que le non respect de cette forme sera sanctionné par la nullité de l'offre ou par toute autre mention dans les documents du marché indiquant clairement la volonté du pouvoir adjudicateur d'y attacher un caractère essentiel.

En l'espèce, le point III 5. "Données techniques et documents à joindre à l'offre" indique ceci:

- " Le bordereau des spécificités techniques OBLIGATOIRE présenté en annexe est impérativement à remplir et signer".

A première vue, il se comprend de l'emploi de l'adjectif "obligatoire", écrit en lettres capitales de surcroît, et de l'adverbe "impérativement", que la partie adverse a voulu attacher au dépôt de ce bordereau un caractère essentiel. Cela se comprend d'autant plus aisément que ce document est destiné à reprendre les principales caractéristiques techniques du matériel proposé.

Or, le rapport d'examen des offres, qui sert de motivation à l'acte attaqué, indique que l'offre de la requérante a été remise "selon les formes fixées dans le cahier des charges", en marge de la mention "en ordre". A défaut de toute autre mention, il faut donc en conclure que le bordereau litigieux y était joint. En revanche, s'agissant de la régularité matérielle de l'offre, il est indiqué que ni la hauteur de la cabine à surélévation hydraulique, ni la profondeur maximale de fouille ne sont précisées dans l'offre. Or ces deux spécifications devaient être renseignées sur le bordereau technique.

Le caractère apparemment contradictoire de ces mentions ne permet pas de comprendre si la partie adverse a considéré que le bordereau litigieux était présent mais aurait ensuite omis d'en tenir compte au stade de l'examen de la régularité matérielle de l'offre, ou si elle a considéré qu'il était manquant, voire qu'une quelconque autre explication justifiait sa décision. Il s'ensuit que la motivation de l'acte attaqué est, à tout le moins, insuffisante et ne permet, en toute hypothèse, pas de comprendre le motif pour lequel l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière. L'explication fournie *a posteriori* dans le courrier daté du 26 juillet 2017, outre qu'elle ne dissipe pas la contradiction relevée plus haut, ne peut, en tout état de cause, pas pallier une insuffisance de la motivation.

Il s'ensuit que le moyen est sérieux en sa première branche, ce qui suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué.

Il n'y a par conséquent pas lieu d'examiner les autres branches du moyen.

V. Confidentialité

La partie adverse dépose une copie des offres en sollicitant la confidentialité de ces pièces. La requérante demande également, à l'audience, que son offre, qu'elle dépose en annexe à sa requête, soit tenue confidentielle.

La divulgation de ces pièces étant de nature à nuire au secret des affaires et n'étant, à ce stade, pas utiles à la solution du litige il y a lieu d'accéder à ces demandes.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 15 juin 2017 prise par le Bureau Economique de la Province de Namur, Département environnement, attribuant un marché public de fourniture de deux pelles sur pneus (réf. BEP/pelles sur pneus/2017) à JCB BELGIUM et écartant l'offre de la société anonyme SEMAT est ordonnée.

Article 2.

Les pièces 6 à 8 du dossier administratif et la pièce 3 du dossier de la partie requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi 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
siégeant en référé, le seize août deux mille dix-sept par :

M.	Serge BODART,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.