

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.680 du 17 octobre 2018

A.214.945/VI-20.362

En cause : **1. la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**
2. la société anonyme ENTREPRISES RÉUNIES
R. DE COCK,
ayant formé la société momentanée HULLBRIDGE-
DE COCK,

ayant élu domicile chez
M^e Marie BOURGYS, avocat,
avenue Alphonse Valkeners 5/1
1160 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BETONS ET MATÉRIAUX,
en abrégé BEMAT,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 mars 2015, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED et la société anonyme ENTREPRISES RÉUNIES R. DE COCK ayant formé la société momentanée HULLBRIDGE-DE COCK demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse du 15 juillet 2014 en vertu de laquelle elle écarte l'offre des requérantes pour irrégularité formelle substantielle et attribue le marché public litigieux à la société BEMAT".

II. Procédure

Par une requête introduite le 19 février 2015, la société anonyme BETONS ET MATÉRIAUX, en abrégé BEMAT demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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.

Par l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015, le Conseil d'Etat a accueilli provisoirement la demande d'intervention, a suspendu l'exécution de l'acte attaqué et a réservé à statuer sur les dépens.

Par l'arrêt n° 238.933 du 4 août 2017, le Conseil d'Etat a accueilli provisoirement la demande d'intervention, et a renvoyé l'examen du présent recours en annulation à la procédure ordinaire.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié à la partie adverse le 20 mars 2018 et à la partie intervenante le 2 mai 2018.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note le 26 avril 2018 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quinquies} de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Par une lettre du 19 juin 2018, le greffe a notifié à la partie adverse et à la partie intervenante que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte attaqué à moins qu'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Intervention

Par une requête introduite le 19 février 2015, la société anonyme BETONS ET MATÉRIAUX, en abrégé BEMAT, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution attaquée, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête dans la procédure en annulation.

IV. Annulation de l'acte attaqué

Le 20 mars 2018 et le 2 mai 2018, la partie adverse et la partie intervenante ont reçu le rapport de l'auditeur dans lequel l'annulation de l'acte attaqué est proposée. Ce rapport contient les passages suivants :

" [...] Examen.

L'examen de l'intérêt à agir est lié à celui du fond du litige. En effet, l'offre des requérantes ayant été déclarée irrégulière, elles ne peuvent justifier d'un intérêt qu'à la condition que les moyens qu'elles formulent soient de nature à leur rendre une chance de se voir attribuer le marché. Tel est le cas si ces moyens sont de nature à démontrer l'illégalité de la décision déclarant leur offre irrégulière ou de nature à démontrer que toutes les offres auraient, en réalité, dû être déclarées irrégulières. L'examen de la question est étroitement lié à celui des moyens.
[...]

[...] Examen.

Sur la première branche, l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015 est motivé comme suit :

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans sa rédaction applicable à l'espèce, se lit comme suit:

«Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

Une offre est formellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle déroge à celles des 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, qui revêtent un caractère substantiel. En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme formellement irrégulière si celle-ci n'est pas conforme aux autres formalités prescrites.

Une offre est matériellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant

notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal au sens de l'article 99.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme matériellement irrégulière lorsque:

- 1° celle-ci n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1er, sections 6 à 11 et du chapitre 6, sections 2 à 4;
- 2° elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité».

Il se déduit de cette disposition que lorsqu'une offre déroge à des formalités qui revêtent un caractère substantiel, le pouvoir adjudicateur n'a pas d'autre choix que d'en constater la nullité. Il en va de même lorsque l'offre est matériellement irrégulière parce qu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal. Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur ne dispose, en réalité, d'aucune marge d'appréciation en cas d'irrégularité. La disposition citée distingue d'ailleurs clairement ces hypothèses de celles où le pouvoir adjudicateur se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire, dès lors que, confronté à ces autres irrégularités, il peut, mais ne doit pas, considérer l'offre comme formellement ou matériellement irrégulière.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui vient d'être cité ne définit pas les formalités qui doivent être tenues pour substantielles ni les dispositions des documents du marché qui doivent être tenues pour essentielles. Il convient donc de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché. Ce caractère substantiel ou essentiel peut résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché, mais il peut aussi découler de la nature même de la formalité ou de la disposition qui ne serait pas respectée. Tel sera notamment le cas lorsque le non respect d'une formalité ou d'une disposition des documents du marché est de nature à entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou à compromettre la bonne exécution du marché. Dans un tel cas, l'irrégularité constatée doit entraîner la nullité de l'offre, que le pouvoir adjudicateur l'ait ou non expressément indiqué dans les documents du marché.

En l'espèce, les documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques, formant la partie B du cahier spécial des charges, sont les suivants :

«B.4.1. Détecteurs de gaz naturel

Caractéristiques communes à tous les détecteurs :

[...]

i) Le soumissionnaire doit joindre à son offre les documents suivants:

- copie du certificat d'agrément de son sous-traitant, en classe IV des détecteurs ioniques, conformément à l'A.R. du 28.02.63 et de l'A.M. du 11.06.64;
- les preuves que l'installateur a proposé (lui-même ou son sous-traitant) possède la catégorie et classe correspondant aux travaux qu'il exécutera;
- une liste de références d'installations comparables réalisées en Belgique».

L'exigence ainsi formulée vise, de toute évidence, à s'assurer que l'installateur satisfait aux conditions réglementaires pour pouvoir procéder à ce type d'installation et qu'il dispose des compétences techniques nécessaires pour ce faire. S'agissant de matériel destiné à garantir la sécurité des occupants de bâtiments scolaires, l'importance du respect d'une telle précaution peut difficilement être niée. La partie adverse et la partie intervenante soutiennent cependant que les documents demandés pouvaient être produits ultérieurement. En outre, en expliquant, que l'irrégularité constatée est formelle et non matérielle, la partie intervenante laisse entendre qu'elle ne porte pas sur l'engagement à faire exécuter ce poste par un installateur possédant l'agrément, la «catégorie et classe»

et les compétences requises mais uniquement sur la production de la preuve qu'il les possède.

En réalité, la question de savoir si le défaut de production des documents litigieux est une irrégularité formelle ou matérielle importe peu pour la solution du litige. En effet, si la production de documents constitue, en soi, une formalité, en l'espèce, le non-respect de cette formalité peut également être l'indice d'une irrégularité matérielle, puisqu'elle peut tout aussi bien indiquer que le soumissionnaire défaillant ne s'engage pas à faire installer ces équipements de sécurité par un installateur répondant aux conditions de la clause technique. En d'autres termes, que l'on se place d'un point de vue formel ou matériel, le défaut de production des documents requis ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de tenir pour assuré que le marché serait exécuté par un installateur se conformant aux spécifications techniques qu'il avait lui-même fixées. Une telle irrégularité paraît, à première vue, toucher à la substance même du marché.

La partie adverse ne pouvait donc sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les règles qu'elle s'était elle-même fixées, décider que le défaut de jonction à l'offre des documents visés à la clause technique B.4.1.i) ne constituait pas une irrégularité substantielle.

Les requérantes possèdent, par ailleurs, un intérêt à cette branche du moyen, dès lors que l'irrégularité des deux seules offres ayant été déclarées régulières a pour effet de leur faire recouvrer une chance de pouvoir à nouveau concourir pour le marché litigieux et de se le voir attribuer.

La première branche du premier moyen en tant qu'elle est prise de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et du poste B.4.1. du cahier spécial des charges, est sérieuse et suffit à justifier la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Il n'y a pas lieu de se départir de cette analyse.

Le moyen doit être considéré comme fondé en sa première branche".

L'article 30 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son paragraphe 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un rapport concluant à l'annulation.

La partie adverse n'a pas réagi dans le délai imparti et n'a pas demandé à être entendue. Aucune raison n'apparaît de s'écarter du rapport du premier auditeur. Il y a donc lieu d'annuler l'acte attaqué.

V. Confidentialité

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

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées à la partie adverse, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VI. Indemnité de procédure et dépens

La partie requérante demande de condamner la partie adverse aux dépens, en ce compris l' "indemnité de procédure".

La partie requérante ayant obtenu gain de cause dans la présente affaire, il y a lieu de condamner la partie adverse au paiement d'une indemnité de procédure liquidée à son montant de base de 700 euros, majorée de 20 %, conformément à l'article 67, § 2 du règlement général de procédure.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite le 19 février 2015 par la société anonyme BEMAT est accueillie.

Article 2.

La décision prise par la ville de Charleroi le 15 juillet 2014 attribuant le marché public de travaux relatif à la démolition et reconstruction du complexe scolaire et aménagement des abords de l'école du groupe I à Marchienne-au-Pont à la société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT est annulée.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 840 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 950 euros, sont également mis à charge de la partie adverse à concurrence de 800 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le dix-sept octobre deux mille dix-huit par :

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.