

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

A R R Ê T

n° 242.891 du 8 novembre 2018

A. 226.291/VI-21.327

En cause : **la société anonyme OCTA+ ÉNERGIE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Gautier ROLLAND et Sophie JACQUES,
avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

la ville de Philippeville,

ayant élu domicile chez
M^{es} Dominique REMY, Olivier BARTHELEMY,
Barbara ROUARD et Marie-Eve MATERNE, avocats,
rue L. et V. Barré 32
5500 Dinant.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 septembre 2018, la société anonyme OCTA+ ENERGIE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par le Collège communal de la partie adverse, le 11 septembre 2018, aux termes de laquelle il est décidé de retirer sa décision du 21 août 2018; d'attribuer les lots 1 et 2 du marché public de fourniture de gasoil de chauffage, de roulage et de lubrifiants pour la période de 2019 à 2021 à ETS BERTRAND COMBUSTIBLES et d'attribuer le lot 3 du marché précité à EUROP OIL – Carnant et, par conséquent, de ne pas attribuer ces lots à la partie requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 octobre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 octobre 2018 à 9 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Sophie JACQUES, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Olivier BARTHELEMY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause:

- " 1. La présente procédure concerne un marché public conjoint dont l'intitulé de l'objet est la «fourniture de gasoil de chauffage, de roulage-et de lubrifiants pour la période de 2019 à 2021». L'objectif de ce marché est de fournir du gasoil de chauffage, de roulage et de lubrifiants pour l'ensemble des bâtiments communaux, des Fabriques d'église de l'entité de Philippeville et de la Régie communale autonome.

Un avis de marché a été publié le 25 juin 2018 au Bulletin des Adjudications (Réf. 09200000) et le 29 juin 2018 au Journal officiel de l'Union européenne (Réf. 2018/S 123-279022; Respectivement pièces n°1 et n° 2).

Le pouvoir adjudicateur est la partie adverse qui agit au nom et pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs, à savoir les Fabriques d'églises communales et la Régie communale autonome.

Le marché est subdivisé en trois lots : (1) Fourniture de gasoil et de chauffage; (2) Fourniture de gasoil de roulage; (3) Fourniture de lubrifiants. Le pouvoir adjudicateur a le droit de n'attribuer que certains lots.

Il s'agit d'une procédure ouverte et le critère d'attribution du marché est le prix. Le prix remis par le soumissionnaire consiste en une remise sur le prix officiel admis par le Ministère des Affaires Economiques.

Toutes les informations sont contenues dans le cahier des charges mis à dispositions des soumissionnaires lors de la publication de l'avis de marché (...).

2. Trois offres ont été déposées pour la date limite de dépôts, le 07 août 2018, à 11 heures (...):

- Lot 1 (fourniture de gasoil de chauffage) : la partie requérante et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;

- Lot 2 : la partie requérante et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;
- Lot 3 : la partie requérante et ELTROP OIL — CARNANT.

Le 08 août 2018, un rapport d'examen des offres est dressé et contient la proposition d'attribution des marchés suivants (...).

* D'attribuer le Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit Octa+, Schaarbeeklei, 600 à 1800 Vilvoorde, pour une réduction par litre de € 0,0645 TVAC sur les prix officiels.

Le délai de livraison pour les commandes individuelles est fixé à 1 jour ouvrable;

* D'attribuer le Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit Octa+, Schaarbeeklei, 600 à 1800 Vilvoorde, pour une réduction par litre de € 0,1800 TVAC sur les prix officiels.

Le délai de livraison pour les commandes individuelles est fixé à 1 jour ouvrable;

* D'attribuer le Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit EUROP OIL - Camant, Rue des Cotillages 51b à 4500 Huy, au prix de 3.996,70 € hors TVA ou 4.836,01 €, 21 % TVA comprise.

Le délai de livraison pour les commandes individuelles est fixé à 1 jour ouvrable.

Le 21 août 2018, le Collège communal de la partie adverse décide d'attribuer les lots 1 et 2 à la partie requérante et le lot 3 à EUROP OIL — CARNANT, selon la décision suivante (...).

DÉCIDE:

Art. 1^{er} : De sélectionner les soumissionnaires Octa+, ETS BERTRAND COMBUSTIBLES et EUROP OIL - Camant qui répondent aux critères de sélection qualitative.

Art. 2 : De considérer les offres suivantes comme complètes et régulières :

- * Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]): Octa+ et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;
- * Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]): Octa+ et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;
- * Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]): Octa+ et EUROP OIL - Camant.

Art. 3 : D'approuver le rapport d'examen des offres du 8 août 2018 pour Lot 1 «Fourniture de gasoil de chauffage»), Lot 2 «Fourniture de gasoil de roulage »)), Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]), rédigé par le Service des Travaux.

Art. 4 : De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Art. 5 : D'attribuer ce marché aux soumissionnaires ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit :

* Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]): Octa+, Schaarbeeklei, 600 à 1800 Vilvoorde, pour une réduction par litre de € 0,0645 TVAC sur les prix officiels.

De fixer le délai de livraison pour les commandes individuelles à 1 jour ouvrable;

* Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]): Octa+, Schaarbeeklei, 600 à 1800 Vilvoorde, pour une réduction par litre de € 0,1800 TVAC sur les prix officiels.

De fixer le délai de livraison pour les commandes individuelles à 1 jour ouvrable;

* Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]): EUROP OIL - Camant, Rue des Cotillages 51b à 4500 Huy, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce candidat.

De fixer le délai de livraison pour les commandes individuelles à 1 jour ouvrable.

Art. 6 : L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges 2018-247.

Art. 7 : D'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget ordinaire de l'exercice 2018, article 104/125-03, 124/125-03, 421/125-03, 421/127-03, 722/125-03, 767/125-03 et 851/125-03.

Art. 8: De transmettre la présente délibération au service comptabilité et à Monsieur le Directeur financier.

La décision est communiquée aux soumissionnaires par courrier recommandé et email datés du 22 août 2018 (...).

3. Le 03 septembre 2018, ETS BERTRAND COMBUSTIBLES écrit un courrier recommandé à la partie adverse en indiquant que les ristournes proposées étaient des montants hors-TVA, et que par conséquent, une fois la TVA ajoutée, les réductions étaient plus avantageuses que celles de la partie requérante (...).

En effet, les remises proposées par ETS BERTRAND COMBUSTIBLES étaient de 0.0684 € par litre TVAC en ce qui concerne le gasoil de chauffage et de 0.1815 € par litre TVAC pour le gasoil de chauffage, alors que les ristournes de la partie requérante étaient respectivement de 0.0645 € par litre TVAC et de 0.1800 € par litre TVAC.

Un nouveau rapport d'examen des offres est dressé le 06 septembre 2018 et propose, compte tenu des erreurs constatées, d'attribuer le lot 1 et le lot 2 à ETS BERTRAND COMBUSTIBLES (...).

Lors de sa séance du 11 septembre 2018, le Collège communal de la partie adverse prend la décision suivante (...) :

[...]

Considérant le courriel de ETS BERTRAND COMBUSTIBLES du 3 septembre 2018 informant le Pouvoir adjudicateur qu'une erreur a été commise lors de la rédaction du formulaire d'offre. Les montants inscrits pour les lots 1 & 2 sont « hors TVA », le courrier du 01/08/2018 annexé à l'offre faisant foi;

Considérant qu'il s'agit d'une erreur purement matérielle, conformément à l'article 34 de l'A.R. du 18 avril 2017, laquelle peut être rectifiée par le pouvoir adjudicateur ; que si certes la responsabilité du pouvoir adjudicateur n'est pas engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées, l'erreur matérielle dont il s'agit en l'espèce est à ce point flagrante que la décision d'attribution risquerait, en cas de recours, d'être annulée pour erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant le nouveau rapport d'examen des offres du 6 septembre 2018 réalisé après rectification de l'erreur matérielle précitée, pour Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]), Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]) et Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]) rédigé par le Service des Travaux ;

[...]

DECIDE:

Art. 1^{er} : De retirer sa décision d'attribution du 21 août 2018.

Art. 2 : De sélectionner les soumissionnaires Octa+, ETS BERTRAND COMBUSTIBLES et EUROP OIL - Camant qui répondent aux critères de sélection qualitative.

Art. 3 : De considérer les offres suivantes comme complètes et régulières :

* Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]): Octa+ et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;

- * Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage: Octa+ et ETS BERTRAND COMBUSTIBLES;
- * Lot 3 ([Fourniture de lubrifiante: Octa+ et EUROP OIL - Carnant.

Art. 4 : D'approuver le rapport d'examen des offres du 6 septembre 2018 pour Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]), Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]), Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]), rédigé par le Service des Travaux.

Art. 5 : De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Art. 6 : D'attribuer ce marché aux soumissionnaires ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit :

- * Lot 1 ([Fourniture de gasoil de chauffage]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit ETS BERTRAND COMBUSTIBLES, Rue Surmont 32 à 5060 Sambreville, pour une réduction par litre de € 0,0684 TVAC sur les prix officiels;
- * Lot 2 ([Fourniture de gasoil de roulage]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit ETS BERTRAND COMBUSTIBLES, Rue Surmont 32 à 5060 Sambreville, pour une réduction par litre de € 0,1815 TVAC sur les prix officiels;
- * Lot 3 ([Fourniture de lubrifiants]) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit EUROP OIL, - Camant, Rue des Cotillages 51b à 4500 Huy, au prix de 3.996,70 € hors TVA ou 4.836,01 €, 21 % TVA comprise.

Il s'agit de l'acte attaqué.

La décision est communiquée aux soumissionnaires par courriers recommandés et par email datés du 13 septembre 2018".

IV. Recevabilité

La partie adverse ne conteste pas la recevabilité du recours.

Il y a lieu toutefois d'examiner la recevabilité de la demande en ce qu'elle tend à la suspension de la décision de ne pas attribuer à la partie requérante les trois lots du marché en cause.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante ne démontre pas que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est

dirigée contre le refus implicite d'attribuer les différents lots du marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est "pris de la violation:

- des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires ;
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et en particulier de son article 4, 66 et 83 ;
- de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours et en particulier de ses articles 4 et 5 ;
- de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et en particulier de son article 76, et, le cas échéant de son article 54, §2 ;
- des documents du marché et en particulier du cahier spécial des charges ;
- des principes de bonne administration, *patere legem quam ipse fecisti* et de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- des principes de transparence et de bonne administration ;
- pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3".

La partie requérante soutient que l'offre de la société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES était entachée d'une irrégularité substantielle dès lors qu'elle prévoyait deux prix différents, à savoir un prix hors TVA et un prix TVA comprise. Elle ajoute que "la question se pose de savoir si le courriel du 3 septembre 2018 envoyé par le soumissionnaire ETS BERTRAND COMBUSTIBLES ne doit pas être assimilé à une deuxième offre au sens de l'article 54, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017".

Après avoir rappelé les termes de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, elle expose qu'en l'espèce, l'erreur porte sur un élément essentiel, à savoir le prix, la société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES ayant remis deux prix différents dans son offre. Elle souligne que la partie adverse n'a pas vu cette disparité des prix et ajoute que, même s'il constaté cette disparité, le pouvoir adjudicateur était dans l'impossibilité de déterminer quel était le prix effectivement remis par ce soumissionnaire, l'offre de celui-ci ne permettant pas de déterminer quel était le prix effectivement remis.

La partie requérante souligne que l'offre doit être déclarée substantiellement irrégulière lorsque l'irrégularité concerne un critère d'attribution et est de nature à affecter la comparabilité des offres. Elle en déduit que l'offre de la

société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES aurait dû être déclarée irrégulière et qu'en attribuant les lots 1 et 2 au soumissionnaire ayant remis une offre irrégulière, le pouvoir adjudicateur a méconnu les principes et dispositions visés à l'appui du moyen.

V.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose que la société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES a mentionné les réductions hors TVA, par litre, conformément au cahier des charges, lequel contenait une erreur matérielle. Elle relève que cette offre a été rectifiée conformément à l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité.

Après avoir souligné que la notion de "régularité de l'offre", visée à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "comprend la conformité de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché visés à l'article 66, § 1^{er}, 1^o de la loi (S. VAN GARSSE, Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics – Arrêté royal du 18 avril 2017, *Politeia*, n°38, juillet 2017)", elle fait valoir que l'offre de la société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES était régulière dès lors qu'elle était exprimée hors TVA, comme il était indiqué dans le cahier des charges en page 5. Elle ajoute qu' "Il ressort d'ailleurs du rapport d'examen du 6 septembre 2018 que tous les critères ont été étudiés et que l'offre est par conséquent régulière ".

V.3. Appréciation du Conseil d'État

L'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques dispose comme suit:

" Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

- 1^o le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
- 2^o le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
- 3^o le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché."

Le cahier spécial des charges indique, en page 5, ce qui suit:

" Le prix remis par le soumissionnaire consiste en une remise sur le prix officiel admis par le Ministère des Affaires économiques. Le soumissionnaire doit donc indiquer clairement la ristourne consentie exprimée en euros, HTVA, avec un maximum de 4 chiffres après la virgule".

Le formulaire d'offre comporte les mentions suivantes, tant pour le lot 1 que pour le lot 2:

" pour une réduction par litre de € TVAC sur les prix officiels".

L'offre déposée par la société ETS BERTRAND COMBULSTIBLE mentionne, pour chacun des deux lots, une réduction exprimée en "€ TVAC". Cette offre est précédée d'une lettre de couverture indiquant, quant à elle, les mêmes montants, mais avec l'indication "Hors TVA".

Il existe donc une contradiction dans l'offre de la requérante. En effet, pour chacun des deux lots, c'est le même montant qui est indiqué, d'une part, "TVAC" et, d'autre part, "Hors TVA".

Cette situation résulte vraisemblablement d'une erreur, elle-même peut-être due à la contradiction existant dans les documents du marché. Cette contradiction n'a toutefois été relevée par aucun soumissionnaire en application de l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. En tout état cause, il suffit de constater que la lecture de l'offre ne permet pas de déterminer si la réduction qui y était mentionnée s'entendait TVA comprise ou hors TVA. Il existait donc une incertitude sur le prix et, partant sur "l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

Une telle incertitude constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal précité. Cette incertitude n'a été levée par la société ETS BERTRAND COMBUSTIBLES que dans son courrier recommandé du 3 septembre 2018, lequel est postérieur à la communication de la décision du 21 août, effectuée par des courriers recommandé et électronique datés du 22 août. C'est donc après avoir pris connaissance, dans la décision d'attribution, des prix des autres soumissionnaires et, partant, de l'incidence du choix de l'une au l'autre alternative sur le classement des offres, que ladite société a précisé son engagement en faisant prévaloir la lettre de couverture sur le formulaire d'offre. La partie adverse ne pouvait, sans violer le principe d'égalité entre les soumissionnaires, se fonder sur les explications fournies dans ces conditions par ladite société pour retirer sa décision du 21 août 2018 et attribuer les lots 1 et 2 du marché en cause à une société dont l'offre

était irrégulière, cette irrégularité n'ayant pu, pour les mêmes raisons, être couverte par les précisions contenues dans le courrier du 3 septembre 2018.

Le moyen est sérieux. L'irrégularité qu'il dénonce affecte la totalité de la décision de retrait, y compris donc en ce que celui-ci porte sur l'attribution du lot n° 3.

VI. Confidentialité

Aucune des parties ne demande la confidentialité des pièces déposées. Néanmoins, conformément à l'article 26 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, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces contenant des informations susceptibles d'être couvertes par le secret des affaires.

Les pièces 4 (procès-verbal d'ouverture des offres et les offres remises), 5 (rapport d'examen du 8 août 2018), 6 (délibération du 21 août 2018), 8 (courriel du 3 septembre 2018), 9 (rapport d'examen du 6 septembre 2018) et 10 (délibération du 11 septembre 2018) du dossier administratif, ainsi que les pièces 6 (délibération du 11 septembre 2018), 6a (rapport d'examen du 6 septembre 2018) et 10 (courrier du 1^{er} août 2018) annexées à la requête sont – à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles.

Les parties sont invitées, en cas de poursuite de la procédure d'annulation, à déposer ces pièces en biffant les données confidentielles relatives aux prix des offres.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège communal du 11 septembre 2018 retirant sa décision d'attribution du 21 août 2018 et attribuant les lots 1 et 2 du marché public de fourniture de gasoil de chauffage et de roulage pour la période de 2019 à 2021 à la société ETS BERTRAND et le lot 3 de fourniture de lubrifiants à la société EUROPE OIL.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

Les pièces 4, 5, 6, 8, 9 et 10 du dossier administratif, ainsi que les pièces 6, 6a et 10 annexées à la requête 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 huit novembre deux mille dix-huit par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.