

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

A R R Ê T

n° 242.951 du 14 novembre 2018

A. 226.353/VI-21.331

En cause : **la société privée à responsabilité limitée DEVILLERS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François JAMINET et
Delphine BOREUX, avocats,
rue Doumier 159
4430 Ans,

contre :

la ville de Charleroi,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 octobre 2018, la société privée à responsabilité limitée DEVILLERS demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Ville de Charleroi, par laquelle celle-ci a décidé d'écarter l'offre de la requérante dans le cadre du marché public de services ayant pour objet «l'entretien et la régénération de terrains de football engazonnés de la Ville de Charleroi» (Cahier spécial des charges n° 2018-15) au motif que «le soumissionnaire n'a pas rempli les montants (en chiffres, HTVA; en lettre HTVA; en chiffres, TVAC, en lettres, TVAC) dans le formulaire d'offre. Le pouvoir adjudicateur considère qu'il s'agit là d'une irrégularité substantielle et n'a d'autre choix que d'écarter l'offre», d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire et de ne pas attribuer le marché à la requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 8 octobre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 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 Delphine BOREUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^{es} Anne FEYT et Lucille CARTIAUX, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Luc DONNAY, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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 requérante expose comme suit les faits de la cause:

- " 1. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications du 24 mai 2018 (...) et au Journal officiel de l'Union européenne du 26 mai 2018 (...), la partie adverse a mis en concurrence un marché de services intitulé «marché public de services ayant pour objet l'entretien et la régénération de terrains de football engazonnés de la Ville de Charleroi» (...).
- La partie adverse est assistée par la SCRL IGRETEC. Le services achats d'IGRETEC est mentionné dans le cahier spécial des charges comme étant le point de contact. L'adresse de remise d'offres est celle du siège social d'IGRETEC.
- La procédure de passation du marché est notamment régie par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, par l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que par 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 ainsi que ses modifications ultérieures.
- Le marché est passé par une procédure ouverte conformément aux article 2.22° et 36 de la loi du 17 juin 2016.

2. Suivant l'article 3 du cahier spécial des charges, l'objet du marché est l'entretien et la régénération de terrains de football engazonnés de la Ville de Charleroi et n'est pas divisé en lots.

L'article 18 du cahier spécial des charges libelle les critères d'attribution comme suit:

«

N°	Description	Poids
1	Prix Formule appliquée : offre la moins chère/offre analyse X 60	60
2	La rapidité d'exécution des interventions Formule appliquée : offre présentant le délai d'exécution le plus court/offre analysée X 40	40
Poids total des critères d'attribution		100

».

Au cahier spécial des charges est joint un formulaire d'offre ainsi qu'un inventaire qui se présente comme suit :

« Inventaire Marché public de services – CSC2018-15 – Entretien et régénération de terrains de football engazonnés de la ville de Charleroi

Description des postes	Type	Unité	Quantités présumées pour 3 ans	Prix unitaire en chiffres H.T.V.A.	Prix global
I.1 Reconditionnement	QP	Forfait	69	€	
I.2 Tonte	QP	Forfait	2.760	€	
I.3 Fertilisation	QP	Forfait	69	€	
I.4 Passage du rouleau	QP	Forfait	1.035	€	
					TOTAL DE L'OFFRE
					Prix total de l'offre HTVA

Prix total TVAC en toutes lettres :

.....Euros

Fait le.....

Signature

Nom(s), prénoms et qualité

Cachet de l'entreprise

CSC2018-15 – APPROUVE PAR COL 15.05.18.doc. »

L'article 17 du cahier spécial des charges relatif aux «documents à annexer à l'offre » prévoyait à ce sujet:

« Chaque soumissionnaire remettra les documents suivants, dans l'ordre indiqué et séparés par des intercalaires annotés :

1. sous peine de nullité absolue de l'offre, le formulaire "Offre", dûment complété et signé par la (les) personne(s) habilitée(s) à engager le soumissionnaire eu égard aux statuts et /ou délégations;

2. l'inventaire dûment complété et signé par la (les) personne(s) habilitée(s) à engager le soumissionnaire eu égard aux statuts et /ou délégations;
 [...]

A l'exception des points frappés de nullité absolue, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'exclure tout soumissionnaire qui ne remettrait pas l'un ou l'autre des documents mentionnés ci-avant ».

[...]. La requérante a déposé son offre le 28 juin 2018, soit dans le délai imparti en veillant à transmettre l'intégralité des documents requis par le cahier spécial des charges (...).

Le formulaire d'offre est bien daté et signé par l'organe compétent pour engager la requérante. Il apparaît toutefois que la requérante a omis de mentionner son prix dans le formulaire d'offre.

Par contre, est joint au formulaire d'offre l'inventaire, dûment complété (chaque prix unitaire et le prix total est bien mentionné), daté et signé par l'organe compétent pour engager la requérante.

[...]. Par un courriel daté du 20 septembre 2018 (...), la requérante a été informée que son offre était écartée pour les motifs suivants :

[...]

« Conformément à la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, modifiée par la loi du 16 février 2017, nous vous informons que votre offre, remise dans le cadre du marché dont références sous rubrique, n'a pas été retenue.

Les motifs de votre non-sélection, extraits de la décision motivée d'attribution du marché ainsi que le détail des voies de recours dont vous disposez à l'encontre de notre décision sont les suivants :

"Le soumissionnaire n'a pas rempli les montants (en chiffres, HTVA ; en lettre HTVA ; en chiffres, TVAC ; en lettres, TVAC) dans le formulaire d'offre. Le pouvoir adjudicateur considère qu'il s'agit là d'une irrégularité substantielle et n'a d'autre choix que d'écarter l'offre"».

[...]

[...]. Dès réception dudit courriel, la requérante s'est adressée à Madame [...], chef de service juridique chez IGRETEC (...) :

Bonjour Madame [...],

Je vous contacte concernant la non sélection de notre offre dans le cadre du marché des terrains de football engazonnés.

J'étais responsable de la rédaction de cette offre (ma première).

Dans la mesure où nos prix unitaires HTVA et notre prix global TVAC étaient inscrits sur le métré récapitulatif, signé, de l'offre, n'y a-t-il aucune possibilité que cela rentre en considération ?

Par ailleurs, pourriez-vous me renseigner comment notre prix était placé en regard des concurrents ?

D'avance je vous remercie pour votre réponse et votre intérêt.

[...]. Le jour même, Madame [...] répondait ceci (...) :

"Monsieur,

La législation sur les marchés publics nous impose un formalisme strict. Le formulaire d'offre est considéré comme le seul document engageant votre société. Dès lors que le montant de votre offre n'y figure pas, votre engagement est considéré comme incertain. Par ailleurs, le CSC en son article 17 dispose :

«Chaque soumissionnaire remettre les documents suivants, dans l'ordre indiqué et séparés par des intercalaires annotés :

1) sous peine de nullité absolue de l'offre, le formulaire "Offre", dûment complété et signé par la (les) personne(s) habilitée(s) à engager le soumissionnaire eu égard aux statuts et/ou délégations.

Concernant le classement de votre offre, bien que la législation ne nous oblige pas à vous le communiquer dès lors que votre offre est irrégulière, nous vous informons toutefois que votre offre était la mieux classée.

Bien cordialement »".

[...]. Le 24 septembre 2018, le conseil de la requérante adressait un courrier par recommandé et par e-mail à la partie adverse ainsi qu'à IGRETEC, dénonçant le caractère irrégulier de la décision prise.

Le conseil de la requérante les invitait ainsi à confirmer pour le 28 septembre 2018 au plus tard le retrait de la décision critiquée et la décision d'attribuer le marché à la requérante, dès lors qu'il apparaîtrait que son offre était la mieux classée (...). [...]. La requérante n'a enregistré aucune autre suite à ce courrier qu'un accusé de réception ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

Le moyen unique de la requête est pris

- " (i) de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- (ii) de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement de ses articles 1, 2 et 3;
- (iii) de la violation des principes généraux du droit, notamment les principes de bonne administration, de minutie, du raisonnable, le principe qui veut que tout acte repose sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles;
- (iv) de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs;
- (v) de l'erreur manifeste d'appréciation;
- (vi) de l'excès de pouvoir
- En ce que la partie adverse a considéré que le fait que la requérante n'ait pas rempli les montants dans le formulaire d'offre constitue une irrégularité substantielle sanctionnée par l'écartement de l'offre;
- Alors que la requérante a dûment complété l'inventaire annexé au cahier spécial des charges en mentionnant son prix htva et tvac ne laissant ainsi planer aucun doute sur son engagement;
- Que le cahier spécial des charges sanctionne uniquement à titre de nullité absolue l'absence de remise du formulaire d'offre;
- Que la requérante a bien remis celui-ci, signé, et l'identifiant de façon claire et précise;
- Que l'extrait de la décision d'attribution ne motive pas la raison pour laquelle l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle".

Après avoir reproduit les termes de l'article 76, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et fait état de commentaires figurant dans le rapport au Roi, la requérante fait valoir qu'elle a transmis le formulaire d'offre en omettant par erreur d'y indiquer le prix de son offre, mais que celui-ci figurait de façon très claire dans l'inventaire joint au cahier spécial des charges, dûment daté et signé, comme le formulaire d'offre, par l'organe compétent pour l'engager. Elle soutient que le fait d'avoir omis de remplir le formulaire d'offre quant au prix n'a dès lors pas eu pour effet de lui donner un avantage discriminatoire, d'entraîner une distorsion de la concurrence, d'empêcher l'évaluation de son offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ni de rendre inexistant, incomplet ou incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Elle fait valoir que la partie adverse disposait bien de son

engagement, signé, à exécuter le marché pour la somme mentionnée dans l'inventaire et ventilée selon les quatre postes mentionnés dans ce dernier. Elle estime que l'irrégularité en cause n'étant pas substantielle, elle ne pouvait donner lieu à l'écartement de l'offre.

Elle soutient par ailleurs que les dispositions de l'article 17 du cahier spécial des charges ne permettent pas de considérer que l'offre était entachée d'une nullité absolue. Selon elle, il ressort de cette prescription que "ce qui est frappé de nullité absolue, c'est bien la remise d'un formulaire d'offre et non le fait qu'il soit dûment complété jusque dans ses moindres détails", l'intérêt de cette formalité étant de pouvoir identifier précisément le soumissionnaire, de disposer d'un engagement signé par les personnes habilitées et de n'avoir aucun doute sur le prix qu'il propose ainsi que sur le délai d'exécution (puisque'il s'agissait ici d'un critère d'attribution repris sur le formulaire d'offre)". Elle fait valoir qu'elle a bien remis un formulaire d'offre conforme au modèle annexé au cahier spécial des charges, qu'elle l'a l'identifié clairement en veillant à indiquer le délai d'exécution, que ce formulaire est daté et revêtu de la signature de l'organe compétent et que le prix était annexé au formulaire d'offre de façon très claire également. Elle en déduit qu'elle a respecté les exigences prescrites et que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'écarter son offre sur cette base.

Elle fait valoir également qu'à supposer que l'article 17 du cahier spécial des charges doive être interprété comme frappant de nullité absolue le fait que le formulaire ne soit pas dûment complété jusque dans ses moindres détails, cela n'entraînerait pas pour autant *ipso facto* l'écartement de son offre, la mise en œuvre de cette sanction devant s'effectuer de manière raisonnable. Elle estime que "considérer comme substantielle une irrégularité liée au fait que le prix ne soit pas complété sur le formulaire d'offre mais figure uniquement sur l'inventaire joint en annexe apparaît manifestement déraisonnable", dès lors que la prise en compte de l'offre n'aurait pas pour effet de rompre l'égalité entre les soumissionnaires en l'avantageant, de rendre incertain son engagement, d'empêcher la comparaison des offres ou encore d'entraîner une distorsion de la concurrence, et ce d'autant que le métré récapitulatif, auquel le formulaire d'offre se réfère et qui est joint à celui-ci, fait partie intégrante de l'offre et lie dès lors le soumissionnaire.

La requérante souligne enfin que "l'extrait de la décision d'attribution ne motive absolument pas la raison pour laquelle le fait d'avoir omis de compléter le champ concernant le prix sur le formulaire d'offre constitue prétendument une irrégularité substantielle". Elle soutient qu'il "appartient en effet au pouvoir adjudicateur de déterminer le caractère substantiel de l'irrégularité constatée et d'en déterminer les motifs de fait ou de droit, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence" et que

"ce n'est que dans le courriel subséquent de Madame [...], chef de service juridique chez IGRETEC [...] que celle-ci a justifié (i) que, du fait que le montant de l'offre de la requérante ne figurait pas sur le formulaire d'offre, son engagement était considéré comme incertain, et (ii) que le fait que la requérante n'ait pas complété sur le formulaire d'offre les champs concernant le prix, est sanctionné de nullité absolue conformément à l'article 17 du cahier spécial des charges".

V.2. *Appréciation*

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

- " § 1^{er}. 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° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
 - 2° 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° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché".

Selon l'article 76, § 3, du même arrêté:

- " § 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3."

La décision attaquée déclare irrégulière l'offre de la requérante pour le motif suivant:

- " Considérant que les offres suivantes sont incomplètes et irrégulières pour les raisons suivantes, mieux explicitées dans le rapport d'analyse des offres:
- Devillers SPRL: Montant non repris dans le formulaire d'offre [...]"

Au point 6.1.2, intitulé "Complétude du formulaire de l'offre", le rapport d'analyse des offres énonce ce qui suit à propos de l'offre de la requérante:

- " L'offre présente l'anomalie suivante:

Le soumissionnaire n'a pas rempli les montants (en chiffres, HTVA; en lettre

HTVA; en chiffres, TVAC; en lettres, TVAC) dans le formulaire d'offre. Le pouvoir adjudicateur considère qu'il s'agit là d'une irrégularité substantielle et n'a d'autre choix que d'écarter l'offre".

En son point 17, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit:

- " Chaque soumissionnaire remettra les documents suivants, dans l'ordre indiqué et séparés par des intercalaires annotés:
[...]
1) Sous peine de nullité absolue de l'offre, le formulaire «Offre», dûment complété et signé par la (les) personne(s) habilitée(s) à engager le soumissionnaire eu égard aux statuts et/ou délégations;
2) l'inventaire dûment complété et signé par la (les) personne(s) habilitée(s) à engager le soumissionnaire eu égard aux statuts et/ou délégations;
[...]
À l'exception des points frappés de nullité absolue, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'exclure tout soumissionnaire qui ne remettrait pas l'un ou l'autre des documents mentionnés ci-avant".

En l'espèce, si le formulaire est joint à l'offre, aucune des mentions relatives au prix n'est complétée.

Contrairement à ce que soutient la requérante, la prescription précitée du cahier spécial des charges doit être interprétée comme sanctionnant de "nullité absolue" non seulement l'absence du formulaire concerné, mais aussi, notamment, le fait qu'il n'est pas "dûment complété". Sa rédaction témoigne de la volonté du pouvoir adjudicateur de distinguer nettement le formulaire d'offre et l'inventaire, dont la présence n'est, quant à elle, pas prescrite "sous peine de nullité absolue de l'offre". Dès lors que l'offre est la base de l'engagement du soumissionnaire, il ne semble pas déraisonnable d'ériger en "nullité absolue" tout manquement à l'obligation de remettre un formulaire d'offre "dûment complété". L'absence de mention du prix dans le formulaire d'offre suffisait donc pour constater l'irrégularité de l'offre, sur la base de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il s'avère indifférent à cet égard que, ainsi que le soutient la partie requérante, l'inventaire joint à son offre mentionnait le prix. Il s'agit en effet d'un document distinct du formulaire d'offre.

Enfin, contrairement à ce que soutient la requérante, la décision attaquée apparaît suffisamment motivée dès lors qu'elle indique sans ambiguïté la raison pour laquelle l'offre concernée a été écartée, à savoir le fait que le montant de l'offre n'est pas repris dans le formulaire d'offre.

Le moyen unique de la requête n'est pas sérieux.

VI. Moyen nouveau

VI.1. Thèse de la partie requérante

Dans une note d'audience, la partie requérante soulève un moyen nouveau. Elle expose qu'elle n'a pu soulever ce moyen qu'après avoir pris connaissance de deux pièces du dossier administratif, à savoir l'intégralité de la décision motivée d'attribution et le rapport d'analyse des offres, qui ne lui ont été transmises que le 29 octobre 2018.

Le moyen est pris

- " (i) de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 66, 71 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des articles 59, 68, 75 et 76 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux;
- (ii) de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement de ses articles 1, 2 et 3;
- (iii) de la violation des principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de bonne administration, de minutie, du raisonnable, le principe qui veut que tout acte repose sur des motifs de fait et de droit exacts, pertinents et légalement admissibles, le principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- (iv) de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs;
- (v) de l'excès de pouvoir.
- En ce que le cahier spécial des charges exigeait à titre de capacité technique et professionnelle de présenter une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années avec comme exigence minimale «avoir une référence d'entretien (maintenance et régénération) de 30 terrains de football par an».
- Que la partie adverse a estimé que Groenservices répondait aux critères de sélection qualitative et lui a attribué le marché litigieux;
- Alors que la BVBA Groenservices n'a mentionné aucune référence pour l'année 2017 et aurait donc dû se voir non sélectionnée;
- Que par un e-mail du 13 juillet 2018, la partie adverse a pourtant invité la BVBA Groenservices à compléter son offre sur ce point;
- Que par un e-mail du 2 août 2018, la BVBA Groenservices a fait uniquement état de l'entretien de quatorze terrains en gazon naturel et un terrain en gazon synthétique;
- Que la partie adverse a dès lors décidé de tenir compte de la régénération et de l'entretien des vingt-trois terrains de football que la BVBA Groenservices assure en sa qualité d'adjudicataire du marché en cours en vue de parvenir au seuil minimal de trente terrains pour l'année 2017;
- Que ce faisant, la partie adverse a clairement tenté de «sauver» à double titre la BVBA Groenservices alors qu'elle aurait dû la considérer comme non sélectionnée".

Après avoir cité la prescription 16.4. du cahier spécial des charges ainsi que l'article 66, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 17 juin 2016, la requérante fait valoir qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que GROENSERVICE n'a mentionné aucune référence pour l'année 2017, qu'elle aurait dès lors dû se voir non sélectionnée, que la

partie adverse l'a toutefois invitée à compléter son offre sur ce point et qu'alors que, par un courrier électronique du 2 août 2018, GROENSERVICE n'a fait état que de l'entretien de 14 terrains en gazon naturel et un terrain en gazon synthétique au lieu de 30, la partie adverse a curieusement décidé de tenir compte de la régénération et de l'entretien du marché en cours en vue de parvenir au seuil minimal exigé pour l'année 2017.

La requérante allègue que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas :

- inviter GROENSERVICE à fournir des références pour l'année 2017 alors qu'aucune référence n'était mentionnée
- tenir compte du marché en cours en vue de parvenir au seuil minimal requis, GROENSERVICE n'ayant transmis, sur demande de la partie adverse, que 14 références au lieu des 30 requises.

Elle expose que "la connaissance personnelle qu'une autorité adjudicatrice peut avoir d'une entreprise ne le dispense pas du contrôle des conditions de sélection qualitative ni de la fourniture de la preuve qu'elle a obtenu les informations nécessaires à cette sélection qualitative" et que "la simple connaissance que le pouvoir adjudicateur peut avoir de l'un ou l'autre soumissionnaire ne peut être prise en considération, à peine de verser dans la subjectivité, l'arbitraire et l'inégalité de traitement entre les soumissionnaires. Elle allègue que GROENSERVICE a modifié son dossier de soumission avec des éléments qui n'étaient pas mentionnés dans le cadre de son offre et que la partie adverse a fait preuve d'autant plus de souplesse que GROENSERVICE n'a transmis que 14 références au lieu des 30 exigées.

Elle ajoute que la partie adverse "a fait preuve d'un formalisme excessivement strict à [son] égard [...] alors qu'elle a fait preuve d'une souplesse excessive, déraisonnable et illégale à l'égard de GROENSERVICE qui apparaît être le prestataire du marché actuellement en cours", de sorte que les soumissionnaires n'ont pas été traités sur un pied d'égalité.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La prescription 16.3.1., alinéa 2 du cahier spécial des charges énonce ce qui suit:

- " Pourra être sélectionné le candidat ou le soumissionnaire remplissant les critères de capacité technique fixés ci-dessous qu'il justifiera par les documents suivants:
 - 1) une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des services effectués il y a plus de trois ans peuvent être pris en compte;
- Est considérée comme suffisant le niveau d'exigence suivant: avoir une

référence d'entretien (maintenance et régénération) de 30 terrains de football par an".

S'agissant de GROENSERVICE, le rapport d'analyse des offres mentionne ce qui suit:

- " Le soumissionnaire présente dans son offre une liste reprenant ses différentes prestations, accompagnées d'attestations de bonne exécution.
[...]
Pour les années 2016 et 2015, le soumissionnaire atteint largement le seuil minimal exigé. En revanche, il ne présente aucune attestation pour 2017.
Le Pouvoir Adjudicateur décide de tenir compte de la régénération et l'entretien des 23 terrains de football que le soumissionnaire assure en sa qualité d'Adjudicataire dans le marché en cours.
En outre, dans un mail du 13.07.18, le Pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. Le 02.08.18., par retour de courriel, le soumissionnaire adresse une attestation de bonne exécution. Celle-ci fait état de l'entretien de 14 terrains en gazon naturel et 1 terrain en gazon synthétique [...].
En y ajoutant les 23 terrains entretenus dans le cadre du présent marché, on atteint le nombre de 37 terrains. Le seuil de capacité technique est donc atteint pour 2017".

Il y a lieu de noter également qu'un courriel rédigé comme suit a été adressé le 30 juillet 2018 à GROENSERVICE:

- " [...]
Effectivement vous avez rentré des références pour les années 2016, 2015 et 2014. Or le cahier de charge réclame des références pour les trois dernières années. Nous n'avons rien pour 2017. Nous allons tenir compte des terrains que vous entretenez dans le cadre du marché en cours. Néanmoins, il vous manque sept terrains pour atteindre le seuil de trente terrains imposé dans le CSC2018-15.
Il est donc nécessaire pour pouvoir poursuivre l'analyse de votre offre d'obtenir ces références.
[...]"

Aux termes de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics:

- " Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre".

En vertu de la disposition qui précède, le pouvoir adjudicateur a pu s'adresser à GROENSERVICE dès lors que les informations qui lui avaient été transmises lui paraissaient incomplètes. C'est à tort que la partie requérante lui

reproche d'avoir fait preuve "d'une souplesse excessive, déraisonnable et illégale" à l'égard de GROENSERVICE alors qu'elle aurait témoigné d'un "formalisme excessivement strict" à son égard. Il y a lieu de rappeler en effet que le cahier des charges fait de la présence du formulaire d'offre dûment complété une condition de régularité de l'offre, ce qui justifie que le pouvoir adjudicateur se soit limité à constater que cette condition n'était pas remplie. Tel n'est pas le cas de la prescription 16.3.1., alinéa 2. Il ne paraît donc pas pouvoir être considéré qu'en demandant à GROENSERVICE de compléter la liste des références que ce soumissionnaire avaient fournies, la partie adverse ait porté atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires.

En indiquant à GROENSERVICE que, pour l'année 2017, il manquait sept références dès lors qu'il convenait de tenir compte des terrains entretenus dans le cadre du marché en cours, le pouvoir adjudicateur a eu égard à des éléments dont il avait nécessairement connaissance. Toutefois, contrairement à ce que soutient la partie requérante, ce faisant, il ne s'est pas fondé sur la connaissance personnelle qu'il avait des capacités techniques et professionnelles du soumissionnaire concerné pour se dispenser de contrôler les conditions de sélection qualitative ou de fournir la preuve qu'il a obtenu les informations nécessaires à cette sélection. Par ailleurs, les précisions ainsi apportées, qui portent sur des éléments antérieurs à l'expiration du délai pour déposer offre, ne peuvent s'analyser en une modification des éléments essentiels de l'offre.

Le moyen nouveau n'est pas sérieux.

XI. Indemnité de procédure.

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

XII. Confidentialité

La partie adverse dépose l'offre de la requérante (pièce A du dossier administratif) comme confidentielle. Par ailleurs, elle lève sa demande de confidentialité initiale et relative au rapport d'analyse des offres (pièce B) et à la décision motivée d'attribution intégrale (pièce complémentaire) dans un courriel adressé du 29 octobre 2018.

La requérante dépose également son offre (pièce 5 des annexes) à titre confidentiel.

Il y a lieu – à ce stade de la procédure - de faire droit à ces demandes de confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A du dossier administratif et la pièce 5 des annexes 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.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 20 euros est mise à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le quatorze 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.