

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

A R R Ê T

n^o 243.438 du 18 janvier 2019

A. 227.086/VI-21.390

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

 ayant élu domicile chez
 M^{es} Sébastien DEPRÉ et Charles-Henri
 de la VALLÉE POUSSIN, avocats,
 place Eugène Flagey 7
 1050 Bruxelles,

contre :

la commune de Woluwe-Saint-Pierre,

 ayant élu domicile chez
 M^{es} Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR
 et Caroline DEBEHAULT, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles,

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 décembre 2018, la société anonyme PITAGONE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 12 décembre 2018 par laquelle la partie adverse a attribué à la SARL (société de droit français) ISR INNOVATIONS, le marché ayant pour objet «l'acquisition de systèmes anti-camions béliers»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 janvier 2019.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6^o, et 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^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e François VISEUR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier 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. Exposé des faits utiles

Le 22 novembre 2018, la partie adverse a adressé à la requérante, à la société anonyme MANUTAN et à la société de droit français ISR INNOVATIONS, le courrier électronique suivant :

" Dans le cadre du marché public susmentionné, nous vous invitons à nous envoyer votre meilleure offre.

Ce marché public de faible montant (estimatif < 30.000,00 € HTVA) est passé selon l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 (voir sur www.eprocurement.be). L'offre ne peut être établie que dans la(les) langue(s) suivante(s) : néerlandais ou français.

En annexe vous trouverez la description des exigences techniques, le formulaire d'offre et l'inventaire à compléter et à signer par un mandaté de votre firme pour remettre votre offre.

Nous souhaitons recevoir votre offre, pour le 30 novembre 2018 à 12 00 Hr au plus tard, au pouvoir adjudicateur par courriel : eflon@woluwe1150.irisnet.be ou par la poste, à l'adresse suivante : à l'attention de Mr. Eric Flon, Administration communale de Woluwe-Saint-Pierre, avenue Charles Thielemans 93, 1150 Woluwe-Saint-Pierre, BELGIQUE.

Il s'agit d'un marché à bordereau de prix : dans l'inventaire joint au présent courriel, vous trouverez les quantités que nous présumons acheter, et, en fonction des prix unitaires qui nous seront offerts, nous adapterons notre commande.

Lieu de livraison : Magasin communal de la commune de
Woluwe-Saint-Pierre
Val des Seigneurs 146
1150 Woluwe-Saint-Pierre
Belgique

Dans votre offre, vous voudrez bien nous communiquer un délai de livraison qui prendra cours dès le lendemain de la date de notre lettre de notification d'attribution (adressée à l'adjudicataire du présent marché).

Il n'est pas prévu d'acompte.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours de calendrier à compter de la date de livraison pour procéder aux formalités de réception. Ce délai prend cours le lendemain de l'arrivée des fournitures à destination, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit en possession du bordereau de livraison ou de la facture.

Le paiement du montant dû au fournisseur est effectué dans les 30 jours de calendrier à compter de la fin de la vérification, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés. Ladite facture vaut déclaration de créance.

Pour toute information complémentaire, veuillez contacter Mr. Eric Flon, téléphone 002 773 05 51 ou par courriel eflon@woluwe1150.irisnet.be".

La partie adverse avait joint à ce courrier électronique un formulaire d'offre, un inventaire portant sur une quantité présumée de 24 barrières non létales anti-camion bélier et de 3 box de transport et de rangement ainsi que la description des exigences techniques suivantes :

- " 1. Acquisition de modules de barrière non-létale anti-camions béliers et de box de transport et de rangement compris.

Celles-ci devront répondre aux spécifications techniques suivantes :

- Légères et modulables : max 50 Kg ;
- Utilisables sur tous les terrains et sous toutes conditions météorologiques ;
- Pouvant être portées et déplacées par une seule personne ;
- Capables d'arrêter un véhicule lancé à vitesse de minimum 50km/h ;
- Capables de résister à des chocs de 7,5 tonnes (certification) ;
- Faciles à déployer et à assembler sans outillage particulier.

Elles devront répondre aux certifications suivantes :

- IWA 14-1 ;
- PAS 68.

Box permettant de transporter facilement une partie (voire la totalité) des barrières anti-camion bélier. Ces box devront répondre aux spécifications techniques suivantes:

- Permettre un rangement efficace, efficace et sûr des barrières entreposées à l'intérieur sans aucune détérioration du matériel ;
- Pouvant être fermée de façon sécurisée".

La requérante et la société de droit français ISR INNOVATIONS ont déposé offre.

Par un courrier électronique du 4 décembre 2018, la partie adverse a demandé des informations complémentaires à la société ISR INNOVATIONS ainsi

que le prix unitaire qui pourrait être offert en cas d'achat de 12 barrières supplémentaires.

Le rapport d'analyse des offres conclut à la sélection des deux soumissionnaires et à la régularité des deux offres. Il indique ensuite ce qui suit :

- " Comme le soumissionnaire nous a fait une offre particulièrement intéressante, nous avons négocié avec cette firme pour une commande de 36 barrières (modules) en lieu et place de 24 barrières tel que demandé dans notre demande d'offre, en synthèse ISR INNOVATIONS maintient le même prix unitaire si nous commandons les 36 barrières en une seule fois AVANT la fin 2018. Voir réponses ISR INNOVATIONS en annexe".

Le rapport conclut, dès lors, de la manière suivante :

- " Sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen formel et matériel des offres et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré d'attribuer le marché à l'entreprise ayant remis l'offre économiquement la plus intéressante, soit la S.A.R.L. ISR INNOVATIONS, chemin du Montgros 745, 06410 LA GAUDE, FRANCE, SIRE FR94828867614, pour le montant d'offre contrôlé de 19.800,00 EUR, hors T.V.A., soit 23.958,00, T.V.A. de 21 % comprise.

Vu le prix unitaire très concurrentiel pour les barrières, il est proposé de commander 36 barrières et 3 box à la S.A.R.L. ISR INNOVATIONS, soit une commande d'un montant total de 29.400,00 EUR, hors T.V.A., soit 35.574,00 EUR T.V.A. de 21 % comprise (T.V.A. intracommunautaire) : le montant de l'attribution sera donc de 29.400,00 EUR, hors T.V.A., soit 35.574,00 EUR T.V.A. de 21 % comprise (T.V.A. intracommunautaire)."

Au cours de sa séance du 12 décembre 2018, le Collège des bourgmestre et échevins de Woluwe-Saint-Pierre a décidé :

- " 1. de choisir, comme procédure de passation, la procédure de faible montant et de consulter au minimum 3 opérateurs économiques en application de l'article 92 de la loi du 17.06.2016, telle que modifiée ;
2. d'approuver le descriptif technique, l'inventaire et le devis estimatif d'un montant de 29.960,00 EUR, hors T.V.A., soit 36.251,60 EUR, T.V.A. de 21 % comprise ;
3. de donner, sans délai, connaissance de cette décision au Conseil communal pour qu'il en soit informé conformément aux dispositions de l'article 234 § 3 de la nouvelle loi communale, telle que modifiée ;
4. d'accepter la liste ci-après des opérateurs économiques consultés pour l'attribution du présent marché :
- S.A. MANUTAN, chaussée de Mons 1424, 1070 Bruxelles, B.C.E. 0414.642.831 ;
 - S.A. PITAGONE, boulevard Paepsem 16, 1070 Bruxelles, B.C.E. 0678.422.453 ;
 - S.A.R.L. ISR INNOVATIONS, chemin du Montgros 745, 06410 LA GAUDE, FRANCE, SIRE FR94828867614 ;
5. d'accepter le rapport d'analyse des offres du 05.11.2018 du Département Support - Cellule Marchés publics portant motivation de l'attribution du marché et faisant partie intégrante de la présente décision ;

6. d'attribuer ces fournitures à la S.A.R.L. ISR INNOVATIONS, chemin du Montgros 745, 06410 LA GAUDE, FRANCE, SIRE FR94828867614, moyennant la somme de 29.400,00 EUR, hors T.V.A., soit 35.574,00 EUR, T.V.A. de 21 % comprise (T.V.A. intracommunautaire), conformément aux dispositions de la procédure de passation de marché susmentionnée ;

7. d'engager à cet effet un crédit de 29.400,00 EUR à l'article 3300/744-51//081 (travail 014.01) du service extraordinaire du budget de l'exercice 2018 en faveur de l'opérateur économique précité ;

8. d'effectuer les opérations nécessaires afin de procéder au paiement de la T.V.A. d'un montant de 6.174,00 EUR à l'article 3300/744-51//081 (travail 014.01) du service extraordinaire du budget de l'exercice 2018 en faveur du Bureau T.V.A. Recettes Namur, Ministère des Finances, boulevard du Jardin Botanique 50/bte 3516, 1000 Bruxelles, conformément aux dispositions légales en la matière".

Il ressort de cette décision que la partie adverse a ainsi décidé de procéder à l'acquisition de 36 barrières et de 3 box de rangement.

La partie adverse a, par un courrier daté du 13 décembre 2018, notifié cette attribution à la société ISR INNOVATIONS. Par un courrier daté du même jour, elle a informé la requérante que le marché avait été attribué à cette société qui a présenté l'offre économiquement la plus intéressante.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 3 et 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité et de non-discrimination, du principe de concurrence, du principe de transparence, du principe de la motivation interne des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une deuxième branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir modifié les quantités présumées en cours de procédure ou d'avoir, à tout le moins, mené des négociations sans respecter l'égalité entre les soumissionnaires alors que, même dans un marché public de faible montant, le pouvoir adjudicateur est tenu des respecter les principes d'égalité et de transparence. Après avoir expliqué "qu'en application des principes d'égalité de traitement et de transparence, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer les mêmes informations à tous les

soumissionnaires en vue de la préparation de leurs offres" et que ceci "implique qu'il ne puisse modifier les conditions du marché sans en avertir tous les soumissionnaires préalablement à la réception des offres", la requérante constate qu'après la réception des offres, "le pouvoir adjudicateur a interpellé l'adjudicataire pour lui demander quel serait son prix unitaire si la partie adverse commandait 36 barrières et non seulement 24 comme mentionné dans l'inventaire", qu'à "cette demande, l'adjudicataire a répondu qu'il maintenait le prix unitaire proposé dans son offre établie sur la base de 24 barrières" et que, postérieurement, "la partie adverse lui a attribué le marché pour la quantité modifiée". Elle explique que la partie adverse a ainsi eu, avec l'adjudicataire, "une négociation portant sur le prix de son offre dans l'hypothèse où les quantités de barrières commandées annoncées dans l'inventaire seraient sensiblement revues à la hausse (+50%)" sans que la faculté de proposer un nouveau prix dans cette hypothèse précise ne lui ait été offerte. Elle avance qu'il est "évident que, dans un contexte où il lui aurait été proposé de livrer 36 barrières au lieu de 24, la requérante aurait réduit son prix unitaire au point de faire passer celui-ci en dessous de celui offert par l'adjudicataire" et que ceci "est d'autant plus certain que l'adjudicataire n'a lui-même pas réduit son prix unitaire à cette occasion".

B. Note d'observations

La partie adverse rappelle que le pouvoir adjudicateur a la possibilité et la liberté de choisir de comparer les offres sur base des critères qu'il juge pertinents pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et que le contrôle du Conseil d'État doit se limiter à la licéité de la méthode utilisée.

En ce qui concerne la deuxième branche du moyen, la partie adverse ne voit pas en quoi la prétendue violation des principes d'égalité entre soumissionnaires causerait un grief à la requérante puisque la société ISR INNOVATIONS n'a pas proposé de modification de prix suite à la demande de la commune et qu'elle n'a donc retiré aucun avantage de cette prétendue rupture d'égalité. Elle considère que la requérante ne convainc pas lorsqu'elle prétend qu'elle aurait remis un prix inférieur si la partie adverse l'avait interrogée, ni surtout que son nouveau prix aurait été inférieur de plus de 90 euros, soit plus de 11% de réduction par rapport au prix initialement proposé. Elle en déduit que la requérante n'a pas intérêt à cette branche du moyen. Pour le surplus, la partie adverse observe que dès lors qu'il n'y a pas eu de modification de prix, la rupture du principe d'égalité n'est pas avérée et que la question posée par la partie adverse à la société ISR INNOVATIONS n'a apporté à celle-ci aucun avantage dans le cadre de la procédure d'attribution du marché.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 92 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

- " Les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros sont uniquement soumis :
- 1° aux dispositions du titre 1^{er}, à l'exception des articles 12 et 14;
 - 2° aux dispositions relatives au champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* visé au chapitre 1^{er} du titre 2.
- Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée".

Conformément à cette disposition et à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée, les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité sont donc applicables aux marchés publics de faible montant et imposent au pouvoir adjudicateur de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et d'agir d'une manière transparente et proportionnée.

Par ailleurs, si l'article 29/1, § 7, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions précise que les §§ 1 à 6 de cette même disposition ne s'appliquent pas aux marchés de faible montant, il n'en reste pas moins que la décision d'attribution d'un tel marché doit reposer sur des motifs pertinents et admissibles et comporter une motivation formelle conforme aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Cette motivation doit, en outre, être d'autant plus précise que les marchés de faible montant ne sont pas soumis aux règles de passation décrites au Titre II de la loi du 17 juin 2016 précitée et qu'ils impliquent donc une plus grande marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, le rapport d'analyse des offres indique clairement qu'une négociation a été menée avec la société ISR INNOVATIONS sur son prix en cas de "commande de 36 barrières (modules) en lieu et place de 24 barrières". La partie adverse ne conteste pas l'existence de cette négociation et a justifié, lors de l'audience du 16 janvier 2019, cette modification de l'objet de la commande par le prix proposé qui lui permettait de commander davantage de barrières sans dépasser le budget de 30.000 euros HTVA.

Une telle négociation sur le prix, seul critère d'attribution envisagé par la partie adverse, n'a pas été menée avec la requérante. Ni le dossier administratif, ni l'acte attaqué n'apporte le moindre élément permettant de justifier cette différence de traitement entre les deux soumissionnaires.

Les principes d'égalité et de transparence imposent pourtant au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle conteste l'intérêt de la requérante à cette branche du moyen aux motifs, d'une part, que la société ISR INNOVATIONS n'a retiré aucun avantage de la négociation dès lors qu'elle n'a pas proposé de modification de son prix unitaire et, d'autre part, que la requérante ne convainc pas lorsqu'elle prétend qu'elle aurait remis un prix inférieur à celui de l'attributaire si elle avait été interrogée sur ce point. Rien ne permet, en effet, de présumer de la réponse qui aurait pu être apportée par la requérante à une éventuelle interrogation sur son prix unitaire dans l'hypothèse d'une commande 36 barrières, ni d'établir que ce prix unitaire aurait été supérieur à celui proposé par la société ISR INNOVATIONS qui avait, par ailleurs, indiqué maintenir le même prix unitaire en cas de commande de 36 barrières en une seule fois avant la fin de l'année 2018.

Le moyen unique est, dès lors, sérieux en sa deuxième branche.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel le formulaire et l'inventaire qui composaient son offre. Il s'agit des pièces 3 et 4 de son dossier. Ces pièces correspondent à la pièce 2 du dossier administratif.

La partie adverse demande que soit préservée la confidentialité de l'offre de la société ISR INNOVATIONS et des échanges de courriels qu'elle a eus avec ce soumissionnaire. Il s'agit des pièces C.1 et C.2 de la partie confidentielle du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Il y a lieu d'étendre ce régime de confidentialité à la pièce 2 du dossier administratif qui correspond aux pièces 3 et 4 du dossier déposé par la requérante et pour lesquelles la confidentialité a été demandée.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du Collège des bourgmestre et échevins de Woluwe-Saint-Pierre du 12 décembre 2018 attribuant à la société ISR INNOVATIONS le marché portant sur la fourniture de 36 barrières "anti-camions béliers" et de 3 box de rangement est ordonnée.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 2, C1 et C2 du dossier administratif ainsi que les pièces 3 et 4 du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 dix-huit janvier deux mille dix-neuf par :

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
M. Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Nathalie VAN LAER.