

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 244.123 du 2 avril 2019

A. 225.586/VI-21.279

En cause : **la société anonyme ENTREPRISES
JEAN NONET & FILS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Gilles VANDERMEEREN et
Julien BOUILLARD, avocats,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur,

contre :

la ville de Gembloux,

ayant élu domicile chez
M^e Laurent-Olivier HENROTTE, avocat,
avenue du Luxembourg 152
5100 Jambes.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 juillet 2018, la société anonyme ENTREPRISES JEAN NONET & FILS demande l'annulation de :

- " - la décision du 14 décembre 2017 au terme de laquelle la Partie Adverse, après avoir entériné le rapport d'examen des offres daté du 24 novembre 2017, a déclaré l'offre que l'Entreprise Nonet avait déposée dans le cadre du marché de travaux d'aménagement de la cour de l'Ecole communale de Mazy nulle ou irrégulière;
- les décisions du 14 décembre 2017 aux termes desquelles la Partie adverse a considéré régulière l'offre la société GECIROUTE, rue de la Vieille Sambre, 10 à 5190 Momimont, puis lui a attribué le marché de travaux d'aménagement de la cour de l'Ecole communale de Mazy";

ainsi que de "la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché".

II. Procédure

L'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018 a ordonné la suspension de l'exécution de la décision du 14 décembre 2017 déclarant l'offre de la requérante

irrégulière et attribuant le marché à la société GECIROUTE et a rejeté la requête pour le surplus.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur, au Conseil d'État, a rédigé une note le 22 novembre 2018 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 27 novembre 2018, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elles 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. Mise en œuvre de la procédure abrégée

Par un courrier du 20 août 2018, la partie adverse a informé le Conseil d'État que l'acte attaqué avait été retiré par une délibération du 16 août 2018. Toutefois, celle-ci n'a pas transmis les courriers de notification de la décision de retrait aux soumissionnaires concernés, ni les preuves d'envois de ces courriers de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si ce retrait peut être tenu pour définitif. Dès lors, dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de se prononcer sur la requête en annulation.

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif "peut" annuler l'acte dont la suspension est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

Les parties n'ont pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue suite à la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Il ressort de l'arrêt n° 243.249 du 14 décembre 2018 rendu par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État dans le cadre du mécanisme visé aux articles 30, § 3, des lois coordonnées sur le

Conseil d'État et 14^{quiquies} du règlement général de procédure que, dans cette hypothèse, l'annulation de l'acte attaqué n'est pas automatique. Au contraire, il "convient de ne lire à l'article 30, § 3, des lois sur le Conseil d'État et à l'article 14^{quiquies} du règlement général de procédure qu'une attribution de compétence permettant de procéder à l'annulation via une procédure accélérée, et ce en fonction de la constatation d'une illégalité".

Cet enseignement de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif doit toutefois être également pris en considération dans le cadre du mécanisme visé aux articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, dans la mesure où ces dispositions prévoient également l'annulation de l'acte attaqué.

Il convient dès lors d'apprécier si les moyens, qui ont été jugés sérieux par l'arrêt de suspension n° 242.147 du 26 juillet 2018 justifient l'annulation de la décision attaquée. Dans l'affirmative, celle-ci pourra être annulée via la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen des deuxième, troisième et quatrième moyens

IV.1. Exposé des moyens et appréciation portée par l'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018

A. Deuxième moyen

La requérante prend un deuxième moyen du "défaut de motivation" et plus précisément de la violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 29, 76, 77 et suivants et 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de l'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, 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 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir.

Elle fait valoir que son offre a été déclarée irrégulière car prétendument incomplète et affectée d'erreurs arithmétiques, sans que la partie adverse s'explique,

ni sur les éléments prétendument manquants, ni sur le caractère prétendument essentiel des irrégularités. Elle indique ne pas comprendre en quoi l'utilisation d'un prétendu mauvais formulaire a rendu son offre incomplète, ni en quoi, à supposer que ce fût le cas, la partie adverse ne pouvait pas l'inviter à compléter son offre, ni non plus, si ce n'était pas possible, en quoi la prétendue incomplétude de son offre rendait celle-ci substantiellement irrégulière. Elle indique également ne pas comprendre non plus pourquoi avoir indiqué un taux de TVA de 21 % en lieu et place d'un taux de TVA de 6 % constitue une irrégularité substantielle alors même qu'elle a indiqué également un prix global HTVA de sorte qu'il était parfaitement loisible à la partie adverse de comparer les offres. Elle ajoute ne pas comprendre pourquoi son offre a été déclarée irrégulière, les raisons exprimées dans l'acte consistant en un simple énoncé de deux prétendues irrégularités, la première (prétendue incomplétude de l'offre) n'étant pas expliquée, la seconde (erreur dans le taux de TVA), n'étant pas admissible.

L'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

- " Selon l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, une irrégularité doit être considérée comme étant substantielle dès lors qu'elle est de nature :
- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ;
 - à entraîner une distorsion de la concurrence ;
 - à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ;
 - à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

La notion de régularité de l'offre revêt aujourd'hui une portée plus large qu'avant et vise le respect des documents du marché, des prescriptions réglementaires, ainsi que du respect du droit social, environnemental et du travail.

En l'espèce, la partie adverse a déclaré nulle l'offre de la partie requérante pour le motif suivant:

« Analyse des irrégularités substantielles : le formulaire d'offre, joint au cahier des charges, était incomplet. Un formulaire complet a été transmis le 8 novembre 2017. Le soumissionnaire n'a pas tenu compte de la modification et a remis un formulaire incomplet. Erreurs arithmétiques : compte une TVA de 21 % alors que le métré stipule 6%».

Sur le plan de la motivation formelle, la partie adverse commet une erreur de qualification de ce qu'elle considère comme une irrégularité substantielle. Elle n'expose en effet pas en quoi l'utilisation d'un mauvais formulaire aurait rendu l'offre de la partie requérante irrégulière, ni n'explique en quoi les mentions manquantes dans le formulaire complet étaient essentielles, ni en quoi elle n'aurait pas pu inviter la partie requérante à compléter son offre sur la base du bon formulaire. *Prima facie*, le seul dépôt du formulaire initial, joint au cahier spécial des charges, mais modifié ultérieurement, n'apparaît pas, sans autre explication à ce propos, comme pouvant être qualifié d'irrégularité substantielle. La partie adverse n'indique pas en quoi le fait d'avoir remis une offre sur la base de ce formulaire donnerait un avantage discriminatoire à la requérante,

constituerait une distorsion de la concurrence ou rendrait l'engagement du soumissionnaire inexistant, incomplet ou incertain quant à l'exécution du marché.

En présence d'une irrégularité dans l'offre, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la partie adverse doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels elle se fonde pour le faire. Elle doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, la partie adverse devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels elle décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle.

De même, se pose la question de la qualification d'irrégularité substantielle le fait pour la partie requérante d'avoir appliqué une TVA de 21% alors que le métré en stipulait 6 %, la partie adverse indiquant par ailleurs qu'il s'agissait «d'erreurs arithmétiques».

Pour rappel, en application de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur peut, durant la phase de l'examen de la régularité des offres, procéder à la rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques de même que les erreurs purement matérielles dans les offres.

Si la partie adverse a constaté une confusion chez le soumissionnaire dans le taux de TVA applicable, qu'elle qualifie par ailleurs d'erreur arithmétique, elle n'expose pas dans l'acte attaqué pour quelle raison elle a considéré que cette erreur arithmétique ne pouvait être rectifiée par elle-même ou encore pourquoi elle n'a pas sollicité des précisions ou des informations sur ce point en application de l'article 34, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal précité.

Elle n'explique pas davantage en quoi l'inexactitude du taux de TVA indiqué dans l'offre devait être considérée comme une irrégularité substantielle au regard des exigences du cahier spécial des charges. Qu'est-ce qui empêchait la partie adverse de comparer les offres en recalculant la TVA de l'offre de la requérante en appliquant le taux de 6 % requis ? En quoi la rectification de ce qu'elle qualifie elle-même d'erreur arithmétique aurait porté atteinte au principe d'intangibilité des offres ou à celui de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ?

Il y a dès lors lieu de suivre la partie requérante quand elle considère que la motivation de l'acte attaqué est insuffisante et inadéquate en tant qu'elle écarte son offre pour irrégularité substantielle, la première irrégularité liée au formulaire n'étant pas expliquée, et la seconde liée à l'erreur dans le taux de TVA n'apparaissant pas à ce stade comme admissible.

Il ressort de ce qui précède que le moyen est sérieux".

B. Troisième moyen

La requérante prend un troisième moyen de l'"absence d'interrogation" et plus précisément de la violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76, § 4, de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, des principes de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie et du principe de légitime confiance, de l'erreur

manifeste d'appréciation, de la violation 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 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle reproche à la partie adverse de n'avoir pas considéré utile, lorsqu'elle a constaté que le formulaire d'offre qu'elle a utilisé n'était pas celui qu'elle attendait, mais celui qui avait été publié, de l'interroger et de lui offrir la possibilité d'utiliser le formulaire attendu, ni d'exposer les raisons pour lesquelles il n'était pas possible de lui permettre de régulariser son offre.

L'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

" Au regard de l'indigence de la motivation de l'acte attaqué en tant qu'il écarte l'offre de la partie requérante pour irrégularités qualifiées de substantielles de manière non justifiée, l'on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles la partie adverse n'a pas fait usage de la faculté prévue à l'article 76, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et n'a pas interrogé la requérante sur le fait qu'elle n'avait pas déposé le formulaire attendu, en lui offrant le cas échéant la possibilité de déposer le formulaire complet, ni sur le choix d'un taux de TVA ne correspondant pas à celui mentionné dans le cahier spécial des charges. Rien n'indiquait que l'utilisation du formulaire considéré comme complet était prescrite à peine de nullité dans le cahier spécial des charges, celui-ci comportant uniquement la mention "qu'en ce qui concerne les documents dont la production est exigée, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de déclarer irrégulière l'offre qui ne comporterait pas tout ou partie de ces documents". A tout le moins, il appartenait à la partie adverse, comme cela ressort de l'examen du deuxième moyen, d'indiquer les motifs pour lesquels elle a considéré qu'à défaut de déposer le formulaire adéquat, l'offre de la partie requérante devait être considérée comme irrégulière. De même, elle devait exposer les raisons pour lesquelles elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'offrir à la partie requérante l'opportunité de compléter son offre par les éléments manquants.

Le moyen est dès lors sérieux".

C. Quatrième moyen

La requérante prend un quatrième moyen de l'"absence de vérification des prix" et plus précisément de la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, 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 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration et, en particulier, du devoir de minutie et du principe de légitime confiance, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche à la partie adverse de s'être bornée à accepter la justification du prix de l'attributaire, sans vérifier que ces prix permettaient de

couvrir les prestations demandées. Elle fait valoir que l'attributaire du marché aurait introduit une offre comportant des prix anormaux, qu'il a été interrogé et aurait adressé une réponse, mais que la lecture de la décision attaquée ne permet pas de comprendre les motifs pour lesquels les justifications ont été acceptées. Elle soutient que le pouvoir adjudicateur devait rendre compte, dans sa décision, des motifs qui l'ont conduit à accepter ou refuser le prix. Elle en déduit que la partie adverse ne démontre pas qu'elle a procédé convenablement à l'étape de vérification des prix.

L'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

- " L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 précitée a trait à la vérification des prix par le pouvoir adjudicateur et la partie requérante soutient dans son moyen en quoi elle considère que la partie adverse se serait bornée à accepter la justification des prix apportée par l'attributaire sans les vérifier et sans le motiver dans l'acte attaqué. En cela, le moyen est recevable.

Il ressort de la pièce 6 sur laquelle s'appuie la partie adverse pour indiquer qu'une justification des prix a été apportée par la société GECIROUTE le 5 décembre 2017 que celle-ci y indique ce qui suit :

« Nous vous informons avoir antérieurement réalisé de nombreux travaux de ferronnerie pour votre administration. Ces travaux ont systématiquement été réalisés par notre sous-traitant : la sprl Inox Métal Concept de Mornimont. Dans le cadre de ce marché, nous envisageons de recourir à leurs services. Nous vous invitons à trouver leur offre initiale et la proposition adaptée sur base d'une négociation menée postérieurement à l'adjudication, ce 4 décembre. Vous constaterez que les adaptations de prix nous permettent d'accroître notre marge sur les travaux sous-traités. Nos prix sont pleinement justifiés".

Outre que ne figure pas au dossier administratif la demande de justification des prix émanant de la partie adverse, ni l'annexe au courrier de la société attributaire du 5 décembre 2017, celle-ci indique joindre à sa justification la proposition "adaptée" de son sous-traitant à la suite d'une "négociation menée postérieurement" au dépôt de l'offre initiale. La partie adverse n'expose pas en quoi elle a jugé admissible une telle pratique qui a toutes les apparences d'une modification de l'offre initiale.

De ce qui ressort de l'acte attaqué, face à des prix apparemment anormalement bas, la partie adverse semble avoir accepté comme telle la justification des prix unitaires de la société GECIROUTE qui semblait inclure une modification et ce, sans s'en expliquer dans la motivation.

Elle n'a dès lors pas procédé à une véritable et effective vérification des prix.

Le moyen est sérieux".

*IV.2. Appréciation quant aux trois moyens jugés sérieux par l'arrêt n° 242.147
du 26 juillet 2018*

La partie adverse n'a pas contesté le point de vue développé dans cet arrêt, et n'a pas demandé la poursuite de la procédure dans le délai imparti. Elle n'a pas non plus demandé à être entendue. Comme exposé ci-avant, elle a, au contraire, communiqué une décision du 16 août 2018 qui retire l'acte attaqué et qui se fonde pour ce faire sur le fait que les trois moyens exposés ci-avant ont été jugés sérieux par l'arrêt n° 242.147 précité.

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 242.147 du 26 juillet 2018. Les deuxième, troisième et quatrième moyens sont ainsi jugés fondés. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, la délibération du collège communal de la ville de Gembloux du 14 décembre 2017 est annulée. La requête est rejetée pour le surplus.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la délibération du collège communal de la ville de Gembloux du 14 décembre 2017 qui déclare irrégulière l'offre déposée par la société ENTREPRISES Jean NONET et FILS dans le cadre du marché "Ecole communale de MAZY – Aménagement de la cour" et qui attribue ce marché à la société GECIROUTE.

La requête est rejetée pour le surplus

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
deux avril 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.