

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

**A R R Ê T**

n<sup>o</sup> 244.228 du 10 avril 2019

A. 227.619/VI-21.443

En cause : **la société anonyme BERGERAT MONNOYEUR,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Kris WAUTERS et  
Jorien VAN BELLE, avocats,  
chaussée de La Hulpe 187  
1170 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Association  
Intercommunale pour la protection et la valorisation de  
l'environnement, en abrégé A.I.V.E.,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Christophe Dubois et  
Patrick Thiel, avocats,  
place Flagey, 18  
1050 Bruxelles.

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 14 mars 2019, la société anonyme BERGERAT MONNOYEUR demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution du marché public TEN-COGEN2019-PCAN pour la sélection, la fourniture, le montage, la mise en service et l'entretien «full service» sur toute sa durée de vie d'une centrale de cogénération 2019 Tenneville à E. VAN WINGEN prise le 21 février 2019".

*II. Procédure*

Par une ordonnance du 15 mars 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 avril 2019 à 10 heures.

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<sup>es</sup> François VISEUR et Jorien VAN BELLE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M<sup>e</sup> Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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*

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

" [...]. La présente procédure concerne un marché public ayant pour objet «la sélection, la fourniture, le montage, la mise en service et l'entretien "full service" sur toute sa durée de vie d'une centrale de cogénération. Cette centrale de cogénération produira de l'électricité et de la chaleur à partir du biogaz (richesse de 48 à 69 % de CH<sub>4</sub>) produit par la digestion de la fraction fermentescible des déchets ménagers collectés sélectivement (déchets de cuisine biodégradables)». Il s'agit d'un marché de services.  
Le marché est estimé à 4 millions d'euros HTVA. Il fait donc l'objet d'une publicité européenne.

[...]. Il y a lieu de souligner dès à présent que la partie adverse a, initialement, lancé ce marché public sur la base d'une procédure ouverte. Puis, constatant qu'aucune offre déposée n'était régulière, elle a décidé de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation préalable. Pour cette raison, nous distinguons chronologiquement, ci-dessous, les deux procédures menées par la partie adverse, les critiques de la partie requérante visant tant l'une et l'autre de ces procédures.

#### [...]. Procédure ouverte

[...]. L'avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications le 15 novembre 2018 et au Journal officiel de l'Union européenne le 17 novembre 2018.

Le marché est régi par le Cahier spécial des Charges référence AIVE/SVP/TEN-COGEN2019.

Il est divisé en deux lots, à savoir

- Lot 1 : révision majeure de la centrale de cogénération existante
- Lot 2 : remplacement complet de la centrale de cogénération existante

Le C.S.C. précise que la partie adverse se réserve le droit de choisir l'un ou l'autre lot en fonction des offres qui auront été reçues, de sa vision à moyen terme qui en dépendra partiellement et de considérations stratégiques confidentielles. Au final, donc, un seul lot sera attribué.

[...]

[...]. Ensuite de l'analyse des offres, un rapport d'attribution est rédigé. Le marché "

[...]

En ce qui concerne l'analyse de la régularité des offres, ledit rapport liste en ses pages 4 à 7, les irrégularités contenues dans toutes les offres déposées. Cela sera confirmé par le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de la partie adverse, à l'occasion de sa séance du 23 janvier, dans les termes suivants:

«Lors de la vérification de la régularité des offres, au stade de la vérification d'absence de réserves techniques ou financières majeures et de la remise des documents requis, il est constaté que toutes les offres sont entachées d'irrégularités substantielles et qu'elles doivent être considérées comme nulles. Toutes les offres étant nulles, les services proposent de ne pas attribuer le présent marché et d'en lancer un nouveau sous forme d'une procédure concurrentielle avec négociation».

Le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de la partie adverse va donc décider, en sa séance du 23 janvier 2019,

#### DECISION

Pour les motifs repris dans le rapport d'analyse des offres, lesquels sont considérés comme reproduits dans la présente décision, le Conseil Valorisation et Propreté propose au Conseil d'administration de l'AIVE:

- de ne pas attribuer le marché «Site de Tenneville – Centrale de cogénération 2019» et cela, pour les 2 lots de ce marché";
- de relancer une nouvelle procédure de marché pour les 2 lots qui fera l'objet d'un autre point de ce même Conseil.

Elle sera approuvée, le 31 janvier 2019, par le Conseil d'administration de la partie adverse.

[...]. Un avis de marché sera publié au Bulletin des Adjudications le 31 janvier 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 5 février 2019.

[...]

[...]. Par un courrier du 31 janvier 2019, la partie adverse a informé les soumissionnaires de ce qu'elle a décidé (i) de renoncer à attribuer le marché litigieux dès lors que toutes les offres reçues étaient irrégulières et (ii) de relancer une nouvelle procédure de passation sous la forme d'une procédure concurrentielle avec négociation conformément à l'article 38, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> de la loi du 17 juin 2016.

#### [...]. Procédure concurrentielle avec négociation

[...]. La partie adverse a relancé la procédure de passation du marché public litigieux sous la forme d'une procédure concurrentielle avec négociation.

Elle a fondé le recours à celle-ci sur la base de l'article 38, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> de la loi du 17 juin 2016.

Elle consulte à cet effet les trois entreprises ayant déposé une offre irrégulière dans le cadre de la procédure ouverte précédemment menée, à savoir outre la requérante, l'attributaire pressenti (VAN WINGEN et la société GRS VALTECH. Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications en date du 6 février 2019.

Le C.S.C. de la première procédure a subi une série de modifications ; il continue de régir la passation du marché public litigieux.

[...]. Le lien avec la première procédure abandonnée est mentionné à différents endroits des documents du marché régissant cette seconde procédure.

[...]

[...]. Au regard des moyens développés par la partie requérante, il y a encore lieu de reproduire ici ce que le C.S.C. régissant le choix du prestataire du marché public litigieux prévoyait au regard de la possibilité de négociation avec les soumissionnaires:

« Négociations

L'AIVE procédera à l'analyse des offres initiales reçues le 11 février 2019.

À la demande du pouvoir adjudicateur, des réunions peuvent être organisées entre ce dernier et les candidats. Lors de celle-ci, le soumissionnaire et l'AIVE échangeront au sujet des améliorations techniques et/ou financières qui peuvent être apportées à l'offre.

Durant ces échanges, l'AIVE observera les principes suivants :

- Confidentialité des offres : L'AIVE ne communiquera à aucun candidat ni les prix ni les détails techniques des autres offres.
- Égalité de traitement : Si les discussions font apparaître un manquement dans le cahier des charges, l'AIVE communiquera à tous les soumissionnaires cette nouvelle information dont ils devront tenir compte dans leur offre. Ce type d'information pouvant faciliter ou rendre plus complexe l'exécution du marché.

Suite à ces échanges, les candidats seront peut-être (cfr «absence de négociations», ci-dessous) invités à remettre une nouvelle offre.

Si un candidat ne remet pas de nouvelle offre, son offre initiale servira à l'analyse finale des offres. S'il remet une nouvelle offre, cette dernière sera utilisée pour l'analyse finale des offres.

Les éventuelles nouvelles offres doivent également être transmises par voie électronique sécurisée (e-Tendering) ».

En effet, la partie adverse avait clairement indiqué dans ledit C.S.C. qu'elle se réservait le droit de ne pas négocier, dans les termes suivants :

« Absence de négociations

Vu le besoin urgent de réaliser les travaux dans un court délai (travaux à finaliser avant l'hiver, perte de certificats verts, délai nécessaire à cette seconde procédure) et vu que les candidats déposeront le 12 février pour la deuxième fois une offre pour une prestation très similaire (absence de changement significatif entre la procédure ouverte du 15 décembre et cette procédure concurrentielle avec négociation), il n'y aura aucune phase de négociation s'il apparaît que la première offre au classement des offres se démarque des autres et répond aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Dans ce cas, le classement provisoire des offres deviendra le classement définitif ».

[...]. À la date de l'ouverture des offres, à savoir le 11 février 2019, la partie adverse était en possession des offres des soumissionnaires suivants:

| Lot 1        | Lot 2                                               |
|--------------|-----------------------------------------------------|
| E. VANWINGEN | E. VANWINGEN<br>GRS VALTECH<br>La partie requérante |

[...]. Les Services de la partie adverse ont examiné la régularité des offres des concurrents au marché (rapport du 20 février 2019). La comparaison des offres et la cotation des offres au regard des critères d'attribution conduit au classement suivant des soumissionnaires:

| N° | Nom                      | Score | Prix HTVA      |
|----|--------------------------|-------|----------------|
| 4  | E. VAN WINGEN – Variante | 94,0  | 3.816.589,00 € |
| 1  | Bergerat Monnoyer SA     | 92,6  | 4.205.029,00 € |
| 3  | E. VAN WINGEN – Base     | 88,6  | 4.308.191,00 € |
| 2  | GRS VALTECH              | 84,0  | 4.361.626,00 € |

On constate que l'attribution des cotes aux offres des soumissionnaires n'est pas contestée par la partie requérante.

Un écart de 1,4 point existe donc entre l'offre (variante) de l'attributaire pressenti (E. VAN WINGEN) et celle de la partie requérante, deuxième classée.

Le rapport d'attribution se termine par la proposition d'attribution suivante:

« PROPOSITION D'ATTRIBUTION DU MARCHE

Il a été vérifié à l'aide de la plateforme TELEMARC que la société E. Van Wingen n'est redevable d'aucune dette fiscale ou sociale.

Sur base des éléments présentés ci-dessus, il est suggéré :

- de ne pas attribuer le Lot 1 – Révision majeure de la centrale de cogénération existante;
- d'attribuer le Lot 2 "Remplacement complet de la centrale de cogénération existante" à l'entreprise ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en se fondant sur le meilleur rapport qualité-prix), soit "E. VAN WINGEN – Variante 2 x 885 kWé», pour le montant d'offre contrôlé de 3.816.589,00 € hors TVA ou 4.618.072,69 €, 21 % TVA comprise; "

[...]. Le 21 février 2019, la partie adverse a décidé de faire sien ledit rapport et, par conséquent, d'attribuer le lot 2 du marché litigieux au soumissionnaire E. VAN WINGEN:

[...]

Il s'agit de la décision attaquée.

Cette décision a été portée à la connaissance des soumissionnaires par un courrier recommandé daté du 27 février 2019.

[...]"

#### IV. Deuxième moyen, deuxième branche

##### IV.1. Thèses de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment l'article 38, § 5, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du cahier spécial des charges, du principe de légalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des "principes de la confiance légitime, [de la] motivation matérielle et de la sécurité juridique", ainsi que de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs;

- " En ce que, deuxième branche, selon le cahier spécial des charges, il n'y aura aucune phase de négociation s'il apparaît que la première offre au classement des offres se démarque des autres et répond aux besoins du pouvoir adjudicateur; qu'il faut donc des négociations si la première offre classée ne se démarque pas de la deuxième offre classée;  
Alors que sur la base du principe de légalité et du principe *patere legem quam ipse fecisti* un pouvoir adjudicateur doit respecter les dispositions de son propre cahier des charges;  
Que la décision de ne pas inviter un ou des soumissionnaires aux négociations est soumis à la motivation formelle sur la base des articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle; qu'en prenant une décision dépourvue de quelque motif que ce soit, l'administration prend une décision dépourvue de toute motivation formelle au sens de la loi du 29 juillet 1991 et, partant, de toute motivation matérielle en droit;  
Qu'il n'y a pas de différence substantielle entre l'offre de la partie requérante et l'offre de E. VAN WINGEN vu la différence minimale de 1,4 points sur 100; qu'ainsi, l'offre de E. VAN WINGEN ne se démarque pas de l'offre de la partie requérante comme le constate la partie adverse; qu'il s'agit d'une erreur d'appréciation de sa part;  
Que, par conséquent, en n'invitant pas la partie requérante pour des négociations, le pouvoir adjudicateur méconnaît le principe de légalité et le principe *patere legem quam ipse fecisti* et les principes de la confiance légitime et de la sécurité juridique comme principes de bonne administration;  
Qu'en tout état de cause la décision attaquée ne comporte aucune motivation concernant la question de savoir si, et pourquoi le pouvoir adjudicateur aurait considéré que la première offre ne se démarque pas de la deuxième ; que le pouvoir adjudicateur méconnaît [l]es articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle et l'obligation de motivation matérielle".

#### IV.2. Thèses de la partie adverse

La partie adverse rappelle que deux éléments conditionnaient le recours à une éventuelle négociation, à savoir le fait d'avoir réceptionné des offres qui se démarquent et le fait d'avoir reçu des offres répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur. Elle expose que la requérante omet de critiquer ce deuxième point et qu'il y a donc lieu de considérer qu'il est satisfait à la seconde condition.

Elle soutient que les offres "se différencient entre elles". Se référant au tableau repris à la page 15 du rapport d'analyse, elle souligne que les offres régulières sont différentes, en termes de prix et de qualité. Elle poursuit en ces termes:

- " La partie requérante elle-même a bien perçu cette différence. En effet, ce n'est pas un hasard si elle souhaite absolument pouvoir déposer une BAFO. Dès lors (i) qu'elle est plus chère que l'offre de l'attributaire pressenti, mais obtient la quasi-totalité des points pour les critères 3 et 4 de nature qualitative et (ii) vu l'écart de 1,4 point qu'elle met elle-même en avant dans sa requête, elle entend ainsi remettre un prix plus bas que celui qu'elle a remis pour obtenir le marché, après avoir eu connaissance des prix de l'attributaire pressenti. Ce faisant, elle en vient à détourner la disposition du C.S.C. à son avantage, ayant bien perçu les motifs de son classement en deuxième position".

### IV.3. Appréciation du Conseil d'État

L'article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, relatif à la procédure concurrentielle avec négociation, énonce, en son § 5, ce qui suit:

" § 5. Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 8, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire.  
Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations."

La disposition précitée ne limite pas à l'une ou l'autre circonstance la faculté d'attribuer le marché sans négociation sur la base des offres initiales, laissant au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation. Il faut toutefois que celui-ci se soit réservé cette possibilité dans les documents du marché.

En l'espèce, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit (point I.3):

" Absence de négociations  
Vu le besoin urgent de réaliser les travaux dans un court délai (travaux à finaliser avant l'hiver, perte de certificats verts, délai nécessaire à cette seconde procédure) et vu que les candidats déposeront le 12 février pour la deuxième fois une offre pour une prestation très similaire (absence de changement significatif entre la procédure ouverte du 15 décembre et cette procédure concurrentielle avec négociation), il n'y aura aucune phase de négociation s'il apparaît que la première offre au classement des offres se démarque des autres et répond aux besoins du pouvoir adjudicateur.  
Dans ce cas, le classement provisoire des offres deviendra le classement définitif".

Le pouvoir adjudicateur a donc prévu la possibilité d'attribuer le marché sans négociation, mais il a soumis ce qui paraît devoir être considéré comme une dérogation à la procédure concurrentielle avec négociation, à la condition que "la première offre au classement des offres se démarque des autres" et qu'elle réponde à ses besoins.

Le rapport d'analyse des offres du 20 février 2019 synthétise les scores finaux des différentes offres dans le tableau suivant:

|                                                    | Bergerat | GRS Valtech | Van Wingen Lot 2 base | Van Wingen Lot 2 Variante |
|----------------------------------------------------|----------|-------------|-----------------------|---------------------------|
| CA1 – Prix de l'investissement initial (20 points) | 17,1     | 12,1        | 15,6                  | 20                        |
| CA2 – Résultat financier simple (50 points)        | 47,5     | 48,9        | 49,0                  | 50                        |
| CA3 – Moyens pour la maintenance (20 points)       | 19       | 18          | 17                    | 17                        |

|                                              |      |      |      |      |
|----------------------------------------------|------|------|------|------|
| CA4 – Engagement sur le résultat (10 points) | 9    | 5    | 7    | 7    |
| Score total CA1 + CA2 + CA3 + CA4            | 92,6 | 84,0 | 88,6 | 94,0 |

Le cahier spécial des charges ne précise pas le critère de démarcation des offres. Il s'ensuit que c'est eu égard au classement final établi sur la base des notes globales qu'il doit être déterminé si une offre "se démarque" des autres. En l'espèce, l'attributaire a obtenu 94 points et la requérante 92,6 points. Au terme d'un examen en extrême urgence, il n'apparaît pas que la différence entre les deux offres, à savoir 1,4 points sur 100, soit à ce point nette que l'offre de l'attributaire puisse raisonnablement être considérée comme "se démarquant" des autres offres. Elle ne semble donc pas satisfaire à la condition imposée par le cahier spécial des charges pour qu'il ne soit pas procédé à la négociation, qui est la règle dans la procédure choisie en l'espèce. À tout le moins, il convient de constater que la motivation formelle de la décision attaquée ne comporte aucune indication à cet égard.

Le moyen est sérieux en sa seconde branche, en ce qu'il dénonce notamment la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

#### V. Autres branche et moyens

Le caractère sérieux de la seconde branche du deuxième moyen aboutissant à la suspension de l'exécution de la décision attaquée, il n'y a pas lieu de se prononcer, au stade de la procédure d'extrême urgence, sur la première branche dudit moyen ainsi que sur les troisième et quatrième moyens, étant entendu, par ailleurs, que la requérante s'est désistée du premier moyen.

#### VI. 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.

#### VII. Confidentialité

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces 22 à 25 du dossier administratif contenant les offres de la requérante et celles de l'attributaire.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu – à ce stade de la procédure – de les tenir pour confidentielles.

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

**Article 1<sup>er</sup>.**

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de l'Association intercommunale pour la protection et la valorisation de l'Environnement du 21 février 2019 attribuant à l'entreprise E. VAN WINGEN le marché public relatif à la sélection, à la fourniture, au montage, à la mise en service et à l'entretien "full service" sur toute sa durée de vie d'une centrale de cogénération 2019 Tenneville.

**Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 3.**

Les pièces 22 à 25 du dossier administratif contenant les offres de la requérante et celles de l'attributaire sont – à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles.

**Article 4.**

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le dix avril deux mille dix-neuf par :

|                  |                       |
|------------------|-----------------------|
| Imre KOVALOVSKY, | président de chambre, |
| Katty LAUVAU,    | greffier.             |

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.