

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

n° 248.491 du 7 octobre 2020

A. 231.751/VI-21.860

En cause : **la société anonyme METALOGALVA BELUX,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Margaux VAN OPDENBOSCH et
Philip PEERENS, avocats,
De Kleetlaan 2
1831 Diegem,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
ORES ASSETS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS et
Thomas DERIDDER, avocats,
Place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par voie électronique le 14 septembre 2020, la société anonyme Metalogalva Belux demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la « décision de la partie adverse datée du 25 août 2020, notifiée par courrier recommandé daté du 26 août 2020, posté le 29 août 2020, aux termes de laquelle le marché public régi par le cahier spécial des charges du marché public de fournitures ayant pour objet "Marché de fournitures de candélabres pour l'éclairage public - WFCANWA22" (ci-après dénommé le "CSC") est attribué à la société Industrielle Borraine SRL (ci-après dénommée "Industrielle Borraine") (ci-après dénommée la "Décision d'attribution" ou "l'Acte attaqué") ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 septembre 2020.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Margaux Van Opdenbosch et Philip Peerens, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Thomas Deridder, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, 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. Résumé des faits pertinents

Le 18 mars 2020, un avis de marché est publié dans le Bulletin des Adjudications (BDA n° 2020-509106) et au Journal Officiel de l'Union Européenne concernant le marché public de fournitures de candélabres pour l'éclairage public. Le pouvoir adjudicateur est la société ORES Assets.

Le marché est constitué d'un lot unique relatif aux candélabres. La procédure d'attribution est la procédure ouverte.

À la date limite du dépôt des offres, soit le 12 mai 2020, trois offres sont déposées, à savoir celles des soumissionnaires suivants : la société Industrielle Borraine, la société Pylonen de Kerf et la société Metalogalva. À l'issue de l'analyse des offres, la partie adverse décide, le 25 août 2020, de ne pas sélectionner la société Pylonen De Kerf et d'attribuer le marché à la société Industrielle Borraine. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante indique qu'elle a été informée de la décision attaquée par une lettre recommandée datée du 26 août 2020, postée le 29 août 2020. Elle soutient avoir introduit son recours dans le délai de 15 jours requis.

B. La note d'observations

Après avoir fait état de la législation applicable, la partie adverse expose qu'elle a communiqué la décision d'attribution du 25 août 2020 et le rapport d'analyse des offres dans le respect du principe de la double communication. Elle précise que la première communication a été réalisée par un courrier électronique daté du 27 août 2020, lequel est reproduit en page 6 de sa note, et que la seconde communication a eu lieu par un courrier recommandé. Elle souligne qu'elle a ainsi communiqué « une deuxième fois » la décision d'attribution, comme elle le mentionne expressément dans le courrier recommandé daté du 26 août 2020. Elle fait valoir qu'elle a déposé son pli à la poste en date du 27 août 2020 et que cela ressort clairement du récépissé de dépôt de l'envoi recommandé, qu'elle reproduit en pages 7 et 8 de sa note.

Elle relève que la requérante a déposé à l'appui de son dossier une pièce n° 4 qui est le courrier recommandé précité et que l'on peut lire sur ce courrier que celui-ci a été traité par BPost le 29 août 2020.

Elle expose que les dates à retenir sont les suivantes :

- adoption de l'acte attaqué : le 25 août 2020 ;
- courrier de communication : daté du 26 août 2020 ;
- envoi du courrier de communication par courrier électronique : le 27 août 2020 ;
- dépôt du courrier de communication par recommandé postal : le 27 août 2020 ;
- mention sur le courrier : 29 août 2020.

Elle souligne que c'est bien la date de dépôt à la Poste qui est à prendre en compte et non celle de la réception. Elle estime qu'il ne peut être raisonnablement exigé du pouvoir adjudicateur qu'il s'enquière auprès de chaque compétiteur à un marché public de la date de réception du courrier de communication, afin de prendre en considération la réception pour déterminer le point de départ du délai de recours.

Elle expose qu'en conséquence, le premier jour utile du délai pour l'introduction du recours était le vendredi 28 août 2020 et que le dernier jour était donc le vendredi 11 septembre 2020, de sorte que, pour être recevable, la demande de suspension aurait dû être introduite au plus tard le 11 septembre 2020, alors qu'elle l'a été le lundi 14 septembre 2020, soit trois jours plus tard, si bien que, selon elle, le recours est tardif et, partant, irrecevable.

C. Plaidoiries

La requérante expose que le cachet apposé sur le document produit par la partie adverse porte la mention « FRANKING FACTORY C&S », ce qui indique que cette dernière recourt au service de collecte du courrier intitulé « *Collect & Stamp* », que le pli a donc été enlevé à la date mentionnée sur ce cachet, à savoir le 27 août, mais que la date figurant sur le pli qui lui est parvenu, à savoir le 29 août, est, quant à elle, celle de l'envoi. Elle soutient que la date devant être prise en considération pour déterminer le jour de l'envoi est le 29 août. Elle se prévaut à cet égard de l'arrêt n° 233.474 du 14 janvier 2016. Elle expose que soutenir le contraire reviendrait à méconnaître son droit d'accès à la justice dès lors que la seule date qu'elle connaît est celle figurant sur l'enveloppe qui lui a été adressée, à savoir le 29 août. Elle ajoute qu'il en résulterait que son délai de recours, déjà bref, serait réduit du temps nécessaire pour acheminer le courrier depuis les locaux de la partie adverse jusqu'au bureau de poste, ce qui, selon elle, serait discriminatoire. Elle en conclut que le dernier jour utile pour l'introduction du recours était le lundi 14 septembre.

La partie adverse soutient que le cachet apposé sur le récépissé de dépôt d'un envoi recommandé indique bien la date à laquelle le dépôt a été effectué et que seule cette date doit être prise en considération. Elle souligne que la date du cachet apposé sur le pli adressé à la requérante indique le jour où le courrier a été traité et non le jour du dépôt du pli et qu'il serait disproportionné d'exiger que, pour déterminer le point de départ de son délai de recours, elle s'enquière de cette date que, par définition elle ne connaît pas.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 3, 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, la demande de suspension doit être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Pour ce qui concerne les décisions d'une autorité adjudicatrice qui doivent faire l'objet d'une communication en vertu de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précité, le point de départ du délai est, par conséquent, cette communication.

Cet alinéa 1^{er} s'adresse à l'autorité adjudicatrice, à qui il fait obligation de communiquer sa décision "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée". Cette

disposition ne concerne donc que l'envoi de la décision par l'autorité, la question de sa réception étant étrangère aux obligations imposées à celle-ci. Il s'ensuit que la communication visée par cette disposition ne peut s'entendre que de l'acte posé par l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle envoie aux soumissionnaires sa décision motivée.

L'article 9/1, § 1^{er} dispose comme suit :

« L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement les communications visées aux articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé. »

L'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, énonce, quant à lui, que lorsque la loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi.

En l'espèce, il ressort des pièces produites par la partie adverse qu'elle a procédé à une première communication de la décision d'attribution ainsi que du rapport d'analyse des offres par courrier électronique en date du 27 août 2020. Une seconde communication a été faite par un courrier recommandé. La partie adverse produit le récépissé de dépôt de cet envoi recommandé, qui porte un cachet mentionnant la date du 27 août 2020 avec les mentions suivantes : « FRANKING FACTORY C&S ». Par ailleurs, le cachet apposé sur le pli reçu par la requérante porte la date du 29 août 2020. Il semble s'agir de la date de traitement du courrier concerné par les services de BPOST.

C'est le cachet de la poste qui fait foi de la date de l'envoi et qui permet dès lors de déterminer le point de départ du délai de recours.

Les parties s'opposent sur la question de savoir si, pour l'application des dispositions relatives aux délais de recours, la décision attaquée doit être considérée comme ayant été communiquée le 27 août 2020, date de son enlèvement, ou le 29 août 2020, date de son « traitement » par les services de BPOST. Dans les limites d'un examen en extrême urgence, il paraît pouvoir être considéré qu'un pli recommandé enlevé par le service « *Collect & Stamp* » doit, comme tout autre envoi recommandé, être considéré comme ayant été remis au service postal au jour indiqué sur le récépissé de dépôt de cet envoi recommandé. Ce récépissé, qui, lorsqu'il est recouru au service « *Collect & Stamp* », est généré automatiquement, porte en l'espèce la date du 27 août. À suivre cette conclusion, cette date paraît devoir être considérée comme le point de départ du délai.

Il y a toutefois lieu de constater que le cachet apposé sur le pli remis à la requérante mentionne la date du 29 août. Cette dernière ne pouvait donc que considérer que la date du dépôt du pli à la Poste était le 29 août.

Dans ces circonstances, il paraît devoir être reconnu à la requérante le bénéfice d'une erreur invincible, constitutive d'un cas de force majeure, tenant en échec l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse. Il convient, à cet égard, de rappeler qu'un événement ne constitue une force majeure que s'il présente le triple caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité. S'agissant de la condition d'extériorité, en introduisant le présent recours, la requérante n'a pas agi autrement qu'en se fiant à ce que lui laissaient entendre les mentions figurant sur le courrier, lesquelles ont pu légitimement lui donner à croire que le point de départ du délai de recours était le 29 août et que le dernier jour utile pour l'introduction du recours était donc le lundi 14 septembre.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être retenue.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est pris de la violation des articles 4, 66, 71, et 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 67, 68 et 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 5 et 8 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; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de transparence, de proportionnalité, de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination de l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

La requérante rappelle en substance que le pouvoir adjudicateur ne peut autoriser l'accès au marché qu'aux soumissionnaires ayant satisfait aux critères de sélection imposés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis du marché et le cahier de charges, et également qu'il ne peut autoriser le recours aux capacités de tiers pour répondre aux critères de sélection qu'après avoir vérifié que le soumissionnaire concerné a apporté la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en

produisant l'engagement de ces tiers à cet effet, et que ceux-ci remplissent les critères de sélection et s'il existe des motifs d'exclusion dans leur chef.

Elle reproduit la motivation de la décision d'attribution relative aux exigences prévues en ce qui concerne la sélection qualitative. Elle indique qu'elle a, par un courriel du 4 septembre 2020, demandé à la partie adverse des compléments d'information quant à l'attribution du marché public à la société Industrielle Boraine en raison du fait qu'elle considérait que cette dernière ne satisfaisait manifestement pas aux critères de sélection qualitative requis. Elle expose que, n'ayant pas obtenu de réponse de la part de la partie adverse, elle a réitéré sa demande par un courrier recommandé de son conseil daté du 7 septembre 2020.

Elle considère qu'il « est établi que l'offre d'Industrielle Boraine ne répondait manifestement pas aux critères de sélection qualitative à caractère technique et professionnel et à caractère économique et financier, imposés par la partie adverse, de telle sorte que cette dernière n'a manifestement pas pu légalement sélectionner Industrielle Boraine avant de lui attribuer — à tort — le marché litigieux ».

Elle relève que, par un courriel du 9 septembre 2020, la partie adverse l'a finalement informée du fait que la société Industrielle Boraine avait eu recours à la capacité de tiers mais elle estime que rien ne lui permet de contrôler si les conditions de validité dudit recours à la capacité de tiers, telles que fixées notamment à l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et citées ci-avant, ont été rencontrées en l'espèce, et que la décision manque de motivation sur ce point.

Elle invoque encore l'atteinte à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dès lors qu'elle considère que la société Industrielle Boraine a obtenu un avantage substantiel en raison de la sélection de son offre sans qu'il soit établi qu'elle répond aux critères de sélection, et ceci au détriment de la requérante. Elle ajoute que la partie adverse n'a pas respecté le devoir de minutie qui lui incombait dans l'examen des candidatures en décidant que la société Industrielle Boraine établissait à suffisance qu'elle avait les capacités techniques et économiques requises et qu'elle pouvait être, en conséquence, sélectionnée.

Elle indique par ailleurs que la décision d'attribution identifie la société Metalogalva comme étant une société portugaise, alors que celle-ci est une entité belge, et qu'elle qualifie la société Industrielle Boraine de société anonyme, alors qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, ce qu'elle considère comme d'autres exemples illustrant une méconnaissance du devoir de minutie.

B. Note d'observations

La partie adverse ne formule aucune observation sur les moyens

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Ainsi que le rappelle la requérante, en vertu des dispositions visées au moyen, le pouvoir adjudicateur ne peut autoriser l'accès au marché qu'aux soumissionnaires ayant satisfait aux critères de sélection imposés dans l'avis de marché et le cahier de charges. Il ne peut autoriser le recours aux capacités de tiers pour répondre aux critères de sélection qu'après avoir vérifié que le soumissionnaire concerné a apporté la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces tiers à cet effet, et que ceux-ci remplissent les critères de sélection et s'il existe des motifs d'exclusion dans leur chef. L'acceptation d'une offre au regard des critères de sélection qualitative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles.

En l'espèce, le cahier spécial des charges énonce comme suit les exigences prévues en ce qui concerne la sélection qualitative :

« III.2. Les critères de sélection qualitative

III.2.1. Critères de sélection qualitative à caractère technique/professionnel

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire doit disposer de 3 références de marchés similaires, exécutés ou en cours d'exécution au cours des 3 dernières années précédant la date ultime d'introduction des offres.

Par contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, similaire, on entend les fournitures de candélabres pour l'éclairage public à un client (valeur annuelle prise en compte : ensemble des candélabres livrés durant une année à un même client).

Niveau Minimal à respecter : le soumissionnaire doit avoir réalisé trois contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, similaires dont chacun porte sur la fourniture de minimum 650 candélabres par an équivalent à ceux faisant l'objet du marché et dont chacun (chaque contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client) atteint une valeur annuelle de 235.000 euros, au cours des trois dernières années.

Dans un document annexé à l'offre, le Soumissionnaire décrit ses contrats/marchés/ensemble de commandes pour un même client, de référence en y indiquant le nombre de candélabres (lequel doit être de minimum de 650 par an), le montant HTVA du contrat (marché ou commande), la date, la référence du contrat/marché/ensemble de commandes pour un même client, le nom du client (et s'il est public ou privé). Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur qui se réserve le droit à cet effet de prendre contact avec les clients de référence pour vérifier l'exactitude et la pertinence des marchés/contrats/ensemble de commandes pour un même client déclarés. Les contrats/marchés/

ensemble de commandes pour un même client, de référence cités peuvent concerner le Pouvoir adjudicateur.

Si, après rappel, les documents manquants ne sont toujours pas fournis, le pouvoir adjudicateur ne sera pas en mesure d'apprécier la capacité et ne pourra pas prendre une décision de sélection par rapport à ce soumissionnaire.

III.2.2. Critères de sélection qualitative à caractère financier/économique.

Pour être sélectionné, le Soumissionnaire :

- doit disposer, au cours des trois derniers exercices disponibles, d'un chiffre d'affaires annuel moyen de vente de candélabres de minimum 950.000 euros/an hors TVA.
- déclare son chiffre d'affaires global annuel sur les trois derniers exercices disponibles dans le DUME. Ces déclarations seront vérifiées par le Pouvoir adjudicateur sur la base des comptes annuels certifiés et/ou publiés et à défaut, par une déclaration de réviseurs indépendants. Le Soumissionnaire s'engage à fournir ces documents justificatifs à la première demande du Pouvoir adjudicateur, sauf s'ils sont disponibles gratuitement "on line".

Si, après rappel, les documents manquants ne sont toujours pas fournis, le pouvoir adjudicateur ne sera pas en mesure d'apprécier la capacité et ne pourra pas prendre une décision de sélection par rapport à ce soumissionnaire. ».

Sur cette question, la décision attaquée est motivée comme suit :

« 2. Industrielle Borraine SA

Il résulte de l'analyse de l'offre sur base des critères de sélection qualitative susmentionnés que le soumissionnaire "Industrielle Borraine S.A." possède les capacités techniques et professionnelles, et économiques et financières requises. ».

Après avoir reçu la décision d'attribution attaquée, la requérante a, par un courriel du 4 septembre 2020, sollicité de la partie adverse des compléments d'information quant à l'attribution du marché public à la société Industrielle Borraine en raison du fait que, selon elle, cette société ne satisfaisait « manifestement pas » aux critères de sélection qualitative requis. Elle a réitéré sa demande par un courrier recommandé du 7 septembre 2020.

Par un courriel du 9 septembre 2020, la partie adverse l'a finalement informée du fait que le soumissionnaire Industrielle Borraine avait eu recours à la capacité de tiers et avait pu dès lors être sélectionné sur cette base. Toutefois, il ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif tel que déposé par la partie adverse ni d'aucun élément de la motivation de la décision attaquée que la société Industrielle Borraine recourrait à la capacité de tiers. La motivation de la décision attaquée est défailante sur ce point.

Il n'est pas possible de contrôler si les conditions de validité du recours à la capacité de tiers, telles que fixées par l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ont été rencontrées en l'espèce. Il ne peut être considéré à ce stade que la partie adverse a

régulièrement examiné dans quelle mesure la société Industrielle Borraine établissait à suffisance qu'elle avait les capacités techniques et économiques requises, ni sur quelle base elle a pu la sélectionner en conséquence.

Le moyen est sérieux.

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.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de la SC ORES Assets du 25 août attribuant le marché de fournitures de candélabres pour l'éclairage public à la société Industrielle Borraine.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 7 octobre 2020, par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky