CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 248.977 du 19 novembre 2020

A. 231.901/VI-21.877

En cause : **la société privée à responsabilité limitée CHIMTEX**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Thierry RADELET, avocat,
avenue Léon Jourez 73
1420 Braine-l'Alleud,

contre :

la Régie des Bâtiments,
ayant élu domicile chez
M^es^ Dominique GERARD
et Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 30 septembre 2020, la SPRL Chimtex demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise en date du 2 avril 2020 par la Régie des Bâtiments, Wallonie Région Est, rue de Fragnée, 2 à 4000 Liège en tant qu'elle a décidé d'attribuer un marché d'installation d'un nouveau dispositif anti légionellose à la SA Newtec Watter Systems établie à 2800 Mechelen et non à la requérante.

Par une requête introduite le 17 novembre 2020, la requérante poursuit l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 octobre 2020.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, 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.

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

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

M^e^ Thierry Radelet, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Anne Feyt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section 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. Faits

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

« Attendu que dans le cadre de d'un appel d'offre émis par la Régie des Bâtiments Wallonie Région Est en vue du remplacement du dispositif anti légionellose installé au sein de l'Etablissement de défense sociale de Paifve situé Route de Glons, 1 à Paifve la requérante a introduit son offre en même temps que trois autres concurrents à savoir :

1. NEWTEC WATER SYSTEMS SA, numéro d'entreprise 0819828360 pour un montant de 59.677,24 euros TVAC
2. MATHIEU-THEODIOR CHAUFFAGE SPRL, numéro d'entreprise 04157273143 pour un montant de 66.308,02 euros TVAC
3. CLH SPRL, numéro d'entreprise 0416417337, pour un montant de 77.984,97 euros
4. CHIMTEX SPRL, numéro d'entreprise 0416768616, pour un montant de 15.756,62 euros

Que par son courrier daté du 22/9/2020, la partie adverse fit savoir à la requérante que son offre n'avait pas été choisie au détriment de la SA NEW

Que la décision attaquée est motivée comme suit :

" […]
Vu qu'en effet, l'urgence impérieuse résulte d'évènements imprévisibles.
Un système de traitement préventif de l'eau pour lutter contre la légionellose est installé dans l'établissement mais est en panne, vétuste et plus adéquat aux nouveaux produits de traitement de l'eau.
Les produits chimiques jusqu'ici utilisés et injectés dans l'installation ne sont plus conformes aux normes en vigueur en Belgique, l'utilisation d'un autre produit est dès lors nécessaire.
Le système installé n'arrive plus à lutter efficacement contre la légionellose et la salmonelle
Le Directeur de la Prison a fait fermer l'ensemble des douches pour éviter une épidémie.

Vu la vérification et l'évaluation des offres comme expliqué ci-avant :
Et vu le visa de l'inspecteur des Finances du …
J'ai décidé d'attribuer le Marché susmentionné à NEWTEC WATER SYSTEMS SA, portant le numéro d'entreprise 0819828360 pour un montant d'investissement de 25.800,00 EUR hors TVA, soit 31.218.00 EUR TVA comprise et pour un montant de classement de 44.050,00 EUR hors TVA, soit 53.300,50 EUR TVA comprise ;
La partie contrat d'entretien et les postes de livraison de produit sont à charge de l'occupant soit 18.250,00 EUR hors TVA, soit 22.082,50 EUR TVA comprise" ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La requérante expose ce qui suit :

« Attendu qu'en effet, par sa décision prise en date du 2/4/2020 et notifiée à la requérante en date du 22/9/2020, la partie adverse n'a pas formellement motivé sa décision.
Que la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate.
Que tel n'est pas le cas en l'espèce.
Qu'en effet, les motifs invoqués en l'espèce par la partie adverse afin d'attribuer en urgence le marché consistant à remplacer le système de lutte contre la légionellose et la salmonelle en place au sein de l'Etablissement de Défense sociale de Paifve, ne sont nullement conformes à la réalité.
Qu'en effet, afin de justifier l'attribution en urgence du marché à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS et non à la requérante, la partie adverse précise que les produits chimiques jusqu'ici utilisés dans l'installation (à savoir ceux livrés par la partie requérante, le CHIMTEX 100) ne sont plus conformes aux normes en vigueur en Belgique et que dès lors l'utilisation d'un autre produit était dès lors nécessaire.
Que cette motivation est non seulement inexacte mais également contraire à la réalité.
Qu'en effet, il résulte des pièces déposées par la requérante dans son dossier de pièces, que cette dernière livrait régulièrement son produit à l'Etablissement de défense sociale de Paifve afin de lutter de manière efficace contre la légionellose, à savoir le CHIMTEX 100 (cf facture n°200042 du 17/2/2020).
Que la requérante ne comprend pas pourquoi elle a été évincée du marché par la partie adverse sur le seul critère de la non-conformité de son produit CHIMTEX 100 avec la législation actuelle belge de lutte contre la légionellose.
Qu'il résulte de la lecture de la fiche technique du produit CHIMTEX 100 édité par la partie requérante que le domaine d'application de ce produit est le suivant :
" Le CHIMTEX 100 est utilisable pour le traitement et le nettoyage des réseaux d'eaux potables et sanitaires, ainsi que les réservoirs, avant leur première mise en service, ou dans le cadre de réhabilitation de réseaux contaminés par la Légionelle ou autres bactéries (moyennant un rinçage final en eau potable conformément à la législation, voir aussi circulaire DGS n° 97/311 du 24 Avril 1997).
Le CHIMTEX 100 peut être utilisé en traitement préventif d'eau destinée à la consommation humaine, dans le cadre de la prophylaxie de la Légionellose (sous réserve de respecter les règles en vigueur, en particulier : circulaire

DGS/V54 N2000-166 du 28 mars 2000, décret n° 95-363 du 5 avril 1995 et circulaire du 7 mai 1990) tout en apportant simultanément au réseau d'eau une protection Antitartre et Anticorrosion".

Qu'il résulte également des pièces du dossier de la partie requérante produit aux débats, que le produit CHIMTEX 100 vendu par elle est spécialement agréé par le SPF Santé Publique (services des biocides) legionella pneumophila jusqu'en date du 31/12/2024.

Que ce produit est dès lors agréé pour lutter efficacement contre la légionellose et était dès lors bien conforme à l'objet du marché émis par la partie adverse.

Que tel n'est malheureusement pas le cas de l'installation vendue et proposée par la SA NEWTEC WATER SYSTEMS.

Que cette dernière proposait en effet à la partie adverse de lutter contre la légionellose au moyen de son système AQUALITYBOX. Que cette installation suppose l'utilisation par le client (à savoir en l'espèce l'Etablissement de défense sociale) de sel vendu notamment par la NV ZOUTMAN qui sera ensuite, au moyen de l'installation AQUALITYBOX vendue par la SA NEWTEC WATER SYSTEMS, transformé après électrolyse en chlore actif et sera lui alors injecté dans les circuits courts des installations sanitaires du client.

Que cependant, ni le sel mis en œuvre ni le chlore actif produit par l'installation de la SA NEWTEC WATER SYSTEMS ne sont agrées eux legionella pneumaphila. Qu'ils ne sont dès lors nullement conformes à la législation belge afin de lutter contre la légionellose puisqu'ils ne sont pas agréés à cet effet alors que c'est ce qui était l'objet principal du marché lancé par la partie adverse.

Qu'afin de s'en convaincre, la partie requérante produit dans son dossier de pièces un inventaire de l'ensemble des sels produits et vendus en Belgique par les divers fabricants de sel.

Qu'il y apparait bien qu'aucun de ces sels ne sont agréés légionella pneumophila au contraire du CHIMTEX 100 vendu par la partie requérante. Que tout au plus, ces sels sont agréée type 2 à 4 ou 5 mais jamais légionella pneumophila, ce qui était nécessaire pour se conformer à l'objet du marché émis par la partie adverse.

Que c'est dès lors à tort que la partie adverse a décidé d'attribuer en urgence le marché du remplacement de son installation actuelle de lutte contre la légionellose à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS et non à la Requérante sur le seul critère de la non-conformité des produits actuellement utilisés par cette dernière au sein de la prison de Paifve (à savoir le chimtex 100 vendu par la Requérante).

Que de surcroît, l'attribution du marché de lutte contre la légionellose à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS risque d'être nuisible pour la santé des occupants de l'Etablissement de Défense sociale de Paifve car les produits que préconisent cette dernière, à savoir du sel, ne sont pas agréés par la législation belge afin de lutter contre la légionellose et n'ont d'ailleurs jamais été agréés comme tels à ce jour par le SPF Santé publique (Service des biocides).

Qu'encore moins, la partie adverse ne peut justifier l'attribution du marché à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS en tenant compte du caractère économiquement la plus avantageuse, comme la décision critiquée tente également de le faire apparaître à la lecture de la page 3 sur 4 de la décision.

Qu'en effet, il apparaît de la décision prise que l'offre de la SA NEWTEC WATER SYSTEMS était celle la moins chère et donc la plus économiquement avantageuse.

Que tel n'était nullement le cas puisque l'offre de la partie Requérante était chiffrée à la somme de 15.756,62 euros TVA comprise alors que celle de la SA NEWTEC WATER SYSTEMS s'élevait à la somme de 53.300,50 euros TVA comprise.

Que par conséquent, rien dans la motivation de la décision critiquée ne permet de justifier l'octroi du marché à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS ni ne permet à la Requérante de comprendre, eu égard à la motivation formelle de la décision attaquée, pourquoi le marché a été définitivement attribué à la SA NEWTEC WATER SYSTEMS.

Que par conséquent, en agissant de la sorte, la partie adverse n'a pas motivé formellement sa décision et a méconnu la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.
Que le moyen est dès lors sérieux. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen formule trois critiques, pouvant être considérées comme constituant trois branches.

En une première branche, la requérante soutient qu'est inexact le motif de l'acte attaqué selon lequel « les produits chimiques jusqu'ici utilisés et injectés dans l'installation ne sont plus conformes aux normes en vigueur en Belgique », ce qui, toujours selon l'acte attaqué, a pour conséquence que « l'utilisation d'un autre produit [est nécessaire] ». Elle produit une autorisation, délivrée par le ministre fédéral de l'Environnement, pour le produit biocide « chimtex 100 » qu'elle avait proposé dans son offre et qui est destiné à la lutte contre la légionellose.

En une deuxième branche, la requérante fait valoir que l'installation proposée par l'adjudicataire ne permet pas de lutter contre la légionellose alors que tel était l'objet du marché. Elle se fonde en ce sens sur un inventaire de l'ensemble des sels produits et vendus en Belgique par les divers fabricants de sel, et souligne qu'aucun des produits qui y sont repris n'est agréé pour lutter contre la légionellose.

En une troisième branche, elle soutient que l'acte attaqué ne peut justifier l'attribution du marché à l'adjudicataire sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse dès lors que la comparaison des prix joue à son avantage.

Sur la première branche

Le marché litigieux porte sur le remplacement du dispositif anti-légionellose de l'établissement de défense sociale de Paifve.

Les clauses techniques du cahier spécial des charges précisent notamment, en leur point 1.3., poste 1, ce qui suit :

« […]
L'installation de désinfection doit être adaptée à la désinfection d'eau potable et d'eau sanitaire. Le principe est basé sur l'oxydation anodique catalytique du chlore. La cellule d'électrolyse se compose d'électrodes durables et permanentes. Une basse tension de sécurité permet la création d'oxydants principalement à base d'oxygène. La décontamination se fait sans ajout de produits chimiques. L'intensité de la désinfection est réglable par l'intensité de courant ».

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

« Après analyse des prix et des fiches techniques, l'offre de CHIMTEX SPRL est considérée comme non conforme. Le matériel proposé ne correspond [pas] aux prescriptions du marché ».

Dès lors que la requérante a proposé un système qui implique l'ajout de produits chimiques, en l'occurrence le « chimtex 100 », c'est apparemment à bon droit que la partie adverse a considéré que son offre n'était pas conforme aux prescriptions techniques et qu'elle l'a déclarée irrégulière. Même si la motivation formelle de l'acte attaqué eût gagné à être rédigée en des termes plus précis sur ce point, elle permettait à la requérante, qui savait que son offre impliquait l'ajout de produits chimiques, de comprendre le motif de la décision la concernant.

La circonstance, invoquée par la requérante, que le produit en cause serait autorisé en Belgique paraît indifférente. En effet, ce sont les prescriptions du cahier spécial des charges qui excluent l'utilisation de certains produits, le pouvoir adjudicateur ayant décidé de changer de procédé pour assainir ses installations en recourant à un système par électrolyse. À supposer que c'est ce choix qui est contesté par la partie requérante, il ne paraît pas pouvoir être considéré, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, qu'il le soit de manière recevable par un moyen pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Au demeurant, force est de relever que l'assertion, critiquée par la requérante, et selon laquelle « les produits chimiques jusqu'ici utilisés et injectés dans l'installation ne sont plus conformes aux normes en vigueur en Belgique » tend, dans la motivation de la décision attaquée, à justifier « l'urgence impérieuse » en vue de recourir à la procédure négociée sans publicité.

Sur la deuxième branche

En ce qu'il tend à soutenir que la partie adverse aurait attribué le marché à un soumissionnaire n'offrant pas une installation appropriée pour lutter contre la légionellose, le moyen, pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 précitée paraît irrecevable, le grief en cause étant étranger à la motivation formelle de l'acte attaqué.

Sur la troisième branche

Il résulte de l'examen de la première branche du moyen qu'il y a lieu de considérer, *prima facie*, que c'est à bon droit que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière pour non-conformité aux prescriptions techniques du marché. Il

s’ensuit que la circonstance que l’offre de la requérante est moins chère s’avère dépourvue de pertinence.

Conclusion

Aucune des trois branches du premier moyen n’est sérieuse.

V. Second moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

En un second moyen, la requérante conteste « la validité de la décision critiquée prise en date du 2/4/2020 et [lui] notifiée […] en date du 22/9/2020 ». Elle fait valoir que « la décision attaquée précise en page 4 sur 4 que la décision a reçu le visa de l'inspection des finances » mais que, « cependant, aucune date de visa ne figure sur la décision attaquée de sorte qu'il y a lieu de considérer que ce visa de l'Inspection des Finances n'est jamais intervenu ». Par conséquent, la requérante estime « qu’en ce sens également, la décision prise en date du 2/4/2020 n'est pas régulière en la forme ».

V.2. Appréciation du Conseil d’Etat

La requérante est en défaut d’indiquer la règle de droit qui aurait, selon elle, été violée de sorte que le moyen doit, au stade actuel de la procédure, être déclaré irrecevable.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante et de l’attributaire du marché. Il s’agit des pièces A, B.1 et B.2 de la partie confidentielle du dossier administratif.

Cette demande n'a pas été contestée de sorte qu’il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

Par ailleurs, la requérante a également déposé son offre. Il s’agit de la pièce 2 annexée à la requête. Il s’impose de la déclarer d’office comme confidentielle.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce 2 annexée à la requête (offre de CHIMTEX) et les pièces A (offre de CHIMTEX), B.1 et B.2 (offres de NEWTEC) déposées au dossier administratif sont tenues, à ce stade de la procédure, pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 19 novembre 2020, par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux Imre Kovalovszky