

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

n° 249.812 du 9 février 2021

A. 232.555/VI-21.948

En cause : **la société anonyme COCKERILL
MAINTENANCE & INGÉNIERIE,**
en abrégé CMI,
ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

contre :

**la société anonyme de droit public Opérateur
de Transport de Wallonie, direction Charleroi.,**
ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocat,
Rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 décembre 2020, la société anonyme COCKERILL MAINTENANCE & INGÉNIERIE, en abrégé CMI, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution de marché à un autre soumissionnaire non renseigné dans l'acte attaqué et le refus d'attribution du même marché à la requérante, en raison d'une offre déclarée substantiellement irrégulière, marché relatif à la fourniture et la mise en service d'un tour en fosse pour roues de tramways, décision datée du 9 décembre 2020, notifiée à la requérante le 10 décembre 2020 et réceptionnée par la requérante le 11 décembre 2020, du chef de violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoirs ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 janvier 2021.

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

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.

M., David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Anne-Sophie Bouvy, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« En date du 12/10/2020, la partie adverse publie au Bulletin des Adjudications du 21/09/2020, avec avis rectificatif du 12/10/2020, un avis destiné à attribuer un marché public de fournitures ayant pour objet "Fourniture et mise en service d'un tour en fosse pour roues de tramways";

Le CSC contient notamment comme critère de sélection :

- la preuve que le soumissionnaire a installé et mis en service 3 tours en fosse dont une à écartement métrique dans l'Union Européenne durant les 4 dernières années. Cette liste doit reprendre un descriptif succinct des livraisons, le montant des prestations, la période d'exécution et le destinataire (...);

Le CSC précise qu'il y a quatre critères d'attribution :

1. Prix – pondération : 35 points
2. Qualité technique – pondération : 40 points
3. Sécurité – pondération : 15 points
4. Programme d'entretien – pondération : 10 points

En ce qui concerne le deuxième critère d'attribution "qualité technique", celui-ci est libellé comme suit :

“ Ce critère sera jugé sur base [de] la qualité des matériaux, la résistance de l'ensemble, la conformité aux exigences techniques du cahier spécial des charges. Pour ce faire, le soumissionnaire devra remettre une note décrivant le matériel proposé de manière complète y compris tous les accessoires. Tout soumissionnaire qui répondra à tous les critères techniques obtiendra la cote de 20 points.
Toute amélioration jugée pertinente par le pouvoir adjudicateur sera valorisée en points supplémentaires (+3).
Tous manquements seront pénalisés (-2).”;

Le point 1.12 du CSC interdit la proposition de variantes libres : “Aucune variante exigée ou autorisée n'est prévue”;

Dans la description des exigences techniques, on relève au point 3.4.1 “bâti”, les éléments suivants :

“ La structure principale du tour en fosse sera composée d'un banc solide, rigide et monobloc, fabriqué en fonte pour apporter la solidité et la robustesse nécessaires pour absorber les vibrations éventuelles et garantir un usinage de qualité (étude en éléments finis à fournir).
La structure du tour doit fournir une base rigide supportant l'essieu monté ainsi que le bogie et/ou le véhicule pendant le cycle d'usinage. Cette structure principale doit également recevoir tous les accessoires de la machine.
La structure principale sera fixée directement au fond de la fosse grâce à plusieurs plaques de nivellement qui permettront d'ajuster parfaitement la machine lors de son installation.
Le bâti sera solidement rigidifié, par une traverse par exemple. Cette traverse servira de guide pour les chariots avec les outils de coupe et les systèmes de mesure, permettant une gamme complète de mouvements. Elle devra permettre l'accès à toutes les zones d'usinage des essieux montés.”;

Dans son offre, la requérante fournira un tableau de conformité au CDC (exigences techniques);

Elle indiquera dans son tableau 3 degrés de conformité : C = conforme, R = Réserve, NC = non-conforme;

Dans ce tableau, en ce qui concerne le point 3.4.1 du CSC “bâti”, la requérante rappelle tout d'abord le contenu des exigences techniques et dans ses commentaires, précise :

“ Le bâti du tour proposé est en acier mécano-soudé. Cette conception a été éprouvée sur l'ensemble de nos tours en fosses fournis à ce jour pour les applications légères (tramways) à moyennes (métro, EMU/DMU) et est parfaitement adaptée à l'utilisation prévue par le client. La solidité et la robustesse de la structure permet d'absorber les éventuelles vibrations et garantissent un usinage de qualité.
Voir note de calcul jointe à l'offre.”;

La requérante dépose également une note de calcul pour le châssis TEF RNG20;

Elle joint également une fiche technique du tour en fosse, un descriptif et un mémoire technique;

Dans celui-ci, on note au point 3.4.1 “châssis” :

“ Le châssis du tour en fosse est constitué de deux socles symétriques en mécano-soudés scellés au sol assurant la stabilité de l'ensemble et l'absorption des vibrations générées par l'usinage. Les deux socles reçoivent les bras porte-galets permettant l'entraînement de l'essieu à usiner. (...)”;

Suite au dépôt de l'offre de la requérante, la partie adverse va déclarer cette offre substantiellement irrégulière pour les motifs qui suivent :

“

Votre offre a été déclarée substantiellement irrégulière pour les motifs suivants :

« Le soumissionnaire nous remet une offre en nous proposant un bâti en acier mécano-soudé. Or, l'article 3.4.1 du cahier spécial des charges exige un bâti en fonte.

Ce choix résulte d'une réflexion basée sur notre expérience et celle de confrères dans le secteur ferroviaire. C'est une exigence technique fondamentale.

De ce fait, nous considérons que le soumissionnaire nous propose une variante à nos exigences techniques mais l'article 1.14 du cahier des charges interdisait de proposer des variantes libres.

De plus, nous tenons à préciser que lors de la publication du marché, un éventuel candidat nous a posé la question de savoir s'il s'agissait d'un motif de rejet de proposer une offre avec des constructions en mécano-soudés. Nous lui avons répondu que le bâti en fonte était une exigence fondamentale. Au vu de cette spécification, ce candidat a décliné sa participation à notre appel d'offre. Dès lors, vis-à-vis du principe d'égalité avec ce candidat, nous ne pouvons accepter l'offre de COCKERILL MAINTENANCE & INGENIERIE SA qui ne répond pas aux exigences techniques de notre cahier spécial des charges.

Au vu de ces motifs, nous considérons l'offre comme substantiellement irrégulière et écartée de la suite de la procédure ».

”.

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Second moyen

IV.1. Thèse de la requérante

A l'appui de sa requête, la requérante soulève un second moyen, « [p]ris en violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 74 § 1^{er} et 3 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 1.5, 1.11, 1.12 et 3.4.1 du CSC, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public, de certains marchés de travaux, de fournitures, de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuel, de l'erreur de fait, de l'erreur de droit, de la contradiction dans les motifs, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation ». Elle l'expose dans les termes suivants :

« 1. Article 83 de la loi et article 74 de l'arrêté passation secteurs spéciaux :

La partie adverse doit vérifier la régularité des offres, notamment relativement aux spécifications techniques;

L'article 74 § 1^{er} de l'arrêté passation distingue les irrégularités substantielles ou non substantielles;

Trois irrégularités sont réputées comme étant substantielles :

1. Non-respect du droit environnemental, social, travail,
2. Non-respect des exigences visées aux articles 46, 50, 51 § 1^{er}, 52, 56 § 2, al. 1, 61 § 2, 62, 81 et 89 de l'arrêté passation pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires,

3. Non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché;

Les deux premières occurrences ne concernent pas l'irrégularité invoquée;

Quant à la troisième occurrence, le CSC devait indiquer comme substantielle l'exigence relative à la composition du bâti;

A aucun moment dans l'article 3.4.1 du CSC il n'est indiqué qu'il s'agit qu'un autre matériau pour le châssis que la fabrication en fonte constitue une irrégularité substantielle;

Au contraire, le pouvoir adjudicateur considère comme essentiel que le châssis apporte une solidité et une robustesse nécessaire pour absorber les vibrations éventuelles;

Dès que ces solidité et robustesse nécessaires pour absorber les vibrations sont démontrées, il n'est pas considéré que le fait que le bâti soit en fonte constitue une irrégularité substantielle;

La requérante tient encore à préciser que la spécificité technique relative au châssis bâti est une des très nombreuses spécificités techniques figurant au cahier spécial des charges;

Cette spécificité technique n'a pas fait l'objet d'une remarque particulière la différenciant des autres spécificités techniques;

Si l'on suivait la logique de la partie adverse, toutes les spécificités techniques devraient être substantielles;

En ce cas, il y a manifestement contradiction également avec l'article 1.11 – 2^{ème} critère d'attribution, du CSC (voir point 2);

On relève l'arrêt suivant :

- Arrêt 242.166, du 31/07/2018, SPRL VERT BIS : "Selon l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, sont réputées substantielles les irrégularités portant sur le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. Dans un tel cas, le paragraphe 3 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur qui doit constater la nullité de l'offre. Le caractère substantiel n'étant pas défini, il y a lieu, conformément au sens que donne le langage commun à ces termes, de considérer qu'une exigence substantielle, lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité au traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché."

La partie adverse viole dès lors les dispositions visées au moyen et plus particulièrement l'article 74 § 1^{er} et 3 de l'arrêté passation secteurs spéciaux et l'article 3.4.1 de son CSC;

2. Contradiction entre les dispositions 1.11 et 3.4.1 du CSC dans la motivation de l'acte attaqué :

La partie adverse viole également son CSC dans la mesure où le point 1.11 visant les critères d'attribution précise en ce qui concerne le deuxième critère d'attribution :

“ Ce critère sera jugé sur base [de] la qualité des matériaux, la résistance de l'ensemble, la conformité aux exigences techniques du cahier spécial des charges. Pour ce faire, le soumissionnaire devra remettre une note décrivant le matériel proposé de manière complète y compris tous les accessoires. Tout soumissionnaire qui répondra à tous les critères techniques obtiendra la cote de 20 points. Toute amélioration jugée pertinente par le pouvoir adjudicateur sera valorisée en points supplémentaires (+3). Tous manquements sera pénalisé (-2).”;

La manière dont est rédigé ce critère d'attribution démontre que la qualité des matériaux constituait une appréciation de l'offre;

Si seule la fonte était admise, il ne serait pas possible d'apporter des améliorations sur la qualité des matériaux;

Il est clair que pour des raisons techniques, l'acier mécano-soudé apporte des améliorations par rapport à la fonte (beaucoup moins fragile aux coups, ...);

Quant à l'acier mécano-soudé, la note de calcul déposée démontre que celui-ci absorbe parfaitement les vibrations;

Dès lors, la note de la requérante devait être appréciée au regard de la qualité du matériel proposé;

En outre, la requérante a, avec son offre, déposé un tableau de conformité par rapport au CSC;

En ce qui concerne le point 3.4.1 (page 4/21), elle précise qu'il n'y a pas de conformité à la spécification technique relative à la fonte et qu'il n'y a pas non plus de non-conformité;

Dans ces conditions, il est erroné dans le chef de la partie adverse de considérer que le choix de châssis en acier mécano-soudé constitue une irrégularité substantielle;

En prenant cette motivation, la partie adverse met en valeur la contradiction qu'il y aurait entre le point 1.11 – 2^{ème} critère d'attribution et le point 3.4.1 du CSC si cette interprétation de l'article 3.4.1 du CSC était choisie;

Le point 3.4.1 du CSC ne peut s'entendre autrement que la possibilité de proposer un autre matériau à la lecture du point 1.11 du CSC;

La requérante précise d'ailleurs, conformément au point 1.11 du CSC, dans ses commentaires :

“ Le bâti du tour proposé est en acier mécano-soudé. Cette conception a été éprouvée sur l'ensemble de nos tours en fosses fournis à ce jour pour les applications légères (tramways) à moyennes (métro, EMU/DMU) et est parfaitement adaptée à l'utilisation prévue par le client. La solidité et la robustesse de la structure permet d'absorber les éventuelles vibrations et garantissent un usinage de qualité. Voir note de calcul jointe à l'offre.”;

3. Contradiction entre l'application faite du point 1.5 du CSC et le point 4.3.1 du CSC :

En outre, la partie adverse se contredit à nouveau dans la mesure où elle a considéré que la requérante remplissait les critères de sélection technique;

En effet, les soumissionnaires devaient déposer une liste de matériel déjà livré;

La requérante dépose en pièce 9 de son dossier cette liste de références de Tour en Fosse;

On y remarque que la RNG20 proposée y figure à 9 reprises;

La requérante n'a pas été écartée au motif qu'elle avait la référence avec matériel mécano-soudé;

La partie adverse se contredit en acceptant les références de la requérante et en considérant par ailleurs qu'il s'agirait d'une irrégularité substantielle;

La requérante aurait par ailleurs remis d'autres références de sélection pour des bâtis en fonte si elle avait eu l'information visée dans le premier moyen;

4. Article 1.12 du CSC – motivation inadéquate :

Enfin, la partie adverse estime à tort dans sa motivation que le châssis proposé par la requérante constitue une variante;

Or, la variante est définie comme suit :

“ Une variante est un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire” (Thiel, Memento Marché Public et PPP, 2020, n° 429, faisant référence à l'article 2.53° de la loi du 17 juin 2016);

En l'espèce, il n'y a aucune conception différente;

Il s'agit juste d'une différence de matériau;

Il n'y a aucune exécution différente de celle qui est proposée;

Le châssis est livré et placé de la même manière, qu'il soit en fonte ou en acier mécano-soudé;

Le fait que l'acier soit mécano-soudé n'implique pas une conception différente;

La requérante dépose à son dossier, en pièce 6, les photographies d'un bâti en acier mécano-soudé et d'un bâti moulé en fonte;

Il n'y a pas de conception différente;

L'objet du marché n'implique pas une conception;

Il y a lieu de ne pas oublier que nous sommes dans le cadre d'un marché de fournitures et non de travaux ou de services;

Il n'y a donc aucune variante mais simplement un matériau différent de celui indiqué au CSC;

La problématique est dès lors limitée à la question de l'irrégularité substantielle et ne doit pas être étendue à la question des variantes;

Le motif tenant aux variantes est donc inexact;

En outre, c'est à tort que la partie adverse vise le point 1.14 du CSC dans sa motivation, relativement aux variantes;

L'article qui serait considéré comme violé (quod non) est l'article 1.12;

En conclusion et de manière plus générale,

La motivation du pouvoir adjudicateur est erronée;

En effet, il ne suffit pas, dans la motivation de considérer que le bâti en fonte est une exigence fondamentale du cahier spécial des charges;

Il y avait lieu de l'indiquer dans le cahier spécial des charges, conformément à l'article 74 § 1^{er} de l'arrêté royal du 18 juin 2017;

Ce faisant, l'appréciation formulée a posteriori dans la motivation n'est pas pertinente : "Ce choix résulte d'une réflexion basée sur notre expérience et celle de confrères dans le secteur ferroviaire. C'est une exigence technique fondamentale.";

Il y avait lieu d'indiquer cette phrase reprise dans la motivation de l'acte attaqué, dans le cahier spécial des charges, ce qui n'a pas été fait;

Dès lors, conformément à l'article 74 § 3 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, l'offre de la requérante ne pouvait être déclarée irrégulière;

La motivation de la partie adverse, en choisissant l'interprétation qui est la sienne relativement aux exigences techniques du CSC (sur le choix du matériau du châssis) est encore en contradiction avec les articles 1.5 et 1.11 du CSC;

La partie adverse n'a pas examiné avec suffisamment de minutie son CSC et l'offre de la requérante, ne relevant pas les contradictions entre l'interprétation qu'elle fait de son cahier spécial des charges entre le point 3.4.1 et le deuxième critère d'attribution du point 1.11;

C'est en cela qu'elle commet également une erreur manifeste d'appréciation;

La partie adverse avait bien entendu la possibilité dans son cahier spécial des charges, de retenir exclusivement un bâti en fonte;

Elle ne l'a pas fait;

Elle ne peut changer a posteriori les conditions devant être considérées comme substantielles, sinon à établir un nouveau cahier spécial des charges;

Les dispositions visées au moyen sont violées;

Le deuxième moyen est fondé ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le deuxième moyen est subdivisé en quatre parties qui, pour les besoins de leur examen, seront considérées comme quatre branches distinctes.

A. Quant à la première branche

L'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux est libellé comme suit :

- « Art. 74. § 1^{er}. L'entité adjudicatrice vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
- 1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
 - 2° le non-respect des exigences visées aux articles 46, 50, 51, § 1^{er}, 52, 56, § 2, alinéa 1^{er}, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
 - 3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.
- § 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.
- § 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.
- § 4. Sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.
- Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, l'entité adjudicatrice offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations. L'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, elle donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'entité adjudicatrice n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.
- § 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. L'entité adjudicatrice décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3".

En son paragraphe premier, cet article 174 définit ainsi, à l'alinéa 3, l'irrégularité substantielle et répute constituer des irrégularités substantielles les trois hypothèses de méconnaissance énumérées à l'alinéa 4. Au vu de la structure de cette disposition, l'irrégularité substantielle n'est pas exclusivement celle qui correspond à l'une des trois hypothèses visées à l'alinéa 4 du paragraphe premier. Peut, en effet, être qualifiée comme telle l'irrégularité qui, bien que ne relevant pas de l'une de ces hypothèses, n'en répond pas moins à la définition de l'alinéa 3.

Au titre de la première branche de son moyen, la requérante conteste la décision de déclarer son offre irrégulière au motif qu'en méconnaissance de l'article 3.4.1. du cahier spécial des charges, elle propose un bâti en acier mécano-soudé, et non en fonte. Elle soutient, en substance, que l'irrégularité ainsi retenue par la partie adverse ne relevait pas d'une des deux premières hypothèses visées à l'article 74, § 1^{er}, alinéa 4, précité, et que, pour faire relever cette irrégularité de la troisième de ces hypothèses, le cahier spécial des charges aurait dû « indiquer comme substantielle l'exigence relative à la composition du bâti ». Ces considérations développées dans la première branche du moyen sont, par ailleurs, réitérées en des termes proches dans la conclusion de ce deuxième moyen.

L'examen de cette première branche du moyen appelle deux observations.

D'une part, à la lecture du grief dont la substance vient d'être rappelée, la requérante semble perdre de vue ce qui se déduit de la structure de l'article 74 précité, particulièrement aux troisième et quatrième alinéas de son premier paragraphe, à savoir que la qualification d'« irrégularité substantielle » n'est pas nécessairement exclue en raison du seul fait que l'irrégularité concernée ne relèverait d'aucune des hypothèses visées à l'article 74, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 juin 2017. Se bornant à faire valoir que l'irrégularité retenue par la partie adverse ne correspondrait à aucune des trois hypothèses visées à l'alinéa 4, elle n'expose pas en quoi cette irrégularité ne pouvait, par ailleurs, être qualifiée de substantielle au regard de la définition donnée, par l'alinéa 3, de cette catégorie d'irrégularités.

D'autre part, il convient de souligner que la clause « 3.4.1. Bâti » relative aux exigences de solidité et de robustesse nécessaires pour absorber les vibrations éventuelles et garantir un usinage de qualité justifie le choix posé par la partie adverse en faveur d'un banc solide, rigide et monobloc fabriqué en fonte, pour répondre à ses besoins. En laissant entendre – pour exclure que l'irrégularité retenue par la partie adverse puisse être qualifiée de substantielle – que le matériau proposé par un soumissionnaire importe peu, pour autant qu'il garantisse ces solidité et robustesse nécessaires, la requérante prend appui sur une interprétation de la clause

précitée, selon laquelle la partie adverse aurait traduit ses attentes dans la fixation d'un niveau d'exigence qu'elle laisserait libres les soumissionnaires de satisfaire par les matériaux et procédés de conception de leur choix. Cette thèse n'est corroborée ni par cette clause, ni par quelque autre élément révélé par les documents du marché. La requérante n'indique d'ailleurs ni les seuils ou valeurs d'exigence rendant compte de ce que sont garanties les qualités de solidité et de robustesse attendues par la partie adverse, ni, *a fortiori*, comment ces garanties sont réalisées par les matériaux et conception qu'elle propose.

Ces deux observations imposent de décider que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

Les dispositions « 1.11. Critères d'attribution » et « 3.4.1. Bâti » du cahier spécial des charges entre lesquelles la requérante estime devoir déceler une contradiction dans l'une des interprétations des prescriptions des documents du marché évoquées par le moyen se lisent comme suit :

- « 1.11. [...] Ce critère [qualité technique] sera jugé sur base [de] la qualité des matériaux, la résistance de l'ensemble, la conformité aux exigences techniques du cahier spécial des charges. Pour ce faire, le soumissionnaire devra remettre une note décrivant le matériel proposé de manière complète y compris tous les accessoires.
Tout soumissionnaire qui répondra à tous les critères techniques obtiendra la cote de 20 points.
Toute amélioration jugée pertinente par le pouvoir adjudicateur sera valorisée en points supplémentaires (+3).
Tous manquement sera pénalisé (-2) »;
- « 3.4.1 La structure principale du tour en fosse sera composée d'un banc solide, rigide et monobloc, fabriqué en fonte pour apporter la solidité et la robustesse nécessaires pour absorber les vibrations éventuelles et garantir un usinage de qualité (étude en éléments finis à fournir).
La structure du tour doit fournir une base rigide supportant l'essieu monté ainsi que le bogie et/ou le véhicule pendant le cycle d'usinage. Cette structure principale doit également recevoir tous les accessoires de la machine.
La structure principale sera fixée directement au fond de la fosse grâce à plusieurs plaques de nivellement qui permettront d'ajuster parfaitement la machine lors de son installation.
Le bâti sera solidement rigidifié, par une traverse par exemple. Cette traverse servira de guide pour les chariots avec les outils de coupe et les systèmes de mesure, permettant une gamme complète de mouvements. Elle devra permettre l'accès à toutes les zones d'usinage des essieux montés ».

Sans préjudice de la réponse qu'appellent les développements relatifs à la contradiction dénoncée par le moyen entre les dispositions 1.11 et 3.4.1 du cahier spécial des charges, il doit être constaté avant tout que la requérante n'expose pas en quoi la partie adverse aurait, au stade du contrôle de la régularité des offres,

méconnu une disposition des documents du marché dont l'application n'intervient qu'au stade de l'évaluation et de la comparaison des offres. Elle n'expose pas davantage en quoi, comme le suggère le titre de la deuxième branche, la contradiction dénoncée apparaîtrait dans la motivation de l'acte attaqué, telle qu'elle la reproduit par extrait dans l'exposé des faits de sa requête auquel se réfère le présent arrêt.

En termes de requête, la requérante soutient en substance que – dans une interprétation de la clause 3.4.1 du cahier spécial des charges selon laquelle celle-ci excluait de proposer un matériau autre que la fonte, de sorte que le choix d'un châssis en acier métalo-soudé constituait une irrégularité substantielle – cette clause serait en contradiction avec le point 1.11 de ce même cahier spécial des charges. À l'audience du 19 janvier 2021, la requérante a fait valoir, dans le prolongement de ces développements de la requête, que, pour éviter la contradiction alléguée, la clause 3.4.1 du cahier spécial des charges devait nécessairement s'interpréter en ce sens que cette spécificité ne constituait pas une condition de régularité des offres, de sorte que l'offre qui proposait un autre matériau ne pouvait être automatiquement considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle. Elle a précisé recourir à une interprétation de la spécificité litigieuse conforme aux autres prescriptions des documents du marché, dès lors qu'en l'absence de mention expresse à ce propos, il ne pouvait être tenu pour établi qu'une dérogation à cette spécificité était constitutive d'irrégularité substantielle de l'offre.

Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, les deux clauses précitées, lues en combinaison, imposent de considérer que « les manquements susceptibles de faire l'objet d'une pénalité numérique dans le cadre de l'évaluation de l'offre au regard du critère d'attribution ne peuvent par nature (et par l'effet des dispositions du cadre légal et réglementaire relatives à la régularité des offres) présenter qu'un caractère non essentiel ». Ceci exclut donc, à la lecture des développements du moyen, de tenir pour évidente, en procédure d'extrême urgence, la contradiction que la requérante présente comme telle.

Dans le même ordre d'idées que ce que fait ainsi valoir la partie adverse, il doit être rappelé, à la suite de la réponse à la première branche, que l'exigence d'un banc solide, rigide et monobloc fabriqué en fonte apparaissait comme essentielle pour répondre aux besoins de la partie adverse; à cela s'ajoute que les variantes n'étaient pas autorisées. Au regard de ces deux éléments, la prescription litigieuse fait bien figure de condition de régularité des offres et revêt bien, par nature, un caractère essentiel. La circonstance que, parmi d'autres caractéristiques des offres, la qualité des matériaux proposés puisse faire l'objet d'une évaluation au regard du critère de qualité technique et qu'un système de pénalités arithmétiques

soit prévu n'autorise à remettre en cause ni ce statut de « condition de régularité » de la prescription édictée sous le point 3.4.1. du cahier spécial des charges, ni les conséquences que risquait d'entraîner, au regard de ce statut, le choix d'un matériau autre que celui qui était prescrit. De même, le point 1.11 ne peut-il, pour la même raison, être interprété en ce sens qu'il permettrait aux soumissionnaires de faire offre d'une solution basée sur un matériau autre que la fonte. Le caractère de condition de régularité de l'offre de la prescription relative au matériau, faisant l'objet du point 3.4.1., qui ne peut être remis en cause sous le prétexte d'une rédaction sans doute peu heureuse du point 1.11, permet donc, contrairement à ce que suggère le moyen, en cette branche, une interprétation et une articulation de ces deux dispositions qui ne les rendent pas contradictoires.

Dans ces conditions, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

C. Quant à la troisième branche

Le sens et la portée du moyen, en sa troisième branche, ne se laissent pas cerner aisément.

S'il doit s'interpréter comme critiquant la décision de sélection de la requérante alors que pour répondre au critère de sélection, celle-ci a – selon ce qu'elle expose – fait état de références relatives à du matériel mécano-soudé, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi une illégalité de cette décision causerait grief à la requérante.

S'il doit se comprendre en ce sens que le critère de sélection (qui n'exclut pas la possibilité de faire valoir des références relatives à du matériel mécano-soudé) impose d'interpréter la clause 3.4.1., précédemment évoquée, en ce sens que l'offre basée sur un châssis en acier mécano-soudé ne peut être considérée comme entachée d'irrégularité substantielle, le moyen revient à dénoncer une contradiction entre l'exigence de sélection et la prescription litigieuse de la clause 3.4.1. Au vu des préoccupations différentes qui peuvent guider le pouvoir adjudicateur dans la définition des conditions de sélection qualitative, d'une part, et des spécifications fonctionnelles et techniques du marché, d'autre part, il n'est nullement contradictoire ni révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation de définir, pour les besoins de la sélection qualitative, des critères reposant sur des références qui ne correspondraient pas en tous points aux prestations attendues des opérateurs économiques dans le cadre du marché en cause, au vu des spécifications fonctionnelles et techniques annoncées par ailleurs et dont la méconnaissance peut entacher l'offre d'irrégularité. Par ailleurs, et en toute hypothèse, force est de

constater que la requérante s'abstient, par la critique de ce qu'elle estime ainsi révéler une attitude contradictoire adoptée par la partie adverse, d'expliciter – en indiquant précisément les principes ou dispositions violés et la manière dont ils l'ont été – l'illégalité qui, ce faisant, aurait été commise.

D. Quant à la quatrième branche

Dès lors que, pour les raisons indiquées en réponse à la première branche, la requérante critique vainement le motif tiré du caractère substantiel de l'irrégularité résultant de la dérogation – non contestée, en tant que telle – aux spécificités annoncées dans les documents du marché, il est sans intérêt pour elle de critiquer la considération de l'acte attaqué selon laquelle elle a proposé une variante interdite par ces documents du marché. La décision d'évincer la requérante demeure justifiée par ce motif que critique vainement le moyen en sa première branche, motif ainsi pris de l'irrégularité substantielle que la partie adverse a identifiée dans l'offre de la requérante. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'aperçoit, *prima facie*, pas comment l'illégalité qui résulterait du motif critiqué par le moyen, en sa quatrième branche, lui causerait grief.

La conclusion "générale" du moyen, formellement présentée sous le titre 4 de celui-ci, fait enfin valoir – comme considération distincte de celles qui rappellent les griefs précédemment formulés, notamment au titre de la première branche – que la partie adverse ne pouvait changer *a posteriori* « les conditions devant être considérées comme substantielles, sinon à établir un nouveau cahier spécial des charges ». La divergence révélée entre la qualification d'irrégularité substantielle retenue par la partie adverse, d'une part, et la thèse défendue par la requérante qui conteste cette qualification, d'autre part, n'autorise pas – contrairement à ce que soutient la requérante – à considérer que la partie adverse aurait modifié *a posteriori* les conditions du marché.

Le moyen n'est pas sérieux en sa quatrième branche.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

À l'appui de sa requête, la requérante soulève un premier moyen, « [p]ris en violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public, de certains marchés de travaux, de fournitures, de services et de concession, des articles 2 et 3 de

la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuel des principes généraux de droit, d'égalité et de non- discrimination, de transparence, du devoir de minutie et du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation ». Elle l'expose dans les termes suivants :

« La partie adverse précise dans la motivation de son acte :

“ De plus, nous tenons à préciser que lors de la publication du marché, un éventuel candidat nous a posé la question de savoir s'il s'agissait d'un motif de rejet de proposer une offre avec des constructions en mécano-soudés. Nous lui avons répondu que le bâti en fonte était une exigence fondamentale. Au vu de cette spécification, ce candidat a décliné sa participation à notre appel d'offre. Dès lors, vis-à-vis du principe d'égalité avec ce candidat, nous ne pouvons accepter l'offre de Cockerill Maintenance & Ingenierie SA qui ne répond pas aux exigences techniques de notre cahier spécial des charges.”;

La requérante estime qu'indépendamment du fait de savoir si le bâti en fonte constitue ou non une exigence fondamentale du CSC, elle estime à tout le moins que les dispositions visées au moyen sont violées;

En effet, la partie adverse prétend appliquer le principe d'égalité à posteriori puisqu'elle considère devoir rejeter l'offre de la requérante qui a proposé un châssis en acier mécano-soudé à la place du châssis en fonte, après avoir informé un seul des soumissionnaires qu'elle considérait que le bâti en fonte était une exigence fondamentale;

Il ne peut être question, à partir du moment où cette spécification considérée comme essentielle par le pouvoir adjudicateur ne figure pas dans le CSC, d'avertir – même sur question – un des soumissionnaires, sans que les autres ne soient avertis de cet élément;

Cet élément est d'autant plus fondamental que l'offre de la requérante est déclarée substantiellement irrégulière pour cette unique raison;

Dès lors, si la partie adverse avait respecté le principe d'égalité, elle aurait dû, soit indiquer dans le CSC qu'il s'agissait d'une spécification essentielle auquel cas tous les soumissionnaires en auraient été avertis, soit sur question d'un des soumissionnaires, avertir l'ensemble des soumissionnaires qu'il était considéré que cette exigence est fondamentale;

En réservant cette information à un seul soumissionnaire, il ne peut être question ultérieurement d'écarter l'offre de la requérante pour éviter une discrimination avec ce soumissionnaire;

Le soumissionnaire qui a posé la question avait le choix de déposer une offre avec un bâti en fonte ou de ne pas déposer d'offre;

Si la requérante avait reçu cette information essentielle, elle aurait eu le même choix, ce qui aurait placé les soumissionnaires dans une situation d'égalité;

Prétendre respecter le principe d'égalité après avoir celé une information essentielle à un soumissionnaire ne constitue pas un rétablissement du principe d'égalité;

En outre, l'application du principe d'égalité que fait la partie adverse dans sa motivation implique qu'automatiquement la requérante n'aurait été mesurée que de livrer un bâti en acier mécano-soudé et non en fonte;

Or cela est inexact;

La requérante est capable de livrer autant un bâti en acier mécano-soudé qu'un bâti en fonte;

Si elle avait disposé de cette information, elle aurait pu déposer une offre qui aurait été conforme à ce que le pouvoir adjudicateur aurait considéré (a posteriori) comme une exigence essentielle;

Le principe de non-discrimination est également violé par le fait de donner une information à un soumissionnaire sans la donner à un autre;

Le principe de transparence est également violé pour les mêmes raisons;

On relève les arrêts suivants à cet égard :

- Arrêt n° 237.496, du 27/02/2017, SPRL ANIMAL PEST CONTROL : "Le principe de transparence impose à l'autorité d'assurer une publicité suffisante autour des conditions du marché afin que tout soumissionnaire potentiel puisse décider en connaissance de cause s'il souhaite participer au marché et de quelle manière libeller son offre.";

- Arrêt n° 235.817, du 21/09/2016, Société civile sous forme de SPRL LEBOUTTE : "L'obligation de transparence et le respect de l'égalité entre les entrepreneurs qui s'impose, quelle que soit la procédure de passation retenue, impose au pouvoir adjudicateur d'annoncer clairement dans les documents du marché les critères d'attribution et leur pondération relative, en sorte que les soumissionnaires potentiels soient mesure de prévoir raisonnablement les critères sur base desquels leur offre sera évaluée.";

- Arrêt n° 232.945, du 19/11/2015, ITNOVA : "Dès lors que le cahier spécial des charges entretient une incertitude voire une confusion quant à la valeur relative de chacune des deux composantes du prix du marché, il n'est pas possible pour les soumissionnaires de remettre des offres comparables entre elles.";

- Arrêt n° 231.716, du 23/06/2015, SPRL CHARTIER : "En appel d'offre et hormis le cas expressément par les dispositions législatives et réglementaires, il est porté atteinte au principe d'égalité et de transparence (...) lorsque, après la remise des offres, le pouvoir adjudicateur établit, avec certains des soumissionnaires, des contacts privilégiés dont l'objet porte sur le marché en cours d'attribution. De tels contacts qui sont susceptibles d'influencer l'analyse des offres, compromettent en effet l'impartialité objective dont le pouvoir adjudicateur doit faire preuve en vertu du principe d'égalité entre les soumissionnaires.";

- Arrêt 242.166, du 31/07/2018, SPRL VERT BIS : "Selon l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, sont réputées substantielles les irrégularités portant sur le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. Dans un tel cas, le paragraphe 3 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur qui doit constater la nullité de l'offre. Le caractère substantiel n'étant pas défini, il y a lieu, conformément au sens que donne le langage commun à ces termes, de considérer qu'une exigence substantielle, lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité au traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché."

Dès lors que dans le cas présent le CSC ne formulait pas de manière expresse que la spécification du bâti en fonte était essentielle, que l'un des soumissionnaires sollicitait l'information et que la réponse à cette question n'était pas partagée à l'égard des autres soumissionnaires, les dispositions visées au moyen sont violées;

En réalité, le fait d'écarter l'offre de la requérante sous prétexte du respect du principe d'égalité parce qu'un autre candidat n'a pas soumissionné, muni de l'information, ne constitue pas un respect du principe d'égalité dès lors moment où l'ensemble des soumissionnaires n'ont pas été mis dans les mêmes conditions pour remettre leur offre;

La requérante a également intérêt au moyen car, si celui-ci est fondé, quel que soit le résultat de l'évaluation des offres, l'offre de la requérante n'a pas pu être évaluée;

En outre, si cette information avait été communiquée à la requérante, l'offre de la requérante en aurait été nécessairement modifiée puisqu'elle aurait remis une offre adaptée tant sur ses références pour le critère de sélection technique (voir 2ème moyen) que pour le choix du matériau du châssis que pour son prix;

Pour le surplus, la motivation adoptée sur le principe d'égalité est manifestement erronée;

Le pouvoir adjudicateur n'a pas examiné la question de l'applicabilité du principe d'égalité avec la minutie suffisante et a commis une erreur manifeste d'appréciation;

La requérante a intérêt au moyen;

Le premier moyen est sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture de ses développements, le moyen se comprend principalement comme critiquant le motif de l'acte attaqué, qui – s'agissant d'évincer l'offre de la requérante – fait référence au principe d'égalité des soumissionnaires.

Dès lors que, pour les raisons indiquées en réponse à la première branche du deuxième moyen, la requérante critique vainement le motif tiré du caractère substantiel de l'irrégularité résultant de la dérogation – non contestée, en tant que telle – aux spécificités annoncées dans les documents du marché, il est sans intérêt pour elle de critiquer la considération de l'acte attaqué relative à la nécessité de respecter le principe d'égalité à l'égard du candidat qui avait interrogé la partie adverse et s'est ensuite abstenu de faire offre. À supposer que cette considération encoure les reproches formulés par le moyen, la décision d'évincer la requérante demeure justifiée par le motif que critique vainement le deuxième moyen en sa première branche, motif ainsi pris de l'irrégularité substantielle que la partie adverse a identifiée dans l'offre de la requérante. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'aperçoit, *prima facie*, pas comment l'illégalité qui résulterait du motif critiqué par

le premier moyen – dans l’interprétation que celui-ci paraît appeler à titre principal – lui causerait grief.

Par ailleurs, si le moyen doit également se comprendre comme revenant à soutenir que l’acte attaqué viole le principe d’égalité des soumissionnaires parce qu’il a été adopté au terme d’une procédure qui – en raison des faits rapportés par la requérante – aurait elle-même méconnu le principe d’égalité, il doit être constaté – à la lecture de la requête – que le grief de la requérante repose sur le postulat que la partie adverse a communiqué à un seul soumissionnaire une information, sans que les autres soumissionnaires aient été avertis de cet élément, ce qui – à suivre le raisonnement de la requérante – revient à privilégier un soumissionnaire au détriment des autres, en méconnaissance du principe d’égalité. Ce postulat et les conséquences que la requérante prétend en tirer ne peuvent être admis dès lors que, comme le fait valoir la partie adverse dans sa note d’observations, le seul opérateur informé par la partie adverse n’a pas participé à la procédure en déposant une offre et qu’aucun des soumissionnaires n’a, dans ces circonstances, bénéficié d’informations privilégiées.

Une atteinte au principe de transparence ne peut davantage être constatée au terme de l’examen effectué en extrême urgence. Lue en combinaison avec l’interdiction de proposer des variantes, l’indication, au point 3.4.1. du cahier spécial des charges, des spécifications techniques auxquelles devait répondre la structure principale du tour en fosse était suffisamment claire, intelligible et dénuée d’ambiguïté, en manière telle que les soumissionnaires soient mis en mesure d’élaborer leurs offres en connaissance de cause et qu’il ne puisse être insinué – à défaut d’éléments concrets qui appuieraient cette thèse – que la partie adverse n’a considéré la prescription litigieuse comme une exigence essentielle qu’*a posteriori*.

Le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

Dès lors qu’aucun des deux moyens soulevés à l’appui de la requête n’est déclaré sérieux, la demande de suspension ne peut être accueillie, et ce sans qu’il soit nécessaire de statuer sur d’autres motifs éventuels de rejet.

VI. Confidentialité

La requérante demande que les pièces 4 à 9 de son dossier soient maintenues confidentielles.

La partie adverse produit à titre confidentiel les offres déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, lesquelles offres sont identifiées comme étant les pièces A à C du dossier administratif.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 4 à 9 du dossier de la requérante et les pièces A à C du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 9 février 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy