

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

n° 250.316 du 9 avril 2021

A. 233.238/VI-22.015

En cause : **la société à responsabilité limitée BASTIEN,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN et
 Sébastien DEPRE, avocats,
 place Eugène Flagey 7
 1050 Bruxelles,

contre :

la province de Hainaut,
 représentée par son collège provincial,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Isabelle VAN KRUCHTEN et
 Baptiste CONVERSANO, avocats,
 place Eugène Flagey 18
 1050 Bruxelles,

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 mars 2021, la SRL Bastien, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de date inconnue de la partie adverse, par laquelle celle-ci a, notamment, décidé de déclarer nulle l'offre remise par la requérante dans le cadre du marché public ayant pour objet "l'acquisition d'un robot de traite" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 avril 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 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.

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

M^e Charles-Henri De La Vallée Poussin, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Isabelle Van Kruchten, avocat, comparaisant 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 contraire.

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 partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Le présent litige porte sur le marché public de fourniture relatif à l'acquisition d'un robot de traite. Le pouvoir adjudicateur est la Province de Hainaut.

2. La procédure de passation est la procédure ouverte, avec publicité belge. L'envoi de l'avis de marché a lieu le 29 octobre 2020. Le marché est régi par le cahier spécial des charges 2020/179.

3. Le robot est décrit comme il suit dans la partie "Description des exigences techniques" du cahier spécial des charges :

"Caractéristiques :

1. Distribution de minimum 3 aliments concentrés + propylène glycol.

Des silos d'occasions seront disposés dans la cour centrale par le soumissionnaire. Ils se trouvent actuellement à l'arrière du bâtiment près du site des lapineries désaffectées. (déménagement, adaptation, positionnement, raccordement au robot).

2. Le raccordement de l'arrivée de lait au tank doit être aménagée (entrée basse) sur un tank à lait Mueller de 3330 L de même que la synchronisation des lavages robot – tank.

3. Un récupérateur de chaleur doit être installé de façon à réchauffer l'eau d'abreuvement des vaches laitières à proximité du robot (à l'appréciation du soumissionnaire, voir plan d'implantation lors de la visite). L'abreuvoir ne sera pas fourni mais installé par le soumissionnaire.

4. Un bac tampon de minimum 200L sera installé entre le robot et le tank de façon à pouvoir stocker du lait pour les besoins de la fromagerie et pour les pompages de la laiterie sans arrêt du robot.

Le bac pourra être nettoyé automatiquement de façon individuelle.

5. La désinfection des manchons se fera à la vapeur pour ce faire, un adoucisseur de capacité suffisante (uniquement besoins du robot) doit être monté en parallèle.

6. Pour les besoins en air comprimé, un compresseur à vis de capacité suffisante pour le robot et pour l'alimentation de la presse de la fromagerie.

7. La pompe à vide sans huile de capacité suffisante pour le robot.

8. Trois caméras reliées au wifi permettant de visionner le robot et son environnement.

9. Un ordinateur sera fourni pour le bureau du robot et un accès aux commandes sur le robot seront prévus.

10. Si le système de reconnaissance du robot n'est pas compatible avec les colliers E-time actuellement présents sur les vaches, 60 colliers seront nécessaires pour équiper le troupeau.

11. Des analyses du lait seront possibles MG, prot, conductivité, présence de sang dans le lait, température, ... Le système sera évolutif et permettra d'ajouter des analyses complémentaires.

12. Dispositif de prélèvement du lait pour les veaux, programmable avec minimum deux cruches dans la laiterie.

13. Système d'écartement du lait d'une vache à problème (mammite, fraîche vêlée, traitement différent).

14. Possibilité d'orienter une vache dans une boxe d'isolement à la sortie du robot.

15. Système de pesée sous le robot, reliée au système de gestion du robot.

16. Système de pesée sous le robot avec lien informatique.

17. Garantie pièces et main d'oeuvre 2 ans minimum.

18. Écolage à la ferme pour 5-6 personnes (utilisateurs).

19. Suivi par la firme de l'utilisation pendant 1 an.

Frais de livraison, installation, mise en route, suivi de l'utilisation pendant 1 an et formation à l'utilisation de la machine pour 5 à 6 personnes inclus dans le prix remis."

4. L'ouverture des offres a lieu le 1^{er} décembre 2020. Quatre opérateurs économiques déposent offre :

Bastien SRL
Lizon Thomas
Rommelaere NV
Système de Traite et Refroidissement (S.T.R.) SPRL

5. Ces offres sont examinées par les services de la partie adverse. Un rapport d'analyse des offres est établi.

6. Par une décision du 4 mars 2021, le Collège provincial décide d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus intéressante au regard des critères d'attribution, soit à STR pour un montant de 155.750 euros HTVA. L'offre de la partie requérante est quant à elle déclarée irrégulière.

Il s'agit de la décision attaquée.

7. La décision est notifiée aux différents soumissionnaires par courrier du 4 mars 2021, dont la partie requérante qui se voit notifier les motifs de son éviction:

Votre offre a été déclarée nulle pour les motifs suivants :

- L'offre de la firme Bastien SPRL est irrégulière car elle ne propose pas de système de pesée sous le robot reliée au système de gestion du robot mais propose une variante, une caméra BCS. Les variantes étant interdites dans ce marché, il s'agit d'une irrégularité substantielle empêchant la comparaison des offres.

Elle propose une pompe à vide avec huile contrairement à la pompe à vide sans huile demandée. Il s'agit d'une irrégularité substantielle empêchant la comparaison des offres.

8. Le délai de standstill n'étant pas d'application, le marché est conclu avec l'attributaire par une notification du 4 mars 2021 ».

IV. Moyen nouveau

IV.1. Thèses des parties

À l'audience du 2 avril 2021, la requérante a soulevé un moyen nouveau, pris de la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des articles 4, 5, 8, 29 et, le cas échéant, 29/1 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 service et de concession; des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de proportionnalité et du raisonnable; du devoir de minutie; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir. Après avoir relevé qu'il est constamment admis que « Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que la partie adverse a bien procédé concrètement à la vérification des prix » (C.E., arrêt n° 248.086 du 28 juillet 2020) et fait état de la jurisprudence qui lui paraît pertinente, elle a fait valoir qu'en l'espèce, il ne ressort, ni du rapport d'examen des offres, ni du dossier administratif, que la partie adverse aurait procédé à un quelconque

contrôle des prix, de sorte que l'acte attaqué encourt la suspension de ce chef. Elle a conclu au caractère recevable et sérieux du moyen nouveau.

La partie adverse a reconnu que la requérante ne pouvait formuler ce moyen nouveau qu'après avoir pris connaissance du dossier administratif. Elle a toutefois contesté l'intérêt à ce moyen, au motif que l'offre déposée par la requérante avait été déclarée irrégulière.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

Par ailleurs, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens. Toutefois, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente, de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, l'illégalité alléguée apparaît bien évidente et a pu être débattue en tous ses aspects à l'audience, la partie adverse n'ayant d'ailleurs élevé aucune contestation à cet égard. Le moyen nouveau est donc recevable de ce point de vue.

S'agissant de l'objection de la partie adverse relative au fait que l'offre de la requérante a été écartée pour cause d'irrégularité substantielle, il doit être relevé que, même si la décision d'écarter cette offre était vainement critiquée par le moyen unique de la requête, l'absence de contrôle du prix proposé par le seul soumissionnaire dont l'offre n'a pas été écartée pour irrégularité au regard des prescriptions techniques prive la requérante de la chance qu'elle aurait eue de voir la partie adverse relancer la procédure de passation du marché litigieux, si – à la suite du contrôle des prix – il était apparu que l'offre de ce soumissionnaires devait être écartée pour prix anormaux. À la supposer vérifiée, l'illégalité ainsi alléguée par le moyen nouveau pourrait léser la requérante. L'exception ainsi opposée au moyen doit, en conséquence, être rejetée.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification ».

Les articles 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont libellés comme suit :

« Art. 33. Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 »;

« Art. 35. Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires ».

S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de la décision d'attribution du marché la raison pour laquelle un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de cette décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

En l'espèce, le grief formulé au titre du moyen nouveau n'est pas celui de l'absence d'indication formelle – dans la décision attaquée ou le rapport d'examen des offres sur lequel celle-ci s'appuie – de la normalité des prix proposés par le seul soumissionnaire dont l'offre n'a pas été écartée pour cause d'irrégularité au regard des exigences techniques. Ce que reproche plus fondamentalement la requérante à la partie adverse, c'est de ne pas établir qu'elle a effectivement procédé à la vérification des prix à laquelle elle était tenue en vertu des dispositions précitées.

Il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif tel qu'il a été déposé, et pas davantage de la décision attaquée, que la partie adverse aurait procédé à une vérification des prix. La partie adverse n'a, par ailleurs, fait état d'aucune considération révélant la raison pour laquelle elle se serait estimée dispensée de cette obligation de vérification des prix.

Le moyen nouveau doit, en conséquence, être déclaré sérieux.

V. 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. Elle déclare s'en référer à la sagesse du Conseil d'Etat sur cette question.

Le Conseil d'Etat n'identifie pas de telles conséquences.

VI. Confidentialité

La requérante sollicite le maintien de la confidentialité de son offre, qu'elle dépose et identifie comme étant la pièce 3 de son dossier.

La partie adverse demande également que soit maintenue la confidentialité des offres déposées dans le cadre de la procédure de passation, qu'elle identifie comme étant les pièces A à D 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.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision de date inconnue de la province de Hainaut, par laquelle celle-ci a décidé de déclarer nulle l'offre remise par la SRL Bastien dans le cadre du marché public ayant pour objet « l'acquisition d'un robot de traite » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à D du dossier administratif et la pièce 4 annexée à la requête 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^e chambre
siégeant en référé, le 9 avril 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy