CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 250.457 du 28 avril 2021

A. 222.471/VI-21.042

En cause : **la société anonyme SPORTINFRABOUW**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Vanessa PAUWELS, avocat,
rue de Céroux 31
1380 Lasne,

contre :

la commune d'Aywaille,
ayant élu domicile chez
M^es^ Pierre HENRY et
Thierry WIMMER, avocats,
rue du Palais 64
4800 Verviers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 juin 2017, la SA Sportinfrabouw demande l'annulation de « la décision prise par la commune d'Aywaille en date du 20 avril 2017 par laquelle elle conclut à la non-sélection du soumissionnaire Sportinfrabouw et attribue le marché "Remplacement du tapis synthétique du terrain de football de Sougné-Remouchamps", régi par le Cahier Spécial des Charges n° 2017-100, à la société momentanée sprl Devillers-SA Nonet ».

II. Procédure

Un arrêt n° 245.723 du 10 octobre 2019 a rouvert les débats et chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire.

Cet arrêt a été notifié aux parties.

M^me^ Élisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un

rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 5 février 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 mars 2021.

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

M^e^ Guillaume Poulain, *loco* M^e^ Vanessa Pauwels, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Gaëtan Bihain, *loco* M^es^ Thierry Wimmer et Pierre Henry, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint, 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

1. La partie adverse lance un marché public de travaux, ayant pour objet le « remplacement du tapis synthétique du terrain de football de Sougné-Remouchamps ».

2. L'avis de marché est envoyé le 13 mars 2017 pour publication dans le *Bulletin des adjudications*.

Le mode de passation choisi est la procédure négociée directe avec publicité, sur la base de l'article 26, § 2, 1°, d), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

3. Le cahier spécial des charges comprend, notamment, les dispositions suivantes :

 L'objet du marché est décrit comme suit (point I.1.) :

« Remplacement du tapis synthétique du terrain de football de Sougné-Remouchamps ».

 Les dispositions relatives au droit d'accès et à la sélection qualitative se lisent comme suit (point I.5) :

« Le formulaire d'offre doit être accompagné des pièces suivantes :
Situation juridique du soumissionnaire (droit d'accès)
- Par le seul fait de participer à la procédure de passation du marché, le soumissionnaire atteste qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 20 §§ 1 et 1/1 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et certains marchés de travaux, fournitures et de services et articles 61 à 66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- La vérification de la situation fiscale sera faite par le Pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc qui lui donne un accès sécurisé aux bases de données fédérales en matière fiscale.
- L'attestation ONSS de l'adjudicataire pressenti sera téléchargée sur le site Télémarc.
- Un extrait du casier judiciaire sera réclamé à l'adjudicataire pressenti.
* Le soumissionnaire et ses sous-traitants devront joindre à leur offre une déclaration explicite sur l'honneur indiquant qu'ils respecteront "la Charte contre le dumping social dans les marchés publics de la commune d'Aywaille" dans l'exécution des marchés. L'absence de cette déclaration sur l'honneur sera une clause d'exclusion du soumissionnaire et de ses sous-traitants.
Capacité économique et financière du soumissionnaire (sélection qualitative)
Un document certifiant que le soumissionnaire satisfait aux exigences de la catégorie G4 classe 2
Niveau(x) minimal(aux); Un document certifiant que le soumissionnaire satisfait aux exigences de la catégorie G4 classe 2
Capacité technique du soumissionnaire (sélection qualitative)
- Un document certifiant que le soumissionnaire satisfait aux exigences de la catégorie G4 classe 2
Niveau(x) minimal(aux) : Un document certifiant que le soumissionnaire satisfait aux exigences de la catégorie G4 classe 2
- joindre à la soumission une attestation prouvant la réalisation d'un terrain de football synthétique certifié FIFA quality Pro au cours des trois dernières années sous peine de nullité de l'offre
Agréation des entrepreneurs requise (catégorie et classe – la classe est déterminée au moment de l'attribution du marché)
G4 (Revêtements spéciaux pour terrains de sport), Classe 2 »

 En ce qui concerne les variantes, le cahier spécial des charges dispose (point 1.12):

« Il est interdit de proposer des variantes libres.
La variante obligatoire suivante est prévue :
Gazon synthétique avec une couche d'amortissement (Shockpad)
Les soumissionnaires sont obligés de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante obligatoire.
Aucune variante facultative n'est prévue ».

 La description des exigences techniques (point III du cahier des charges) comporte :

- un point A relatif à l'offre de base, décrivant précisément les prestations à effectuer et la qualité du gazon synthétique à placer; il est notamment précisé que le gazon synthétique « devra être certifié FIFA Quality Pro (joindre en fin de chantier les résultats des tests conformes au programme de qualité de la FIFA) » (p. 14 du cahier des charges);

- un point B relatif à la variante obligatoire décrivant précisément les prestations à effectuer et la qualité du gazon synthétique à placer, qui se distingue notamment par le fait qu'il « sera composé d'une couche d'amortissement (Shockpad), d'un revêtement synthétique, de matériaux de remplissage », étant entendu qu'il devra également « être certifié FIFA Quality Pro » (p. 17 du cahier des charges).

4. À la date de l'ouverture des offres, le 5 avril 2017, quatre soumissionnaires ont déposé, chacun, une offre de base et une variante obligatoire :
- SHEERLINCK
- SA SPORTINFRABOUW
- IDEMA SPORT
- A.M. SPRL DEVILLERS et SA NONET.

5. Un rapport d'analyse des offres est établi le 20 avril 2017.

 Sur la sélection qualitative, il se conclut de la façon suivante :

« Conclusion de la sélection qualitative

Les soumissionnaires suivants ont été exclus ou leurs soumissions contiennent des manquements essentiels, et ne sont donc pas sélectionnés :

Nom	Motivation
SPORTINFRABOUW	Absence d'une attestation prouvant la réalisation d'un terrain de football synthétique certifié FIFA quality PRO au cours des trois dernières années : nullité de l'offre (cfr CSC)
Idema Sport	Absence d'une attestation prouvant la réalisation d'un terrain de football synthétique certifié FIFA quality PRO au cours des trois dernières années : nullité de l'offre (cfr CSC)

Les soumissionnaires suivants sont sélectionnées (manquement éventuels non-essentiels):

Nom	Motivation
SCHEERLINCK	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur et en ordre pour les autres critères de la sélection qualitative En ordre après vérification de la déclaration sur l'honneur
Association momentanée SPRL DEVILLERS et SA NONET	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur et en ordre pour les autres critères de la sélection qualitative En ordre après vérification de la déclaration sur l'honneur

».

 Sur l'examen de la régularité matérielle des offres, il se conclut de la façon suivante :

« Conclusion de l'examen formel et matériel des offres

Les offres suivantes sont déclarées comme nulles ou irrégulières :

N°	Nom	Motivation
1	SCHEERLINCK – OFFRE DE BASE	Le revêtement n'est pas certifié FIFA Qualité Pro (cf CSC)
7	Association momentanée SPRL DEVILLERS et SA NONET – OFFRE DE BASE	Le revêtement n'est pas certifié FIFA Qualité Pro (cf CSC)

Les offres suivantes sont considérées comme régulières (irrégularités éventuelles non-essentielles) :

N°	Nom	Motivation
2	SCHEERLINCK – VARIANTE OBLIGATOIRE	En ordre
8	Association momentanée SPRL DEVILLERS et SA NONET – VARIANTE OBLIGATOIRE	En ordre

».

 Le rapport se conclut sur la proposition suivante :

« Sur base de la sélection qualificative des soumissionnaires, de l'examen formel et matériel des offres et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré d'attribuer le marché à l'entreprise ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit Association momentanée SPRL DEVILLERS et SA NONET – VARIANTE OBLIGATOIRE, Rue de l'Expansion, 10 à 4460 GRACE-HOLLOGNE, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 248.051,05 € hors TVA ou 300.141,77 €, TVA comprise (après négociation) (14,25 % de moins que l'estimation ».

6. La décision d'attribution, conforme au rapport d'analyse, est adoptée par le Collège communal le 20 avril 2017. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante expose qu'elle a un intérêt certain à contester l'acte attaqué, parce que les irrégularités qui l'entachent ont eu pour effet qu'elle n'a pas été sélectionnée et que le marché a été attribué à un autre soumissionnaire.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt au recours. En substance, elle concède que c'est en raison d'une « regrettable erreur matérielle » que l'offre de la partie requérante n'a pas été sélectionnée, mais elle ajoute que ce constat « n'emporte pas automatiquement la régularité de son offre ». Plus précisément, elle expose que l'offre de la requérante « n'aurait pas pu se voir désigner adjudicataire de ce marché public de travaux étant donné que son offre de base et sa variante obligatoire étaient toutes deux entachées d'une irrégularité substantielle ». Elle se réfère à la page 15 du cahier spécial des charges, et spécialement à l'exigence relative à l'épaisseur de fibre de minimum 400 Microns (monofilament) ou 350 Microns (bifilaments). Selon elle, « la partie requérante a proposé une offre et une variante obligatoire ne respectant pas cette exigence », puisque « l'épaisseur proposée n'était que de 360 Microns (monofilament). Il en résulte, selon la partie adverse, une irrégularité substantielle.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que son offre est régulière.

Elle rappelle les exigences du cahier spécial des charges et précise qu'elles sont bien remplies « dès lors que les mesures de la FIFA sont à prendre en compte avec une tolérance de 10 % ». Elle renvoie, à ce sujet, à la pièce n° 15 de son dossier. Elle expose que les mesures « dtex » sont renseignées avec une tolérance de 10 %, que le « dtex » est une unité de mesure de la masse linéique des fils, ou, en d'autres termes, qu'il s'agit de la masse, en kilogrammes, du fil par mètre. Elle précise que cette masse varie uniquement en fonction de l'épaisseur de la fibre et qu'« une tolérance de +- 10 % sur le dTex implique donc nécessairement une tolérance de 10 % sur l'épaisseur de la fibre ». Cela entraine, selon elle, que « le

produit peut être fabriqué avec une épaisseur de fil allant de 10 % en plus à 10 % en moins, ou avec toute épaisseur entre ces deux mesures ». Données chiffrées à l'appui, elle conclut que « [l]'exigence technique est donc remplie ».

La requérante explique ensuite que « de manière générale, il existe deux types de fibres : les fibres "monofilament" et les fibres "fibrillées"». Les premières s'apparentent chacune à des brins d'herbe. Les secondes se présentent sous la forme de « languettes "entaillées" ». Selon elle, la notion de fibre « bifilament » n'est pas communément admise dans le secteur du gazon synthétique. S'il faut comprendre que deux types de fibres doivent être présents, elle estime que ses produits peuvent être considérés comme « bifilaments » parce que les fils sont de deux couleurs différentes. La requérante indique que « l'interprétation selon laquelle « bifilament » signifie un mélange de fibre monofilament et de fibre fibrillée ne saurait être retenue, dans la mesure où les fibres fibrillées sont en général d'une épaisseur de 130 µm.

D. Dernier mémoire de la partie adverse après réouverture des débats

La partie adverse ne formule pas d'observation.

E. Dernier mémoire de la requérante après réouverture des débats

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 6. En ce qui concerne l'épaisseur de 360 microns retenue, il y a lieu de constater qu'en page 11 des deux *Laboratory test reports* établis par la FIFA, les épaisseurs sont de 378 microns pour le Fieldturf 360 XL 60-16 (pièce n°12) et de 370 microns pour le Fieldturf 360 XL 45-17 (pièce n°13), de sorte que le chiffre de 360 est un minimum qui peut être atteint lors de la production du fil.

7. Contrairement à ce que retient l'Auditeur, une tolérance de plus ou moins 10 % sur la masse linéique du fil en dtex implique une tolérance similaire sur l'épaisseur de la fibre en microns, dans la mesure où ces deux mesures sont liées, de sorte que l'offre était en toute hypothèse régulière.
Comme développé dans le mémoire en réplique de la requérante, le décitex (dtex) est l'unité internationale de finesse des fibres textiles, qui exprime le poids en kilogramme du fil par mètre.
La "thickness" à laquelle se réfère la fiche technique est exprimée en microns, définis comme une unité de longueur qui équivaut à la millième partie du millimètre.
L'épaisseur d'un fil en microns et la densité d'un fil en décitex (dtex) sont donc interdépendantes. En effet, le dtex correspondant à une masse pour une longueur donnée, la variation de l'épaisseur de la fibre est nécessairement proportionnelle à une variation de la masse.
Une tolérance peut donc raisonnablement être appliquée pour l'épaisseur en microns, à l'instar de la densité en dtex, de sorte que l'exigence de 400 microns

pouvait être considérée comme remplie.

8. De surcroît, Votre Conseil peut également raisonnablement considérer que la partie adverse a accepté cette épaisseur en ce que les fibres présentées par la société SPORTINFRABOUW correspondent à des bifilaments, pour lesquels l'épaisseur minimale est de 350 microns.
En effet, la partie adverse ne présente pas de définition de la fibre “bifilament”, bien que cette notion ne soit pas unanimement définie dans le milieu. Par fibre “bifilament”, on peut notamment comprendre que deux types de fibres doivent être présentes. Dans cette hypothèse, les produits proposés par la SA SPORTINFRABOUW peuvent être qualifiés de “bifilaments” car les fils sont de deux couleurs différentes : les couleurs RAL n°6025 et RAL n°6003 (voir pages 6 des pièces n° 12 et 13 — FIFA Laboratory test reports pour les deux produits proposés).
Partant, la société SPORTINFRABOUW répondait à l'exigence technique de 350 microns pour les bifilarnents.

9. En toute hypothèse, la partie requérante se réfère à l'analyse de l'Auditeur rapporteur concluant à l'absence d'irrégularité substantielle de son offre sur ce point.
En effet, une telle irrégularité, à la considérer établie, ne constituait pas une violation d'une prescription essentielle des documents du marché.
La partie adverse n'a pas attaché une portée essentielle à cette prescription dans les documents du marché.
Le caractère essentiel de cette épaisseur ne se déduit pas davantage au regard du marché concerné, dans la mesure où il ne s'agit que d'une exigence parmi d'autres, dont le non-respect ne compromettait nullement la réalisation des travaux.

10. Enfin, comme le relève l'Auditeur rapporteur, l'analyse des offres et la décision d'attribution ne font pas état d'une quelconque analyse de cette épaisseur.
La partie adverse ne peut, dans le cadre d'un recours en annulation, soulever des motifs d'irrégularité qu'elle n'a pas fait valoir lors de l'adoption de la décision attaquée.
En ne faisant pas état de cette irrégularité dans son rapport d'analyse des offres, la partie adverse a validé l'épaisseur de l'offre de base et de la variante présentées par la société SPORTINFRABOUW.
La requête est dès lors recevable en ce que la société SPORTINFRABOUW a intérêt au recours.

11. Pour le surplus, la société SPORTINFRABOUW se réfère aux arguments développés dans son mémoire en réplique ».

IV.2. Appréciation du Conseil d’État

Il ne peut être reproché à la partie adverse d’invoquer pour la première fois devant le Conseil d’État, et donc tardivement, l’irrégularité dont elle estime affectée l’offre de la requérante. En effet, celle-ci n’ayant pas été sélectionnée, la partie adverse ne s’est pas prononcée sur la régularité de son offre dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. La requérante ne peut donc être suivie lorsqu’elle soutient, au point 10 de son dernier mémoire après réouverture des débats, qu’ « [e]n ne faisant pas état de cette irrégularité dans son rapport d’analyse des offres, la partie adverse a validé l’épaisseur de l’offre de base et de la variante

présentées par la société SPORTINFRABOUW ».

Dans son rapport rédigé sur la base de l'article 13 du Règlement général de procédure, Madame le premier auditeur rend compte de son examen de l'exception d'irrecevabilité dans les termes suivants :

« 3. Toute irrégularité matérielle ne constitue pas nécessairement une irrégularité substantielle et ne justifie donc pas l'écartement d'office de l'offre concernée. Conformément à la jurisprudence constante :

"Toute irrégularité de l'offre au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'entraîne pas d'office l'écartement de celle-ci. Il revient en effet à l'autorité adjudicatrice de constater valablement en fait l'existence d'une irrégularité, de qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle, d'énoncer les motifs, conformes à l'article 95, sur lesquels elle se fonde pour ce faire, de tirer les conséquences de cette qualification et, si l'irrégularité est qualifiée de non-substantielle, de motiver la décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité".
S'agissant, plus précisément d'une non-conformité aux prescriptions techniques du cahier des charges :
"Il découle, notamment, du paragraphe 3, alinéa 1er, qu'une offre qui ne respecte pas les dispositions des documents du marché concernant les spécifications techniques est affectée d'une irrégularité substantielle si ces dispositions sont essentielles. Dans un tel cas, le paragraphe 4 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, qui doit constater la nullité de l'offre.
Il se déduit toutefois du même paragraphe 3, alinéa 1er, que l'offre qui ne respecte pas les spécifications techniques n'est affectée d'une irrégularité substantielle que si la disposition qui impose ces spécifications techniques est essentielle. L'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne définit toutefois pas ce qu'il y a lieu d'entendre par une disposition essentielle. En l'absence d'autre indication, il convient donc de considérer que, conformément au sens que donne le langage commun à ces termes, une disposition essentielle sur le plan matériel est soit une disposition à laquelle son auteur a voulu attacher une telle portée, soit une disposition à laquelle ce caractère s'attache par nature au regard du marché concerné".

4. En l'occurrence, le cahier des charges ne fait pas expressément de cette prescription particulière une disposition essentielle.
Il n'apparaît pas non plus que les auteurs du rapport d'analyse des offres aient spécifiquement vérifié ce point, lors de l'examen de la régularité matérielle des offres sélectionnées. Le seul élément qui a fait l'objet d'un examen systématique, sous l'angle de la régularité matérielle, est la certification "FIFA Qualité Pro", qui a d'ailleurs conduit à écarter certaines offres.
Ainsi, il n'apparaît pas que la partie adverse ait considéré que l'épaisseur minimale de la fibre était une prescription essentielle du cahier spécial des charges.

5. Le Conseil d'État ne peut présumer du résultat auquel aurait mené l'analyse de la régularité matérielle de l'offre de la partie requérante.
La partie adverse aurait parfaitement pu considérer qu'une épaisseur de 360 microns au lieu de 400 permettait de satisfaire le besoin, au regard de l'ensemble des caractéristiques techniques du produit proposé (et notamment de la certification FIFA Qualité Pro) et retenir l'offre malgré l'irrégularité non-substantielle qu'elle aurait éventuellement constatée.

L’exception soulevée par la partie adverse ne peut être retenue ».

Le Conseil d’État n’aperçoit pas de raison de s’écarter de cette analyse à laquelle la requérante déclare expressément se rallier, au point 9 de son dernier mémoire après réouverture des débats, tandis que la partie adverse ne formule à ce sujet aucune observation. L’exception d’irrecevabilité doit donc être rejetée pour ces motifs, et ce sans qu’il soit nécessaire d’avoir égard à l’argumentation exposée aux points 7 et 8 du dernier mémoire de la requérante après réouverture des débats, et relative notamment à la tolérance de dix pourcent sur la masse linéique du fil, dont cette partie se prévalait.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 58, § 1er, 68 et 69 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d’égalité entre les soumissionnaires, du principe de transparence, du principe général de la motivation matérielle des actes administratifs et de la censure de l’erreur manifeste d’appréciation, ainsi que de la violation des articles 4, 8° 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 et de certains marchés de travaux de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle fait valoir que c’est à tort que la partie adverse considère qu’elle n’a pas remis d’attestation prouvant la réalisation d’un terrain de football synthétique certifié FIFA Quality Pro au cours des trois dernières années. Elle affirme avoir bien déposé les attestations nécessaires pour prouver sa capacité technique et professionnelle, en ce compris les attestations prouvant la réalisation d’un terrain de football synthétique certifié FIFA Quality PRO. Elle renvoie à la page 8 et à l’annexe 4 de son offre dans laquelle elle présente les nombreuses attestations prouvant la réalisation d’un terrain de football certifié FIFA Quality PRO au cours des trois dernières années. Elle dépose la preuve que les revêtements proposés ont fait l’objet de tests accrédités par la FIFA.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse admet que « plusieurs attestations étaient annexées à l'offre soumise à la Commune d'AYWAILLE par la S.A. SPORTINFRABOUW » et indique qu'elle « ne peut dès lors que regretter l'erreur matérielle commise sur base de laquelle a été décidée la nullité de l'offre déposée ». Elle se réfère donc au Conseil d'État sur ce premier moyen, mais elle répète qu' « eu égard au non-respect de l'exigence relative à l'épaisseur de fibre contenue dans le Cahier spécial des charges, la S.A. SPORTINFRABOUX ne se serait, en tout état de cause, pas vue attribuer le marché en raison de l'existence d'une irrégularité substantielle ».

C. Mémoire en réplique

La requérante prend acte de ce que la partie adverse reconnaît son erreur matérielle et répète en quoi les principes et dispositions visés au moyen sont violés selon elle.

D. Dernier mémoire de la partie adverse après réouverture des débats

La partie adverse ne formule pas d'observation.

E. Dernier mémoire de la requérante après réouverture des débats

La requérante déclare se référer au rapport de Madame le Premier auditeur.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, parce que celle-ci n'aurait pas remis d'attestation prouvant la réalisation d'un terrain de football synthétique certifié « FIFA Quality Pro » au cours des trois dernières années.

Cette décision repose sur un motif erroné en fait, comme le reconnaît la partie adverse.

Il s'ensuit que le premier moyen est fondé.

VI. Second moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, pris de la violation des articles 9 et 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du non-respect du cahier spécial des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de transparence et de la censure de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait valoir que le cahier des charges imposait de déposer une offre de base et une variante obligatoire et que les offres de base des deux soumissionnaires sélectionnés ont été jugées irrégulières au stade de l'examen de la régularité matérielle des offres, parce que leur revêtement n'était pas certifié FIFA Qualité Pro. Elle expose que le cahier des charges impose la remise d'une offre de base et d'une variante obligatoire, conformément à l'article 9, § 1er, 1°, *in fine* de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, « sous peine d'irrégularité complète de son offre ». Elle indique que l'absence d'offre de base régulière équivaut à une absence d'offre de base et précise que la partie adverse n'avait pas fait usage de la possibilité offerte par l'article 9, § 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, « d'imposer une variante facultative, dans laquelle le pouvoir adjudicateur peut ou non imposer la remise d'une offre pour la solution de base ». Selon elle, le pouvoir adjudicateur « devait conclure à l'irrégularité de l'entièreté de l'offre des soumissionnaires sélectionnés et ne pouvait substituer les offres en variante aux offres de base irrégulières ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que « l'irrégularité de la variante obligatoire n'entraîne pas l'irrégularité de la soumission de base compte tenu de leur existence séparée ». Elle se réfère, sur ce point à un arrêt rendu par le Conseil d'État le 8 février 1994. Elle en déduit que « l'offre de base et la variante obligatoire doivent être examinées comme deux offres séparées, soumises chacune à un examen de régularité spécifique ». Se référant à un arrêt du 18 février 1987, elle ajoute que « la présentation d'une variante en l'absence d'une offre de base conforme au Cahier spécial des charges peut justifier le rejet de l'offre pour irrégularité mais ne le doit pas en toute circonstance ». Enfin, elle ajoute en se référant au Rapport au Roi, que

« la question de savoir si tant l'offre de base que la variante sont régulières se résout en effectuant un double examen; que le premier concerne le dépôt de ces différents types d'offres; que si cette étape est franchie avec succès, il convient alors d'examiner la régularité de chacune des offres déposées afin d'en déterminer l'influence mutuelle éventuelle en termes de régularité ». Elle conclut qu'il lui était loisible de retenir la régularité de la variante obligatoire, nonobstant l'irrégularité de l'offre de base déposée.

C. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique que l'enseignement de l'arrêt n° 46.050 de 1994 ne peut être appliqué à la réglementation de 2006, qui prévoit expressément que « les soumissionnaires sont obligés de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante ». Elle ajoute que l'arrêt concerne l'irrégularité de la variante et non l'irrégularité de l'offre de base.

D. Dernier mémoire de la partie adverse après réouverture des débats

La partie adverse ne formule pas d'observation.

E. Dernier mémoire de la requérante après réouverture des débats

La requérante déclare se référer au rapport de Madame le Premier auditeur.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse a déclaré irrégulières les offres de base des deux soumissionnaires sélectionnés, au motif que les revêtements que ceux-ci avaient proposés n'étaient pas certifiés « FIFA Qualité Pro » et a attribué le marché litigieux au terme de la comparaison des deux variantes obligatoires.

Tel qu'applicable en l'espèce, l'article 9 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques était libellé comme suit :

« § 1er. Il existe trois types de variante :
1° la variante obligatoire : dans ce cas, le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée d'un projet de base et d'une ou plusieurs variantes; les soumissionnaires sont obligés de présenter une offre à la

fois pour le projet de base et pour chaque variante;
2° la variante facultative : dans ce cas, le pouvoir adjudicateur décrit dans les documents du marché l'objet, la nature et la portée de plusieurs variantes, dont une peut être désignée comme solution de base. Les soumissionnaires peuvent présenter une offre pour une ou plusieurs variantes. Le pouvoir adjudicateur peut imposer dans les documents du marché la remise d'une offre pour la solution de base;
3° la variante libre : elle peut être présentée d'initiative par les soumissionnaires. Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable est obligatoire, le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'avis de marché s'il en autorise l'introduction et, dans l'affirmative, dans les documents du marché les exigences minimales auxquelles elle doit répondre.
§ 2. Des variantes obligatoires ou facultatives peuvent être utilisées dans toutes les procédures de passation. Les variantes libres ne sont pas autorisées en adjudication.
Les documents du marché précisent si les variantes sont introduites par une offre distincte ou dans une partie séparée de l'offre.
§ 3. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une variante libre pour la seule raison qu'un marché de services deviendrait un marché de fournitures ou inversement ».

Relativement à cette disposition, le Rapport au Roi exposait notamment ce qui suit :

« La question de savoir si tant l'offre de base que la variante sont régulières se résout en effectuant un double examen. Le premier concerne le dépôt de ces différents types d'offres. Si cette étape est franchie avec succès, il convient alors d'examiner la régularité de chacune des offres déposées afin d'en déterminer l'influence mutuelle éventuelle en termes de régularité.
Par exemple, en cas de variante obligatoire, le soumissionnaire est obligé de remettre offre tant pour l'offre de base que pour chaque variante obligatoire, sous peine d'irrégularité complète de son offre.
En cas de variantes facultatives, le soumissionnaire peut dorénavant introduire une offre pour une ou plusieurs variantes et il ne sera plus obligé d'introduire une offre pour une solution de base. Le pouvoir adjudicateur peut cependant désigner une variante facultative comme solution de base et rendre obligatoire l'introduction d'une offre pour celle-ci. Ces nouvelles dispositions permettent davantage de souplesse et tendent à élargir la concurrence.
L'absence d'une variante facultative ne rend donc pas nécessairement l'offre de base irrégulière. En cas de dépôt de la seule variante facultative sans offre pour la solution de base, l'ensemble de l'offre sera irrégulière si les documents du marché imposaient la remise d'une telle offre mais pas dans le cas contraire ».

Il se déduit de cette disposition et de l'interprétation qu'elle appelle à la lecture du Rapport au Roi que l'obligation de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante et la sanction qui doit s'attacher à la méconnaissance de cette obligation seraient dépourvues de portée utile s'il suffisait de déposer une offre de base affectée d'une irrégularité substantielle pour y échapper.

Ayant écarté les offres de base des deux soumissionnaires concernés au motif qu'elles étaient irrégulières, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître

l'article 9, § 1er, 1°, précité, considérer, implicitement mais certainement, qu'elles avaient été régulièrement déposées et qu'il était ainsi satisfait à l'obligation de faire offre pour le projet de base et la variante obligatoire, afin de prendre en considération les variantes obligatoires de ces soumissionnaires et d'attribuer le marché au terme et sur la base de leur comparaison.

Le second moyen est fondé.

VII. Confidentialité

Dans son dernier mémoire après réouverture des débats, la requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 6 à 13, ainsi que 15, de son dossier.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées à la requérante, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

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

La partie adverse 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 requérante.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision prise par la commune d'Aywaille en date du 20 avril 2017 par laquelle elle conclut à la non-sélection du soumissionnaire Sportinfrabouw et attribue le marché « Remplacement du tapis synthétique du terrain de football de Sougné-Remouchamps », régi par le Cahier Spécial des Charges n° 2017-100, à la société momentanée SPRL Devillers-SA Nonet est annulée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le 28 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
David De Roy,	conseiller d'État,
Florence Piret,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba Imre Kovalovszky