

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

n° 259.193 du 19 mars 2024

A. 241.302/VI-22.769

En cause : **la société anonyme TRADECO BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Méry 42
4130 Esneux,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Marie BOURGYS, avocate,
Chemin de la Maison du Roi 34C
1380 Lasne.

Parties requérantes en intervention :

1. **la société anonyme BEMAT**,
2. **la société anonyme LES ENTREPRISES
GILLES MOURY**,

ayant élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et
Lofti BOUHYAOUI, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 février 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 6 février 2024, notifiée par mail et recommandé du 7 février 2024, relative à l'attribution du marché de travaux relatif à la construction d'une école fondamentale et abords à Jemeppe-Sur-Sambre rue François Hittelet 89 à 5190 JEMEPPE-SUR-SAMBRE ».

Par une requête introduite le 11 mars 2024, la requérante demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 mars 2023.

Par un courriel du 26 février 2024, l'affaire a été remise à l'audience du 7 mars 2024.

Par une requête introduite le 5 mars 2024, les sociétés anonymes « Bétons et Matériaux » (en abrégé BEMAT) et « Les entreprises Gilles Moury » demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

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

M^e Gaël Tilman *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Christen Nzazi et Yves Schneider *loco* M^e Marie Bourgys, avocats, comparaissant pour la partie adverse, M^e Lofti Bouhyaoui, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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

Les faits utiles à l'examen de la demande sont, pour l'essentiel, exposés dans l'arrêt n° 258.616 du 26 janvier 2024, auquel il y a lieu de se référer.

À la suite de cet arrêt, qui ordonne notamment la suspension de l'exécution de la décision du 8 décembre 2023 par laquelle la partie adverse avait, une première fois, attribué le marché litigieux, doivent être mentionnés les éléments suivants, que fait valoir la partie adverse dans sa note d'observations :

« Suite à cet arrêt, la partie adverse a procédé au retrait de la décision du 8 décembre 2023 par une décision motivée datée du 6 février 2024 (pièce 17).

Cette décision motivée de retrait a été notifiée à l'ensemble des soumissionnaires par courrier recommandé et courriel du 7 février 2024 (pièces 18.a à 18.h).

Elle a, par ailleurs, refait le rapport d'analyse des offres et la décision motivée d'attribution en tenant compte des motifs exposés par l'arrêt de suspension n° 258.616 du 26 janvier 2024 (pièce 19).

Le rapport d'analyse des offres, signé le 1er février 2024 propose□ :

- de déclarer l'offre de la société THOMAS et PIRON nulle pour cause d'irrégularité substantielle, en raison de l'absence de remise d'une annexe du PGSS alors que le cahier spécial des charges précisait que la remise des annexes jointes au PGSS constituait une exigence substantielle□ ;
- d'écarter l'offre de la requérante ainsi que celles des sociétés S.A. LIXON – S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG, S.A. DUCHENE, S.A. FRANKI et S.A. Entreprises réunies R. DE COCK – S.A. WYCOR pour cause d'irrégularité substantielle□ ;
- d'attribuer le marché au seul soumissionnaire ayant remis une offre régulière, à savoir la société simple S.A. BEMAT – S.A. Les entreprises Gilles Moury.

Plus particulièrement concernant l'offre de la requérante, le rapport d'analyse des offres propose de l'écarter pour cause d'irrégularité substantielle pour les motifs suivants□ :

1. S.A. TRADECO BELGIUM

Le soumissionnaire a transmis les justifications de l'ensemble des postes soumis à vérification. Dans sa réponse, l'entreprise TRADECO BELGIUM indique notamment avoir commis « *une erreur matérielle et manifeste due à une faute d'encodage* » dans son offre initiale dans le mètre électricité au niveau du poste 71.11.1.a - Installation MT/HT – Production - Raccordement au réseau MT/HT - Raccordement MT - < 1.000 kVA. Il modifie dès lors le montant relatif à ce poste.

Pour le pouvoir adjudicateur cette modification n'est pas acceptable au motif que cette erreur ne peut être qualifiée d'erreur matérielle.

La jurisprudence du Conseil d'Etat définit l'erreur purement matérielle comme celle « *qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat différent de celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire et dont la réalité ne peut prêter à discussion* ». (C.E., 27 mars 2019, n° 244.037).

La doctrine précise également à ce sujet qu' « *il s'agit donc d'erreurs dont l'existence est évidente, qui peuvent être corrigées par une simple précision, et qui ne mettent pas en péril la comparabilité objective des offres. A l'inverse, l'erreur « dont la rectification impose au pouvoir adjudicateur de se livrer à des supputations » ne peut être considérée comme une erreur matérielle. La jurisprudence aborde la possibilité de faire rectifier les erreurs matérielles connues dans les offres de manière restrictive, sous peine de violer le principe d'intangibilité des offres et celui d'égalité entre les soumissionnaires, qui leur sont sous-jacents* »¹.

Dès lors que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de corriger les « *erreurs purement matérielles* » constitue une dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt, elle doit être interprétée strictement.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne trouve aucun lien plausible entre le montant initial et une éventuelle faute de frappe du soumissionnaire. Rien ne lui permet de supposer à la lecture de l'offre que le poste 71.11.1.a. ne correspondait pas au prix voulu par le soumissionnaire. La justification relative à l'erreur matérielle ne peut donc pas être acceptée.

En réalité, le pouvoir adjudicateur constate qu'il n'est pas face à une erreur matérielle, mais face à une modification de prix d'un poste après le dépôt des offres, en violation du principe d'intangibilité des offres après leur dépôt et du principe d'égalité entre les soumissionnaires. Pour ce seul motif, l'offre du soumissionnaire doit donc être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'ARP.

[...]

Le 6 février 2024, la partie adverse décide, sur la base du rapport d'analyse des offres « ☐ faisant partie intégrante de la présente décision motivée d'attribution ☐ » (pièce 12) ☐ :

- d'écarter l'offre de la société THOMAS et PIRON, de la requérante, des sociétés S.A. LIXON – S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG, de la S.A. DUCHENE, de la S.A. FRANKI et de la S.A. Entreprises réunies R. DE COCK – S.A. WYCOR pour cause d'irrégularité substantielle ☐ ;

- d'attribuer le marché au groupement formé par la S.A. BEMAT et la S.A. Les Entreprises Gilles Moury pour un montant total de 11.028.000,15 euros HTVA et de 11.689.680,16 euros TVAC (6%).

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision d'attribution a été notifiée aux soumissionnaires par courrier recommandé et courriel du 7 février 2024 (pièce 20.a à 20.h) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 5 mars 2024, les sociétés anonymes « Bétons et Matériaux » (en abrégé BEMAT) et « Les entreprises Gilles Moury » demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires de la décision d'attribution du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Second moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, pris « de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4, 83 et 84 ; [de] l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 34, 35, 36 et 76 ; de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment en ses articles 4, 5, 8 ; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; des principes généraux du droit et notamment du principe de transparence et du principe d'égalité de traitement ; du devoir de minutie ; pris de l'erreur manifeste d'appréciation ». Elle le résume dans les termes suivants :

« La partie requérante prend un deuxième moyen qui considère en l'espèce que c'est à tort que la partie adverse a considéré que l'offre de la requérante était frappée d'une irrégularité substantielle.

Il n'y a pas eu de modification de son offre par la requérante.

La justification invoquée mentionne une erreur dans l'établissement du prix.

Si une telle justification ne serait en principe pas admissible, le poste étant négligeable il n'est en toute hypothèse pas susceptible de justifier l'écartement de l'offre de la requérante.

En toute hypothèse, la partie adverse ne démontre pas ici que l'égalité entre les soumissionnaires serait rompue ».

B. Note d'observations

La partie adverse conteste qu'il soit, en l'espèce, question d'une erreur matérielle et estime n'avoir commis aucune erreur en visant l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dont l'application n'est pas exclue par l'article 36 de ce même arrêté. Elle soutient qu'elle ne pouvait, en dehors des conditions strictement définies par les arrêtés royaux, accepter une modification de l'offre de la requérante, et ce conformément au principe d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques et à l'obligation de transparence.

C. Requête en intervention

Résumant leur thèse, les requérantes en intervention soulignent, tout d'abord, que la requérante n'a pas d'intérêt au moyen dans la mesure où son offre a été régulièrement écartée en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée en raison de l'absence de justification pour le prix du poste litigieux. Elles poursuivent en observant ce qui suit :

« Or, comme l'a jugé Votre Conseil, le constat d'une seule irrégularité substantielle justifiant l'écartement de l'offre suffit, nonobstant l'illégalité éventuelle d'autres constats d'irrégularités de l'offre.

Concernant la réfutation du second moyen, les requérantes en intervention exposent que c'est à bon droit qu'une irrégularité substantielle a été constatée dans l'offre de la requérante en raison de la modification apportée à son offre. En effet, il appartient au pouvoir adjudicateur de rectifier une erreur purement matérielle dans l'offre. Dans la mesure où la justification apportée par la requérante ne pouvait pas être acceptée, la correction de l'offre a été considérée comme une modification irrégulière de celle-ci.

Cette modification est d'ailleurs de nature à l'avantager puisqu'elle lui permet d'échapper à l'écartement de son offre malgré l'absence de justification d'un prix anormal ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen

Les intervenantes contestent l'intérêt de la requérante à son moyen, dès lors que son offre serait écartée en raison du caractère anormal du prix du poste litigieux.

Il ressort de la motivation de la décision attaquée que l'offre de la requérante a été écartée pour cause d'irrégularité substantielle, qui découlerait de la modification opérée par la requérante d'un de ses prix, ce qui violerait le principe d'intangibilité des offres et le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Il s'agit, selon les termes de la décision, du « seul motif » d'écartement de l'offre.

Un tel motif lèse bien la requérante, de sorte qu'elle a bien intérêt au moyen. L'exception doit être rejetée.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'acte attaqué écarte l'offre de la requérante, en raison de ce que cette offre serait entachée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Selon la partie adverse, l'irrégularité résulterait de ce que, dans sa réponse à la demande de justification de certains prix unitaires, la requérante aurait modifié le prix proposé pour le poste 71.11.1.a, en faisant valoir que le prix, tel qu'annoncé dans l'offre, était entaché d'une erreur matérielle.

S'agissant de ce poste 71.11.1.a, la requérante a exposé ce qui suit en réponse à l'invitation à justifier le prix unitaire annoncé dans l'offre :

«

	PARTIE ELECTRICITE				
	Installation MT/HT – Production - Raccordement au réseau MT/HT				
71.11.1.a	- Raccordement MT - < 1.000 Kva	PC	1	29.880,00 €	29.880,00 €
	Suivant offre du sous-traitant				
	Nous vous informons qu'il s'agit d'une erreur purement matérielle et manifeste due à une faute d'encodage. Le prix unitaire réel de ce poste est de 880 € ; il s'agit d'une erreur dite "de plume". Suivant l'article 34 de l'AR du 18/04/2017 et l'article 42 de l'AR du 18/06/2017, le pouvoir adjudicateur peut rectifier ce type d'erreur en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire et en comparant ce poste entre les différents soumissionnaires ainsi qu'au prix courant de ce type de poste surtout qu'il s'agit ici de la prise de contact et de la coordination des travaux de raccordement et en aucun cas du raccordement à proprement parlé. Dans le présent cas, la différence de prix entre 29.880 € et 880 € est telle que la réalité de cette erreur matérielle ne prête pas à discussion.				

».

La requérante conteste avoir modifié son offre. Comme elle le soutient, c'est pour apporter les justifications demandées qu'elle a invoqué ce qu'elle estimait être une erreur matérielle. Par ailleurs, si la référence qu'elle faisait – dans sa réponse – au pouvoir de rectification qui appartient à la partie adverse devait être comprise comme une demande de modification soumise à celle-ci, une telle demande n'emporterait pas *ipso facto* une modification unilatérale de l'offre, qui puisse être imputée à la requérante. Il doit, en outre, être rappelé que la partie adverse n'a elle-même pas modifié l'offre, puisqu'elle estimait que – ainsi présentée par la requérante – l'erreur « matérielle » ne pouvait être considérée comme telle.

Dès lors que ne peut, *prima facie*, être constatée la modification reprochée à la requérante, la partie adverse n'a pu, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation et méconnaître l'article 76 de l'arrêté royal précité, décider que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle résultant de ce qu'après son dépôt, elle aurait été modifiée en méconnaissance du principe d'intangibilité des offres et de l'égalité des soumissionnaires.

En tant qu'il reproche à la partie adverse d'avoir fondé sa décision sur cette prétendue modification, le moyen doit être déclaré sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie ni dans sa note d'observations ni en termes de plaidoiries les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Dans son arrêt n° 258.616, prononcé le 26 janvier 2024, le Conseil d'Etat a rejeté la demande d'activation de la balance des intérêts, notamment sur la base des considérations suivantes :

« la partie adverse prétend que des moyens provenant d'autres sources de financement ne pourraient être obtenus en cas de perte du subventionnement en cause ; à l'appui de cette affirmation, elle se prévaut d'un motif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'elle cite et qui met en exergue le caractère exceptionnel de l'opération entreprise par l'Union européenne. L'invocation de ce motif ne permet pas de démontrer concrètement la vraisemblance d'un tel risque et l'impact que la réalisation de celui-ci aurait sur les intérêts publics. S'il se conçoit que le subventionnement européen constitue une opportunité méritant d'être saisie, la partie adverse reste en défaut d'exposer, à l'aide d'éléments pertinents au regard du cas d'espèce, en quoi la construction du bâtiment scolaire serait nécessairement et irrémédiablement abandonnée dans la situation qu'elle déclare redouter et qu'elles en seraient les conséquences sur l'organisation de l'enseignement et l'accueil des personnes susceptibles de fréquenter l'établissement concerné ».

La partie adverse n'a, dans le cadre de la présente procédure, fait état d'aucun élément qui – à ce sujet – éclairerait utilement le Conseil d'Etat et déterminerait celui-ci à décider qu'il soit fait obstacle à une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, au nom de la « balance des intérêts ».

VII. Confidentialité

La requérante demande que les pièces A et B de son dossier soient maintenues confidentielles.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces 4, 6, 9, 10 et 11 du dossier administratif.

Les intervenantes sollicitent le maintien de la confidentialité de pièces du dossier administratif, pour lesquelles cette confidentialité est, par ailleurs, demandée par la partie adverse.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Bemat et la SA les entreprises Gilles Moury est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 6 février 2024 relative à l'attribution du marché de travaux relatif à la construction d'une école fondamentale et abords à Jemeppe-Sur-Sambre rue François Hittelet 89 à 5190 JEMEPPE-SUR-SAMBRE est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A et B du dossier de la requérante, ainsi que 4, 6, 9, 10 et 11 du dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 mars 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Adeline Schyns,

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

Le Greffier,

Le Président,

Adeline Schyns

David De Roy