CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 261.409 du 22 novembre 2024

A. 230.755/VI-21.758

En cause : **la société anonyme SPORTINFRABOUW**,
ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles,

contre :

la Régie communale autonome Marchoise,
ayant élu domicile chez
M^es Pierre-Jean PICARD et
Christian BOULANGE, avocats,
boulevard Frère Orban 15-16/11
4000 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme SCHEERLINCK SPORT,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe VAN WESEMAEL, avocat,
avenue Louise 235
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 mars 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision de la partie adverse du 23 janvier 2020 par laquelle le marché portant sur la "modernisation de la piste d'athlétisme de Marche-en-Famenne" est attribué à la SA SCHEERLINCK [SPORT] ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 29 juillet 2020, la SA Scheerlinck Sport demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 26 août 2020.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 8 août 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 octobre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Margaux De Greef, *loco* M^e^ Renaud Simar, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Pierre-Jean Picard, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Victoire Willemot, *loco* M^e^ Philippe Van Wesemael, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Marie Lambert de Rouvroit, auditeur, 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 utiles

1. Le 13 septembre 2019, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, en procédure ouverte, d'un marché public de travaux ayant pour objet la modernisation de la piste d'athlétisme de Marche-en-Famenne.

2. Le cahier spécial des charges n° 2016/102, qui régit le marché, prévoit les quatre critères d'attribution suivants :

« Les critères qui suivent sont d'application lors de l'attribution du marché :

1 Prix (50 points)
Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre)* poids du critère prix

2 Caractéristique du revêtement synthétique (30 points)
Evalué sur base des qualités minimum requises dans le cahier des charges et le rapport de IAAF.

3 Planning (10 points)
Evalué sur base de détail de planning

4 Entretien et garantie (10 points)
Evalué sur base des données pour l'entretien et durée de la garantie sur le revêtement synthétique.

Les critères sont listés par ordre décroissant d'importance. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur ».

En ce qui concerne le deuxième critère d'attribution, les clauses techniques du cahier des charges disposent notamment ce qui suit, pour les zones devant accueillir un revêtement synthétique imperméable :

« Chaque offre sera accompagnée de:
• Fiche technique de présentation reprenant le nom commercial et les caractéristiques techniques
• Echantillon représentatif
• Procès-verbal d'Identification attestant des caractéristiques techniques ci-dessus et des conformités normatives, émanant d'un laboratoire spécialisé et accrédité COFRAC
• Attestation du fournisseur, contresignée par l'Entrepreneur, sur la non-toxicité et non-écotoxicité de son produit au regard des normes
(…)
Le revêtement est de type bi-couche de type imperméable :
• base en grille noire de 10 mm minimum d'épaisseur ;
• bouchonnage en surface à la résine de polyuréthanne et poudrettes d'EPDM ;
• couche d'usure : toping de 6 mm avec 4 mm minimum de résine.
L'épaisseur totale est de 16 mm pour la piste et de 20 mm pour les ateliers de saut (hauteur, perche, saut en longueur triple saut) ».

Le cahier spécial des charges autorise les variantes libres en ces termes :

« Le soumissionnaire est autorisé à proposer des variantes libres dans son offre. Ces variantes doivent toutefois être mentionnées à part et être motivées ».

3. Quatre offres sont déposées, dont celle de la partie intervenante, qui soumet également une variante libre.

4. Le rapport d'examen des offres, établi le 15 janvier 2020, propose de désigner la partie intervenante en qualité d'adjudicataire du marché, sur la base de sa variante, pour le montant d'offre corrigé de 1.537.446,28 euros TVAC.

La décision d'attribution du marché, conformément au rapport d'attribution, fait le choix de la variante proposée par la partie intervenante et la désigne en tant qu'adjudicataire.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

La SA Scheerlinck Sport étant la bénéficiaire de l'acte attaqué, elle dispose d'un intérêt à intervenir. Il y a en conséquence lieu d'accueillir sa requête en intervention.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un moyen unique pris « de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de proportionnalité, des principes de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, du principe d'égalité entre les soumissionnaires et du principe de concurrence, de la méconnaissance du cahier spécial des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des articles 4 et 5 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 ».

Elle soutient que l'épaisseur du revêtement de la piste d'athlétisme est une exigence technique du cahier spécial des charges qui doit être qualifiée d'essentielle, au sens de l'article 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics.

Elle relève que « la fiche technique de l'offre [de base] de la SA Scheerlinck précise que l'épaisseur du revêtement proposé par l'adjudicataire n'est

que de 13 mm » et que « le tableau de synthèse des soumissions qui figure dans le rapport d'analyse des offres précise, pour sa part, que l'épaisseur des revêtements proposés par l'adjudicataire dans son offre de base et dans sa variante sont respectivement de 13 mm et de 14 mm », alors que le cahier spécial des charges exige une épaisseur de 16 millimètres.

Elle estime dès lors que l'offre et la variante de la partie intervenante devaient être déclarées irrégulières, sans que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'une marge d'appréciation, conformément à l'article 76, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics.

À titre subsidiaire, si l'offre et la variante de la partie intervenante devaient être jugées régulières, la requérante soutient qu'il faudrait considérer que ces offres, qui ne proposent pas l'épaisseur minimale requise, ne pouvaient emporter le maximum des points, mais qu'elles auraient dû faire l'objet d'une réduction de trois points et demi sur trente au minimum, « ce qui serait plus que raisonnable eu égard à l'insuffisance technique [des] offres ». La requérante y voit une erreur manifeste d'appréciation, ainsi que la méconnaissance du principe de proportionnalité, la violation de l'égalité entre les soumissionnaires, du principe de concurrence, du cahier spécial des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*. Selon elle, la partie adverse aurait dû, à tout le moins, motiver en la forme sa décision d'accepter l'offre de la partie intervenante et de lui octroyer 30 points, en comparaison avec les offres des autres soumissionnaires.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste que l'épaisseur de la piste prévue dans l'offre et dans la variante proposées par la société Scheerlinck Sport, partie intervenante, est inférieure à l'épaisseur de 16 millimètres prévue par le cahier spécial des charges. Elle soutient que la partie intervenante s'est au contraire expressément engagée, sans ambiguïté et sans réserve, « sur ses biens meubles et immeubles, à exécuter, conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges précité (n° 2016/102) ». Elle souligne que l'engagement de la partie intervenante est d'autant plus clair qu'elle a aussi écrit dans l'une de ses variantes que « [p]our le revêtement de la piste d'athlétisme, nous avons tenu à répondre à 100 % au CSC et à respecter l'accréditation Cofrac (accréditation française) ».

La partie adverse explique que les fiches techniques produites par la partie intervenante sont extraites du catalogue du fournisseur et constituent un descriptif des caractéristiques du produit considéré, à l'intention d'une universalité d'utilisateurs.

Les épaisseurs indiquées dans ces fiches techniques sont des « standards », mais les fiches mentionnent que d'autres épaisseurs sont possibles. Elle relève que les fiches techniques déposées à l'appui de l'offre de la requérante mentionnent également diverses épaisseurs, « ce qui a d'ailleurs conduit la partie requérante à rajouter manuscritement sur certains de ces documents la mention '10 + 6' ou la mention 'version 10 + 6' (sans les parapher ou les signer) ». Ceci serait la démonstration que les produits sont disponibles en plusieurs épaisseurs et que « c'est l'épaisseur demandée dans les documents du marché pour laquelle les soumissionnaires remettent prix et s'engagent […] ».

De son point de vue, il est dès lors erroné de « prétendre voir dans la documentation technique […] un amendement ou une restriction à l'engagement de la SA Scheerlinck [Sport] d'exécuter le marché conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges », et elle n'avait dès lors aucune raison d'écarter l'offre de cette société pour une prétendue irrégularité substantielle.

La partie adverse expose par ailleurs que s'il fallait suivre le raisonnement de la requérante concernant la portée des fiches techniques, il faudrait alors relever que son offre est également affectée d'une irrégularité substantielle, car les clauses du cahier des charges « requièrent une épaisseur totale tantôt de 16 mm (pour la piste), tantôt de 20 mm (pour les ateliers de saut) ». De ce fait, la requérante n'aurait pas d'intérêt au moyen.

La partie adverse conteste également le grief subsidiaire de la requérante. Ce grief partirait du postulat erroné que l'offre et la variante de la partie intervenante ne proposaient pas l'épaisseur requise. Par ailleurs, le grief formulé par la requérante inviterait en réalité le Conseil d'État à substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

Elle explique en outre que « [s]i le maximum de points (30 en l'occurrence) a été attribué à la [partie intervenante] pour le revêtement synthétique, ce même nombre de points a été attribué aux offres des autres soumissionnaires […] parce qu'il a été constaté que tous répondaient aux qualités minim[ales] requises dans le cahier des charges ».

C. Mémoire en réplique

La requérante affirme que l'engagement de la partie intervenante d'exécuter le marché « selon les clauses et conditions du cahier des charges » est général, et ne se rapporte donc pas à la clause technique litigieuse. Il ne peut suffire à attester que cette clause technique sera respectée, d'autant qu'il est en contradiction avec l'épaisseur de revêtement expressément mentionnée dans l'offre.

La mention de la fiche technique jointe à l'offre de la partie intervenante selon laquelle l'épaisseur est « adaptable » ne suffit pas non plus, de son point de vue, à satisfaire à l'exigence technique litigieuse. Le marché aurait alors été attribué sur la base d'une indication que l'épaisseur était « adaptable », sans certitude quant à l'épaisseur de revêtement proposée et quant au fait que l'épaisseur requise serait être atteinte.

La clause de l'offre de la partie intervenante, selon laquelle « pour le revêtement de la piste d'athlétisme, [elle a] tenu à répondre à 100 % au CSC et à respecter l'accréditation Cofrac (accréditation française) » serait quant à elle contradictoire avec la fiche technique déposée et avec les mesures retenues par le pouvoir adjudicateur lors de l'analyse des offres. En toute hypothèse, le raisonnement ne serait applicable que pour l'une des variantes proposées.

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante conteste l'intérêt de la requérante au moyen. Selon elle, si l'on suit le raisonnement de la requérante, son offre doit également être considérée comme irrégulière, car l'épaisseur de 16 millimètres proposée par elle pour la piste principale ne résulte pas des fiches techniques déposées mais de mentions manuscrites ajoutées à son offre, sans paraphe ou signature. La requérante n'aurait dès lors eu aucune chance de se voir octroyer le marché.

Sur le fond, la partie intervenante rappelle l'engagement général pris par les soumissionnaires d'exécuter le marché « conformément aux clauses et conditions du cahier des charges » et la mention contenue dans le document contenant ses variantes que « pour le revêtement de la piste d'athlétisme, nous avons tenu à répondre à 100 % au CSC et à respecter l'accréditation Cofrac (accréditation française) ». Selon, elle « en analysant [son] offre, l'auteur de projet et à sa suite la partie [adverse] ont eu tous leurs apaisements ». Par ailleurs, la partie adverse dispose

« d'une large marge d'appréciation dans son examen concernant la conformité des soumissions aux exigences (techniques) du cahier spécial des charges, et pouvait donc se contenter [des] engagements précités pour conclure que l'offre de base et l'offre variante de la partie intervenante étaient parfaitement régulières ». La partie adverse n'aurait, ce faisant, commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

La partie intervenante souligne que les fiches techniques jointes à son offre sont simplement extraites d'un catalogue de fournisseur, et qu'elles n'ont pas été rédigées à l'usage exclusif du marché en cause. La fiche concernée mentionne par ailleurs que « d'autres épaisseurs [sont] possibles ».

Elle remarque que la requérante a elle-même utilisé de telles fiches techniques pour confectionner son offre, sur lesquelles elle a ajouté des mentions manuscrites adaptant l'épaisseur du revêtement, sans signer ou parapher ces ajouts. Ceci serait la preuve que les fiches techniques et rapports d'essais sont disponibles en plusieurs épaisseurs « et ne constituent donc pas en soi la preuve de l'engagement du soumissionnaire ».

Selon elle, « c'est bien l'épaisseur demandée dans les documents du marché pour laquelle les soumissionnaires remettent prix et s'engagent et que l'adjudicataire sera tenu de fournir lors de l'exécution du marché ». La requérante ne peut donc être suivie en ce qu'elle prétend que la documentation technique remise par la partie intervenante « constituerait un amendement ou une restriction de son engagement d'exécuter le marché conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges ».

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse conteste que l'épaisseur prescrite pour le revêtement synthétique imperméable de la piste extérieure constitue une exigence technique substantielle. Elle souligne la possibilité laissée par le cahier des charges de proposer des variantes et le fait que l'épaisseur en question n'est ni qualifiée de « prescription essentielle », ni prescrite à peine de nullité.

Selon elle, seule devrait être considérée comme essentielle la qualité du revêtement, attestée par le procès-verbal d'essais établi par un laboratoire agrée démontrant la conformité des caractéristiques techniques et sportives du revêtement proposé avec les seuils normalisés ou réglementés par la FFA et agrémentés IAAF.

Le pouvoir adjudicateur dispose, à son estime, d'une marge d'appréciation quant au caractère essentiel ou non de la prescription technique, lorsqu'il ne ressort pas du cahier spécial des charges qu'elle est revêtue du caractère essentiel ni qu'elle présente une importance telle que l'offre doit être écartée. La partie adverse a, en l'occurrence, estimé que la variante proposée par la partie intervenante « remplissait les conditions essentielles du cahier spécial des charges, l'épaisseur n'étant pas considérée comme une exigence essentielle ».

F. Dernier mémoire de la partie intervenante

La partie intervenante revient sur l'exception d'irrecevabilité du moyen soulevée dans son mémoire. Après avoir rappelé l'argumentation contenue dans celui-ci, elle affirme qu'en fonction des passages de l'offre de la requérante cités dans le rapport de l'auditeur rapporteur, l'engagement de la requérante « de respecter l'épaisseur de 16 mm n'était pas du tout ferme ». Elle estime que la reconnaissance du bien-fondé du moyen de la requérante impliquerait « que l'offre de la partie requérante aurait également dû être déclarée irrégulière et nulle ». De ce fait, une annulation sur le fondement de ce moyen ne donnerait « aucune chance à la partie requérante de se voir attribuer le marché ».

Sur le fond, après avoir rappelé l'argumentation contenue de son mémoire, la partie intervenante soutient que l'offre de la requérante mentionne une couche synthétique « avec une épaisseur d'environ 16mm », ce qui confirme « que cette épaisseur n'était en aucun cas fixée à 16mm au minimum ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Au titre de son moyen unique, la requérante soutient que l'offre et la variante devaient être déclarées irrégulières conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Le moyen doit se comprendre en ce sens qu'il est reproché à la partie adverse de ne pas avoir respecté les obligations qui lui incombaient en vertu de la disposition précitée.

A. Quant à la recevabilité

Les parties adverse et intervenante affirment, en substance, que la

requérante ne dispose pas d'un intérêt à invoquer un moyen qui, à le supposer fondé, amènerait le pouvoir adjudicateur à constater dans son offre une irrégularité comparable à celle qu'elle dénonce dans l'offre de la partie intervenante.

Cette argumentation ne peut être suivie.

La partie adverse n'a pas constaté d'irrégularité dans l'offre de la requérante au cours de la procédure d'attribution, et il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer une offre irrégulière lorsque le pouvoir adjudicateur ne s'est pas prononcé en ce sens à ce stade. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre de la requérante est effectivement entachée de l'irrégularité qu'allèguent les parties adverse et intervenante.

L'exception d'irrecevabilité du moyen est rejetée.

B. Quant au fondement

Le rapport d'analyse des offres attribue à l'offre de la requérante, classée troisième, un total de 94,12 points. L'offre et la variante de la partie intervenante sont mieux classées, puisqu'elles obtiennent respectivement 97,95 et 97,62 points.

Le rapport conclut à l'attribution du marché à la partie intervenante, en raison de la variante qu'elle a proposée, pourtant moins bien classée que son offre de base. Il ne contient aucun motif formel justifiant ce choix.

L'acte attaqué, qui se limite à approuver le rapport d'analyse des offres et à suivre sa proposition, décide « de prendre la "variante" proposée par l'entreprise SCHEERLINCK [SPORT]», sans aucune justification supplémentaire de la dérogation au classement opéré en fonction des critères d'attribution.

Cette question n'a toutefois guère d'incidence, puisque la requérante conteste à la fois la régularité de l'offre principale et de la variante de la partie intervenante, toutes deux mieux classées que l'offre qu'elle a elle-même déposée.

B.1. En ce qui concerne l'offre de base de la partie intervenante

Le cahier spécial des charges comprenait les spécifications techniques suivantes, au sujet du revêtement des différentes zones de la piste d'athlétisme :

« REVETEMENT SYNTHETIQUE IMPERMEABLE (POSTES 47 ET 48)

Matériaux résine et caoutchouc pour revêtement polyuréthanne ;

Chaque offre sera accompagnée de :

• Fiche technique de présentation reprenant le nom commercial et les caractéristiques techniques
• Echantillon représentatif
• Procès-verbal d'identification attestant des caractéristiques techniques ci-dessus et des conformités normatives, émanant d'un laboratoire spécialisé et accrédité COFRAC
• Attestation du fournisseur, contresignée par l'Entrepreneur, sur la non-toxicité et non-écotoxicité de son produit au regard des normes.

Le revêtement synthétique devra être garanti au moins 5 ans par l'entreprise.

Le revêtement est de type bi-couche de type imperméable :

• base en grille noire de 10 mm minimum d'épaisseur ;
• bouchonnage en surface à la résine de polyuréthanne et poudrettes d'EPDM ;
• couche d'usure : toping de 6 mm avec 4 mm minimum de résine.
L'épaisseur totale est de 16 mm pour la piste et de 20 mm pour les ateliers de saut (hauteur, perche, saut en longueur, triple saut).

Le procès-verbal d'essais établi par un laboratoire agréé démontrant la conformité des caractéristiques techniques et sportives du revêtement proposé avec les seuils normalisés et/ou réglementés par la FFA, et agrémenté IAAF, seront joints par l'entrepreneur a son offre.

Ces fiches techniques et PV d'essais au revêtement retenu pour le présent marché seront annexés au présent CCTP pour former éléments du marché.
Les stipulations ci-dessus concernant l'identification du produit et la présentation de PV d'essais demeurent valables ».

Le cahier des charges imposait donc aux soumissionnaires de prévoir dans leur offre une piste d'athlétisme d'une épaisseur de 16 millimètres, constituée d'une « base en grille noire de 10 mm minimum d'épaisseur » et d'une couche d'usure de « 6 mm avec 4 mm minimum de résine ».

Selon la relation qu'en donne le rapport d'attribution, l'offre de la partie intervenante avait la portée suivante quant à la piste proposée : « Sous-couche SBR coulée sur place 10 mm – Couche de surface REGUPOL AG-IS – coulée sur place 3 mm ».

Ces informations sont issues de la fiche technique de la piste proposée, jointe par la partie intervenante à son offre. Comme l'indiquent les parties adverse et intervenante, cette fiche technique mentionnait, au sujet de l'épaisseur de la piste REGUPOL AG : « couche d'usure standard de 3 mm sur couche de base de 10 mm, autres épaisseurs possibles ».

À défaut de tout engagement écrit de la partie intervenante quant à l'installation d'une autre épaisseur de couche, c'est à bon escient que l'auteur du rapport d'analyse a indiqué, sur le fondement de la fiche technique déposée, que la « couche de surface » de son offre est d'une épaisseur de 3 mm.

Il en résulte que l'offre de base déposée par la partie intervenante, à défaut de prévoir une piste d'une épaisseur de 16 millimètres, s'écartait de la spécification technique imposée par le cahier spécial des charges quant à l'épaisseur du revêtement de la piste.

Les parties adverse et intervenante ne peuvent être suivies dans leur affirmation que l'engagement général contenu dans l'offre de la partie intervenante d'exécuter le marché « conformément aux clauses et conditions du cahier des charges » impliquait nécessairement le respect de la spécification technique précitée.

Les soumissionnaires n'étaient pas invités à s'engager à construire une piste conforme à des prescriptions entièrement fixées par les documents du marché. Ils devaient donc eux-mêmes définir le revêtement à placer, dans le respect des prescriptions techniques du cahier des charges. Ce dernier érigeait d'ailleurs les « caractéristique[s] du revêtement synthétique » en critère d'attribution, pondéré à 30 points sur 100. Il précisait à cet égard que ce critère serait évalué « sur base des qualités minimum requises dans le cahier des charges et le rapport de IAAF ».

L'engagement général de réaliser le marché dans les conditions prévues par le cahier des charges ne peut donc prévaloir sur les spécificités de l'offre de la partie intervenante, quant aux caractéristiques du revêtement à installer, même si ces spécificités doivent être trouvées dans les fiches techniques jointes à son offre.

L'offre de base de la partie intervenante était donc affectée d'une irrégularité.

Lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur est confronté à des dérogations aux prescriptions des documents du marché, il lui revient, en application de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de les examiner, de qualifier les irrégularités de substantielles ou non substantielles, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision.

En l’occurrence, la décision d’attribution ne comporte aucun motif constatant l’irrégularité de l’offre de base, ni aucun motif qualifiant cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle. Elle s’abstient donc également de statuer sur la nécessité d’écarter cette offre du marché.

Le moyen est fondé en ce qu’il concerne l’appréciation implicite que fait l’acte attaqué de la régularité de l’offre de base de la partie intervenante.

B.2. En ce qui concerne la variante proposée par la partie intervenante

Le cahier des charges autorisait, en ces termes, le dépôt de variantes :

« Le soumissionnaire est autorisé à proposer des variantes libres dans son offre. Ces variantes doivent toutefois être mentionnées à part et être motivées ».

Il ne comprenait cependant aucune exigence minimale liée au dépôt de variantes.

L’article 56, § 1er et § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est rédigé comme suit :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur peut autoriser les soumissionnaires à introduire des variantes ou des options ou leur imposer de le faire. Il mentionne dans l’avis de marché ou dans les documents du marché en cas de procédure négociée sans publicité préalable s’il autorise ou impose l’introduction de variantes ou options. À défaut d’une telle mention, aucune variante ni option ne sera autorisée.

Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, les soumissionnaires peuvent également, par dérogation à l’alinéa premier et en l’absence de clause contraire dans les documents de marché, introduire des variantes ou des options sans que l’avis de marché ou les documents de marché ne le mentionnent. Ces variantes ou options sont respectivement appelées des “variantes libres” et “options libres”.

Les variantes et options sont liées à l’objet du marché.

§ 2. S’agissant des variantes et options exigées et autorisées, le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché les exigences minimales auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d’introduction. L’obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à l’introduction ne s’applique pas aux variantes ou options libres visées au paragraphe 1er, alinéa 2.

Le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché si des variantes ne peuvent être introduites qu’à condition qu’une offre de base soit également déposée. Les options ne peuvent cependant pas être introduites sans offre de base ou, le cas échéant, sans variante. Les documents de marché doivent faire mention de cette dernière obligation.

Le pouvoir adjudicateur garantit que les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base ».

Il résulte de cette disposition que, dans un marché dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, lorsque les variantes sont autorisées ou, à tout le moins, ne sont pas interdites, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu des préciser les « exigences minimales et spécifiques » s'appliquant aux éventuelles variantes.

Il ne peut toutefois en être déduit qu'à défaut d'une mention, dans les documents du marché, des exigences minimales et spécifiques s'appliquant aux variantes, ces dernières sont dispensées du respect de l'ensemble des prescriptions applicables aux offres de base.

Le principe d'égalité et de non-discrimination, consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et le prescrit de l'article 56, § 2, alinéa 3, de la même loi, selon lequel le pouvoir adjudicateur doit garantir que « les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base », impliquent que, dans une telle hypothèse, les exigences minimales du marché, telles qu'elles peuvent être déduites des documents du marché, sont applicables aux variantes aussi bien qu'aux offres de base.

Dès lors, lorsqu'une variante libre déroge à une prescription technique du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur doit vérifier si cette dérogation concerne une exigence minimale du marché et, le cas échéant, constater qu'elle est affectée d'une irrégularité substantielle. L'appréciation du pouvoir adjudicateur à cet égard doit être motivée en la forme.

Les spécifications techniques fixées par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché constituent des exigences minimales ou substantielles lorsqu'elles revêtent un caractère essentiel dans le cadre du marché envisagé. Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de 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.

En l’espèce, la variante proposée par la partie intervenante contenait, selon la relation qu’en fait le rapport d’analyse des offres, la proposition d’installer une « sous-couche REGUPOL AG préfabriquée 10 mm » et une « couche de surface REGUPOL AG-IS coulée sur place 4 mm ».

Le document contenant la proposition de variante ne portait aucune mention de l’épaisseur totale du revêtement, mais une des fiches jointes à cette proposition mentionnait une couche de base de 10mm sur laquelle devait être posée une couche d’usure standard d’une épaisseur de 3mm, étant toutefois précisé, comme pour l’offre de base, que d’ « autres épaisseurs [sont] possibles ». Un rapport d’essai était également déposé, réalisé sur une piste d’une épaisseur totale de 14mm ».

Comme déjà jugé au sujet de l’offre de base de la partie intervenante, à défaut de tout engagement écrit de sa part quant à l’installation d’une couche d’usure plus épaisse que celle envisagée par les documents déposés à l’appui de sa variante, il doit être considéré que cette dernière s’écartait de la spécification technique imposée à ce sujet par le cahier spécial des charges. Par ailleurs, l’engagement général du soumissionnaire d’exécuter le marché « conformément aux clauses et conditions du cahier des charges » ne permet pas, pour les raisons déjà énoncées, de conclure au respect de la spécification technique précitée du cahier des charges ».

La variante proposée par la partie intervenante, tout comme son offre de base, s’écartait donc d’une prescription technique du cahier des charges.

Ni le dossier administratif, ni les motifs formels de l’acte attaqué, ne permettent de vérifier que la partie adverse a examiné si la spécification technique du marché à laquelle déroge la variante retenue constitue une exigence minimale du marché, impliquant une irrégularité substantielle de l’offre. Les développements du mémoire en réponse à cet égard sont postérieurs à l’adoption de l’acte attaqué et ne peuvent donc être pris en considération.

Le texte de la décision d’attribution ne contient, *a fortiori*, aucune motivation formelle justifiant l’appréciation de la partie adverse quant à cette question.

Le moyen est donc également fondé en ce qu’il concerne l’appréciation implicite de l’acte attaqué quant à la régularité de « la variante proposée par la partie intervenante

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

L'acte attaqué étant annulé, il y a lieu de condamner la partie adverse aux autres dépens, les dépens de l'intervention restant toutefois à charge de la partie intervenante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la SA Scheerlinck Sport est accueillie.

Article 2.

La décision de la partie adverse du 23 janvier 2020 par laquelle le marché portant sur la « modernisation de la piste d'athlétisme de Marche-en-Famenne » est attribué à la SA Scheerlinck Sport est annulée.

Article 3.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 22 novembre 2024, par la VI^e^ chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Michèle Belmessieri,	conseillère d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière, Le Président,

Nathalie Roba David De Roy