CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 241.202 du 4 avril 2018

A.224.643/VI-21.204

En cause : **la société anonyme EURO DIESEL**,

ayant élu domicile chez
M^e^ Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^es^ Bruno LOMBAERT et Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 février 2018, la société anonyme EURO DIESEL demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Service Public Régional de Bruxelles - Bruxelles Mobilité - contenue dans sa lettre du 16 février 2018 déclarant irrégulière son offre pour le marché public de fournitures de remplacement des alimentations de secours de type No-Break dans les tunnels routiers Belliard et Léopold II (marché BMB/DGE-DBO/2017-1123), et de la décision de date inconnue attribuant ce marché à un tiers".

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 mars 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 mars 2018 à 9 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Les droits visés 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.

M. Imre KOVALOVSZKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e^ Pierre LEJEUNE avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e^ Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, 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. Faits

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause:

" […]. Par un avis de marché publié au Bulletin des adjudications le 26 juin 2017 (…), le Service Public Régional de Bruxelles (SPRB), Bruxelles Mobilité, a lancé un marché de fournitures de remplacement des alimentations de secours de type No-Break dans les tunnels routiers Belliard et Léopold II.
Le cahier spécial des charges afférant au présent marché décrit l'objet de celui-ci de la manière suivante(…) :
« Le présent marché a pour objet le démontage et le remplacement des groupes électrogènes "temps zéro" de type "No-Break" dans les tunnels routiers Belliard et Léopold II.
Les 8 alimentations de secours à remplacer sont actuellement réparties dans 7 locaux techniques :
• Tunnel Belliard :
- Local Froissard (puissance 600/1000 kVA)
- Local Schuman (puissance 600/1000 kVA)
- Local Renaissance (puissance 600/1000 kVA)
- Local Jambline (puissance 600/1000 kVA)
• Tunnel Léopold II :
- Local Basilique (puissance 500 kVA)
- Local Simonis (puissance 500 kVA)
- Local Yser (2 alimentations de secours type « No-Break ») (puissance 500 et 330 kVA)
Les prestations faisant l'objet du présent marché comprennent principalement et pour chaque site :
- Le démontage des groupes No-Break existants et de leurs armoires de commande ;
- Le démontage des équipements associés ;
- Le nettoyage du local ;
- La peinture du local ;

- Le remplacement des éclairages du local ;
- La rénovation des équipements de levage (palans) ;
- L'installation des nouveaux groupes No-Break ;
- La vérification et la reprise des équipements de ventilation du local ;
- La vérification et la reprise des systèmes d'insonorisation existants.

Le maintien du niveau de service disponible est impératif :

- Avant travaux, lors des relevés ;
- Pendant toute la durée des travaux de génie civil et d'équipements.

L'attention des soumissionnaires est d'ores et déjà attirée sur le fait que certaines prestations nécessitent des accès aux tunnels depuis des zones circulées en surface et devront donc être opérées de nuit (entre 0 h et 06h00). Seules les prestations n'impactant pas l'exploitation des tunnels pourront être réalisées en journée.

Le marché est divisé en 2 tranches : l'une ferme, l'autre conditionnelle.

• La tranche ferme correspond au remplacement des alimentations de secours No-Break dans le tunnel Belliard ;

• La tranche conditionnelle correspond au remplacement des alimentations de secours No-Break dans le tunnel Léopold II.

Les Soumissionnaires doivent déposer une offre qui les engage tant pour la tranche ferme que pour la tranche conditionnelle. La conclusion du marché emportera commande de la tranche ferme ; en revanche, la tranche conditionnelle ne sera exécutée que si elle est commandée par une décision expresse du Pouvoir adjudicateur notifiée à l'Attributaire ».

La procédure de passation appliquée est celle de l'appel d'offres ouvert.

[…]. Les sociétés Euro Diesel et Collignon ont remis une offre dans le délai imparti, à savoir pour le 7 septembre 2017, à 11h00 (…).

[…]. Le pouvoir adjudicateur a adopté une décision motivée d'attribution du marché le 28 janvier 2018 (…).

[…]. Conformément à l'article 8, § 1er, 2°, 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, la Région de Bruxelles-Capitale a communiqué à Euro Diesel, par un courrier recommandé du 16 février 2018, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée (…).

[…].Une requête en suspension d'extrême urgence a été adressée au Conseil d'Etat le 28 février 2018 par la société anonyme Euro Diesel contre la décision du 16 février 2018 frappant d'irrégularité son offre ainsi que contre la décision d'attribution du marché à la société anonyme Collignon.

Ces deux décisions forment ensemble l'acte attaqué.

Conformément à l'article 11 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, la Région de Bruxelles-Capitale a respecté le délai d'attente qui s'impose à elle en l'espèce, et n'a, à ce jour, pas conclu le marché".

IV. Recevabilité

La demande de suspension est recevable, ce que la partie adverse ne conteste d'ailleurs pas.

V. Quatrième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

En une requête ampliative à la demande de suspension, introduite le 13 mars 2018, la requérante expose que la partie adverse lui a transmis le 12 mars 2018 sa note d'observations et les pièces non confidentielles du dossier, dont la décision motivée attribuant le marché à la société Collignon. Elle indique qu'à la lecture de cette pièce, elle prend deux moyens nouveaux, le troisième et le quatrième, qui, selon elle, sont recevables "en ce qu'ils découlent de la lecture de la décision attaquée, laquelle n'avait pas été communiquée *in extenso*".

Le quatrième moyen est pris de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 81 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe général *patere legem quam ipse fecisti* et du "cahier spécial des charges précisant les documents à joindre à la soumission (art. 81 - 82, litt. f)", de l'existence d'une erreur de fait, et d'erreurs manifestes d'appréciation, d'un défaut de minutie, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

La requérante expose son moyen comme suit:

" Première branche

[…] Selon le cahier spécial des charges, les soumissionnaires doivent joindre obligatoirement, notamment, les fiches matérielles décrivant le matériel proposé :

« Concernant les matériels proposés le soumissionnaire doit impérativement remplir les fiches matérielles jointes en annexe au présent document ».

[…] L'acte attaqué renseigne que :

« La proposition de la SA COLLIGNON est imprécise concernant le groupe 330 KVA prévu au cahier des charges (nécessaire uniquement en tranche conditionnelle) qui n'est pas décrite dans l'offre. La fourniture du matériel correspondant à ce type est à confirmer ou le cas échéant, aboutirait à la fourniture d'un groupe de 500 KVA (Voir annexe 2).

L'annexe 2 précise qu'il n'y a pas de documentation jointe à l'offre à propos du groupe 330 KVA.

[…] La partie adverse n'en a pas moins jugé cette offre comme régulière en écrivant, au stade de l'analyse de la régularité de l'offre, que les « fiches matériels» sont transmises, alors qu'il n'en est rien. Ce faisant, la partie adverse commet une erreur de fait et une erreur manifeste d'appréciation.

[…] Dans la mesure où l'irrégularité de l'offre de l'attributaire va, selon la partie adverse elle-même, jusqu'à rendre incertaine l'engagement du soumissionnaire quant à la fourniture du groupe 330 KVA, elle ne peut être considérée que comme

dérogeant à une condition essentielle du marché.
[…] Partant, l'offre de l'attributaire aurait dû être considérée comme irrégulière.

Deuxième branche
[…] Le devoir de minutie oblige l'autorité à procéder à une recherche minutieuse des faits, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier afin qu'elle puisse prendre sa décision en pleine connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce.
[…] En ne prenant pas en considération l'absence de fiche matérielle pour le groupe 330 KVA, la partie adverse n'a pas respecté le principe de minutie, ce qui l'a fait verser dans les erreurs dénoncées à la première branche du moyen.

Troisième branche
[…] La motivation relative à l'absence de fiche technique décrivant le matériel NoBreack 330 KVA est contradictoire, la partie adverse soutenant tout à la fois que les fiches sont produites et qu'il n'en est rien.
[…] Une motivation contradictoire équivaut à l'absence de motivation.
[…]Rien dans l'acte attaqué ne permet de comprendre pourquoi la partie adverse n'a procédé à aucun examen de la régularité de l'offre de l'attributaire en relation avec l'absence de fiche dont la présence était pourtant obligatoire selon les documents du marché".

V.1.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse répond en termes de plaidoiries aux moyens nouveaux en les examinant ensemble.

Sur le troisième moyen, elle expose que, dans son offre, le soumissionnaire Collignon explique que la partie UPS (générations de la puissance électrique) est composée de modules de 250 kVA qui sont mis en parallèle. Elle souligne qu'en ce qui concerne la puissance des matériels, ce soumissionnaire ne fait mention d'aucun groupe de 330 kVA, dans la mesure où il ne fournit pas ce groupe électrogène spécifique, mais qu'il propose de combiner plusieurs groupes de type 250 kVA. Elle souligne que ce soumissionnaire a remis l'ensemble des fiches "matériels" relatives aux groupes dont il propose la fourniture et que s'il n'y a effectivement aucune fiche technique relative au groupe électrogène de puissance 330 kVA, lequel était requis pour le local Yser, cela résulte du fait que la s.a. Collignon ne propose pas ce type de groupe, mais bien une combinaison de groupes de 250 kVA, en ce compris pour l'alimentation de secours du local Yser de puissance 330 kVA. La partie adverse précise qu'elle a jugé que cette proposition était techniquement satisfaisante et qu'elle répondait aux exigences définies par les documents de marché dès lors que toutes les fonctions demandées sont apportées, avec un dépassement raisonnable de 330 kVA à 500 kVA, que la puissance demandée pour ce groupe correspond à une situation extrême, donc rare, et que le dépassement de puissance est par conséquent peu impactant. Elle en conclut qu'elle n'a commis aucune erreur en écrivant que la s.a. Collignon a remis l'ensemble des fiches "matériels" et en précisant, en annexe à la décision motivée, qu'il n'y a pas de documentation fournie dans l'offre relative au

groupe 330 kVA.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La recevabilité du moyen, soulevé dans une requête ampliative, n'est pas contestée. Elle ne paraît pas contestable dès lors que c'est à la suite de la prise de connaissance de la décision motivée d'attribution déposée au dossier administratif de la partie adverse que la requérante a pu formuler ledit moyen.

Le cahier spécial des charges (page 23) énonce ce qui suit:

" Concernant les matériels proposés, le soumissionnaire doit impérativement remplir les fiches matérielles jointes en annexe au présent document".

La fiche technique, qui doit obligatoirement être jointe à l'offre, s'avère nécessaire pour vérifier la conformité technique du matériel concerné aux exigences du cahier des charges.

Les documents du marché indiquent le type de groupe électrogène devant se trouver dans les différents locaux techniques des tunnels Belliard et Léopold II. S'agissant du tunnel Léopold II, ils requièrent, pour le local Yser, des groupes de secours de type "No-Break" d'une puissance de 500 et 330 kVA.

L'offre de la s.a. Collignon ne comporte aucune fiche technique relative au générateur de 330 kVA prévu dans le local Yser. La partie adverse soutient qu'elle a pu déduire de l'offre de l'attributaire que cette dernière proposait de combiner deux groupes de 250 kVA. Si la décision d'attribution évoque, à titre d'hypothèse, la fourniture d'un groupe de 500 kVA, il ne semble pas, *prima facie*, que les termes de l'offre permettaient d'aboutir à cette conclusion. La décision attaquée indique d'ailleurs ce qui suit:

" La proposition de la SA COLLIGNON est imprécise concernant le groupe 330 kVA prévu au cahier des charges (nécessaire uniquement en tranche conditionnelle) qui n'est pas décrit dans l'offre. La fourniture du matériel correspondant à ce type est à confirmer ou le cas échéant aboutirait à la fourniture d'un groupe de 500 kVA".

Il peut en être déduit que se posait nécessairement la question de la régularité de l'offre concernée, en relation avec l'absence de fiche technique, dont la présence est prescrite par le cahier des charges. La motivation de la décision attaquée ne comporte aucune indication à et égard, alors même que l'offre concernée est qualifiée d'imprécise en ce qui concerne le groupe concerné. Elle ne permet en tout

cas pas de comprendre pourquoi la partie adverse n'a procédé à aucun examen de la régularité de l'offre de l'attributaire.

Le moyen est sérieux en ses première et troisième branches.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces 1 et 2 de son dossier administratif qu'elle qualifie de "confidentiel" et contenant les offres de deux soumissionnaires.

La partie requérante dépose à titre confidentiel les pièces 1 et 2 de la farde B de ses annexes, qu'elle qualifie de "confidentielles" et contenant son offre et le "document VIII complété".

Ces pièces n'étant pas nécessaires à la solution du présent litige, il y a lieu d'en maintenir, à ce stade de la procédure, la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du ministre de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de la Mobilité et des Travaux publics du 28 janvier 2018 déclarant irrégulière l'offre de la s.a. EURO – DIESEL pour le marché de fournitures de remplacement des alimentations de secours de type "No-Break" dans les tunnels routiers Belliard et Léopold II et attribuant ledit marché à la s.a. COLLIGNON.

Article 2.

Les pièces 1 et 2 du dossier administratif "confidentiel", ainsi que les pièces 1 et 2 de la farde B des annexes à la requête "confidentielles" sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le quatre avril deux mille dix-huit par :

M.	Imre KOVALOVSZKY,	président de chambre,
Mme	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Katty LAUVAU. Imre KOVALOVSZKY.