

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.108 du 1^{er} décembre 2015

G./A.217.459/VI-20.640

En cause : **1. la société anonyme BUREAU ARCHITECTURE
ENGINEERING VERHAEGEN,
2. la société anonyme COSEP,
3. la société anonyme ARCADIS BELGIUM,
4. la société coopérative à responsabilité limitée
ARCHITECTENVENNOOTSCHAP AR-TE,**

ayant élu domicile chez
Mes Emmanuel van NUFFEL et
Dominique BOGAERT, avocats,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles,

contre :

l'association de droit public LE VAL D'ORBAIS,

ayant élu domicile chez
Mes France GUERENNE et
Francis HAUMONT, avocats,
chemin du Stocquoy, n° 1,
1300 Wavre.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 novembre 2015, la société anonyme BUREAU ARCHITECTURE ENGINEERING VERHAEGEN, la société anonyme COSEP, la société anonyme ARCADIS BELGIUM et la société coopérative à responsabilité limitée ARCHITECTENVENNOOTSCHAP AR-TE sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 28 septembre 2015 de la partie adverse d'attribuer au groupement D.D.V.-ETAU le marché de services ayant pour objet la désignation d'un bureau pluridisciplinaire pour la construction d'une maison de repos et de soins et d'une résidence services".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 novembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 27 novembre 2015 à 10 heures.

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'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Mes Emmanuel van NUFFEL et Kevin MUNUNGU, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et Me France GUERENNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Par des avis publiés au Bulletin des adjudications le 27 avril 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne le 2 mai 2015, la partie adverse a mis en concurrence un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un bureau pluridisciplinaire constitué d'un bureau d'architecture, d'un bureau d'études, d'un conseiller en environnement et P.E.B. et d'un coordinateur de sécurité pour la construction d'une maison de repos et de soins et d'une résidence services.

III.2. Le marché de services est estimé à un montant de 1.700.000 euros et attribué par appel d'offres ouvert.

III.3. Le cahier spécial des charges définit et pondère les critères d'attribution, dont un critère portant sur le planning des prestations d'études jusqu'à l'établissement du dossier d'adjudication des travaux. Ce critère, intitulé "planning et étude", compte

pour 10 points sur 100. Les autres critères sont la "vision, méthodologie, esquisse et estimation" (65 points) et les "honoraires" (25 points).

Dans le critère "planning et étude", il est demandé aux candidats de déterminer et de proposer un nombre de jours calendrier pour les étapes suivantes :

- esquisse;
- avant-projet;
- dossier de demande de permis d'urbanisme;
- dossier d'adjudication.

III.4. Cinq entreprises ont remis une offre, dont les requérantes et la société momentanée D.D.V.-ETAU.

III.5. Le 1^{er} septembre 2015, la partie adverse interroge le soumissionnaire D.D.V.-ETAU dans les termes suivants :

" Suivant votre offre du 25 juin dernier, pour le critère n° 3 : Planning & Etudes (10 points), nous avons constaté un écart significatif (en regard aux autres soumissionnaires) au niveau des différents délais proposés jusqu'à la finalisation du dossier d'adjudication. Nous souhaitons, en plus des arguments déjà évoqués dans votre offre, que vous puissiez confirmer et expliquer pratiquement et en détail comment les délais si courts seront tenables.

Nous vous demandons de bien vouloir nous transmettre ces précisions pour le 17 septembre prochain, 12h00".

Le soumissionnaire répond à ce courrier dans le délai imparti.

III.6. Par une décision du 28 septembre 2015, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société momentanée D.D.V.-ETAU, cette offre obtenant 84,84 points. L'offre des requérantes obtient 77,89 points et est classée en deuxième position.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui a été notifié aux parties requérantes par un courrier recommandé et par un courriel du 20 octobre 2015.

IV. MOYEN UNIQUE

IV.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un moyen unique "de la violation de : la directive 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article 55; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, article 95,

en particulier alinéa 3 et alinéa 4; le cahier spécial des charges, dispositions administratives, article 1.10, critère n° 3; le principe d'égalité; les principes de bonne administration (en particulier le défaut d'examen sérieux et l'erreur manifeste d'appréciation)".

Elles reprochent, en substance, à la partie adverse d'avoir accepté le planning d'exécution du futur adjudicataire qui annonce un délai de cinquante-six jours, que les parties requérantes estiment irréaliste.

Dans une première branche du moyen, elles soutiennent que le caractère irréaliste du planning d'exécution proposé par l'adjudicataire affecte son offre d'une irrégularité substantielle.

Elles rappellent qu'en application de l'article "95, alinéa 3" [lire § 3] de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, "le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter une offre pour nullité absolue lorsqu'elle déroge aux éléments essentiels du marché, et comporte donc une irrégularité substantielle". S'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice de l'Union européenne, elles exposent qu'une offre est entachée d'une irrégularité substantielle "non seulement lorsqu'elle déroge aux dispositions du marché public qui sont expressément considérées comme essentielles par le pouvoir adjudicateur; mais aussi lorsqu'elle méconnaît des dispositions, non expressément considérées comme essentielles, mais dont le non-respect porte atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, affecte la comparabilité des offres ou modifie le classement des offres".

Elles ajoutent que "lorsque le pouvoir adjudicateur constitue une proposition ou un élément techniques en critère d'attribution, cette proposition ou cet élément est, par nature, essentiel et le défaut de l'offre constitue une irrégularité substantielle". Elles précisent qu'une anomalie constitue une irrégularité et qu'une proposition technique défaillante ou irréaliste doit être tenue pour anormalement basse.

Tel est, selon elles, le cas en l'espèce, dès lors que "le délai de cinquante-six jours calendrier dans lequel le groupement D.D.V.-ETAU s'engage pour exécuter les prestations d'auteur de projet, déjà plus de 200 pourcents inférieur au délai sur lequel les requérantes se sont engagées, est manifestement irréaliste, et donc anormal". Elles indiquent que "si le pouvoir adjudicateur doit, avant de rejeter l'offre substantiellement irrégulière, demander au soumissionnaire qu'il justifie une proposition technique apparemment anormale, encore ne peut-il accepter la justification que si celle-ci est sérieuse". Elles considèrent que l'on "attend alors de

celui qui fait une proposition apparemment anormale pour exécuter la prestation qu'il la justifie par des éléments pertinents, propres et concrets".

Les parties requérantes ajoutent "que lorsque l'irrégularité affecte un élément essentiel du marché et sauf la justification admissible de l'anormalité, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge d'appréciation, l'offre «est matériellement irrégulière et partant nulle»".

En l'occurrence, elles constatent que "le délai proposé par l'adjudicataire a été considéré anormalement bas par la partie adverse" et estiment que "le rapport d'examen n'exprimant pas d'autre justification que des généralités non concrètes, la partie adverse devait considérer l'offre nulle et la rejeter".

Dans une seconde branche (qu'elles qualifient aussi de "second moyen"), elles font valoir qu'"à considérer que l'anormalité du délai ne constitue pas une irrégularité substantielle et à admettre le caractère objectif et réaliste des éléments avancés par l'adjudicataire pour le justifier, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé l'égalité entre les soumissionnaires". Selon elles, le caractère irréaliste du délai de cinquante-six jours proposé par l'adjudicataire a pour effet d'empêcher la comparabilité des offres. S'appuyant sur une analyse des ressources humaines dont dispose, selon elles, l'adjudicataire, elles estiment que ces ressources sont insuffisantes pour être en mesure de respecter le délai qu'il annonce. Elles ajoutent que "l'exécution d'une prestation sera toujours confrontée à des limites temporelles ou physiques qu'elle ne pourra pas franchir, notamment des prestations matérielles à exécuter dans une séquence de successions (p.ex. : un relevé de mesures préalables; un cahier des charges de travaux après l'aboutissement de l'étude du projet) et une maturation intellectuelle d'un projet". Elles concluent que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'elle a, de surcroît, faussé le jeu normal de la concurrence en survalorisant une proposition impossible à tenir.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat sur les deux branches réunies

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, remplacé par l'arrêté royal du 7 février 2014, est rédigé comme suit :

" Art. 95. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les

formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

En l'espèce, la critique des parties requérantes porte, certes, sur l'appréciation d'un délai, mais il n'est pas reproché à l'acte attaqué d'avoir accepté un délai non conforme aux prescriptions des documents du marché ou à une quelconque disposition réglementaire autre que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Ce qui est reproché à l'acte attaqué est, en revanche, d'avoir accepté un délai non conforme à la réalité. L'irrégularité alléguée relève donc du champ d'application de l'article 95, § 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, qui vise expressément l'hypothèse de l'offre qui "contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité". A la supposer établie, une telle irrégularité n'est pas substantielle.

Les parties requérantes ne critiquent pas la motivation formelle de l'acte attaqué en ce qu'il accepte la justification fournie par le futur adjudicataire, mais soutiennent que, matériellement, cette justification ne pouvait être acceptée sans commettre une erreur manifeste d'appréciation et sans rompre l'égalité entre les soumissionnaires.

Il ressort des pièces du dossier administratif que la partie adverse a interrogé le futur adjudicataire afin d'obtenir une explication relativement au délai d'exécution qu'il proposait. Celui-ci a répondu dans le délai qui lui était imparti. Dans sa réponse, il fournit pour chacun des éléments constitutifs du délai d'exécution une explication permettant de comprendre comment il a calculé le délai proposé pour cet élément et les moyens qu'il compte y affecter. Cette explication n'est pas stéréotypée et varie en fonction des étapes de la réalisation du projet. Des justifications plus générales liées à l'organisation et à l'expérience du soumissionnaire sont également fournies, de même que des explications propres au marché litigieux. Ainsi, pour ce qui concerne l'élaboration de l'avant-projet, ce soumissionnaire expose qu'il a déjà fourni une esquisse détaillée avec l'offre. Une telle circonstance, qui se

vérifie à la consultation du dossier administratif, peut, à première vue, effectivement être de nature à réduire le délai nécessaire à la "maturation" de l'avant-projet, évoquée par les parties requérantes. La réponse fait également état de manière chiffrée de l'étendue de l'expérience du futur adjudicataire pour ce genre de projet, ce qui est présenté comme étant également de nature à réduire les délais grâce à une grande familiarité avec les réglementations et les exigences propres à ce type de projet. L'étendue de l'expérience dont il est fait état (7.000 lits), dont attestent, par ailleurs, un grand nombre de références jointes au dossier, est telle qu'il n'apparaît pas, *a priori*, que n'importe quel soumissionnaire pourrait s'en prévaloir. Enfin, la réponse détaille les ressources humaines dont dispose ce soumissionnaire et indique avec précision la proportion de ces ressources qu'il compte affecter au marché litigieux, soit 9 "équivalents temps plein" sur 118 personnes. Un tel chiffre n'apparaît, à première vue, ni déraisonnable, ni irréaliste.

Il découle de ce qui précède que le futur adjudicataire a fourni des explications circonstanciées dont on n'aperçoit pas en quoi elles seraient manifestement irréalistes ou inexactes.

Par ailleurs, pas moins de dix attestations de bonne exécution pour des projets similaires sont jointes à l'offre de l'adjudicataire, en sorte que la partie adverse n'a pas agi d'une manière manifestement déraisonnable en considérant qu'elle pouvait se fier aux engagements du soumissionnaire concerné.

La partie adverse a donc procédé à un examen sérieux de l'offre en se faisant expliquer concrètement comment le futur adjudicataire pouvait proposer des délais d'exécution largement inférieurs à ceux des autres soumissionnaires. La réponse à cette demande d'explication lui a permis de disposer d'une justification à première vue sérieuse et circonstanciée dudit délai.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il n'apparaît pas qu'en acceptant ces justifications, la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation et violé le principe général d'égalité.

Le moyen n'est pas sérieux.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse communique les offres des différents soumissionnaires et demande qu'elles soient tenues confidentielles.

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen *prima facie* de la demande de suspension d'extrême urgence, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces numérotées 3.1 à 3.5 du dossier administratif.

Il s'impose par ailleurs de déclarer d'office comme confidentiel l'extrait de l'offre que les parties requérantes déposent en pièce 3 de leur dossier de pièces.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande le paiement d'une indemnité de procédure de 2.800 euros sans exposer les raisons concrètes justifiant ce montant.

A défaut d'une telle explication, il y a lieu de lui allouer l'indemnité de base, soit 700 euros.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 3.1 à 3.5 du dossier administratif et la pièce 3 du dossier de pièces des parties requérantes demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge des parties requérantes à concurrence de 175 euros chacune.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 800 euros, sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le premier décembre deux mille quinze par :

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.