

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 156.427 du 15 mars 2006

G./A.82.365/VI-14.983

G./A.88.359/VI-15.371

En cause : **1. la société anonyme BOUYGUES BELGIUM,**
 2. la société anonyme GROUPE THIRAN,

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Katelijne RONSE, avocat,
avenue Louise, n° 149/20,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 5 février 1999 par la société anonyme BOUYGUES BELGIUM et la société anonyme GROUPE THIRAN, "agissant en association momentanée", qui demandent l'annulation de la décision du 9 décembre 1998 de la Régie des Bâtiments "de substituer à la procédure d'appel d'offres restreint qu'elle avait initiée (...) une procédure négociée par application de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993" (G./A.82.365/VI-14.983);

Vu la requête introduite le 9 décembre 1999 par les mêmes sociétés requérantes, "agissant en association momentanée", qui demandent l'annulation de la décision du 3 juin 1999 de la Régie des Bâtiments "d'attribuer, au terme d'une procédure négociée entreprise le 5 janvier 1999, le marché de construction d'une prison, rue de Clabecq à Ittre, suivant Cahier spécial des charges n° 98/20.2279/021 à l'association momentanée BAGECI-CFE-CM" (G./A.88.359/VI-15.371);

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu les rapports de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu les ordonnances du 15 septembre 2005 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et des rapports;

Vu la notification des rapports aux parties et les derniers mémoires des parties requérantes;

Vu les ordonnances du 30 janvier 2006, notifiée aux parties, fixant les affaires à l'audience du 8 mars 2006;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour les requérantes et Me Renaud van MELSEN, loco Me Katelijne RONSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. QUANT A LA CONNEXITE

Considérant que les deux recours sont introduits par les mêmes parties requérantes et ont trait au même marché public; qu'il s'impose de les joindre en raison de leur connexité;

II. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen des requêtes se présentent comme suit :

1. Par un avis publié au Bulletin des adjudications du 6 mars 1998 et au Journal officiel des Communautés européennes du 12 mars 1998, la partie adverse invite les entrepreneurs répondant aux conditions fixées dans ledit avis à introduire leur

candidature en vue de participer à un marché public de travaux, à passer selon le mode de l'appel d'offres restreint, ayant pour objet la construction d'une prison à Ittre.

Parmi les seize candidatures déposées, quatorze candidats sont retenus et invités le 11 juin 1998 à déposer une offre.

2. Le cahier spécial des charges n° 98/202279/021 régissant le marché prévoit qu'il s'agit d'un marché à prix global et que :

" B.2.5. Choix de l'adjudicataire

B.2.5.1. Article 115

Conformément aux dispositions de l'article 115 de l'arrêté royal du 1996.01.08, le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière qu'il juge la plus intéressante.

A cet effet, le pouvoir adjudicateur écarte tout d'abord les offres nulles ou les offres qui sont à considérer comme irrégulières selon l'article 110 de l'A.R. du 1996.01.08. Pourront notamment être considérées comme irrégulières, les offres dont le dossier technique est substantiellement incomplet.

Le pouvoir adjudicateur détermine ensuite, parmi les offres restant en compétition, celle qui est la plus intéressante en tenant compte des critères d'attribution ci-après, classés par ordre décroissant :

	Points maximum
1. Le prix	voir ci-après
2. La valeur technique de l'offre évaluée en fonction :	40 points
a) de sa conformité aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges qui sont à considérer comme des exigences minimales;	
b) de la résistance à l'usure et au vandalisme des matériaux, des composants et des équipements du bâtiment proposés;	
c) de la valeur technique particulière des matériaux, des composants et des équipements proposés et des méthodes d'exécution au-delà des minima imposés.	
3. Le caractère complet du dossier et la qualité des documents joints à l'offre	20 points
4. Le délai d'exécution, c'est-à-dire les propositions éventuelles du soumissionnaire visant à exécuter le marché dans un délai plus court que le délai maximal fixé	15 points
5. La qualification des bureaux d'études évaluée sur la base des compétences techniques et des références des bureaux d'architectes et d'ingénieurs-conseils (stabilité, HVAC, électricité et électronique) chargés par le soumissionnaire de l'établissement du dossier technique de l'offre et du dossier d'exécution.	7,5 points

6. La qualité de la structure de direction de chantier mise en place par le soumissionnaire pour l'exécution du chantier, jugée sur la base: 7,5 points

- des compétences de la ou des personnes qui assureront la direction du chantier (titres d'études et professionnels à renseigner);
- du projet d'organigramme indiquant les équipes de techniciens (nombre et qualifications) et les moyens mis en oeuvre.

7. Le prix de l'entretien de la téléphonie, des installations électromécaniques, des équipements électroniques de sécurité et la régulation automatique du chauffage. En ce qui concerne les équipements électroniques de sécurité et la régulation automatique du chauffage, les conditions de l'entretien proposé par le sous-traitant (contenu, délai d'intervention etc ...) seront également pris en considération pour l'évaluation de ce critère. 10 points

L'évaluation se fera sur base de la note jointe à l'offre sous peine de nullité.

Après évaluation des offres sur base des critères ci-dessus, hormis le prix et en fonction de la répartition des points attribués à chacun de ces critères, l'offre la plus intéressante sera finalement retenue après confrontation du résultat de cette évaluation au montant des offres."

3. Le 28 septembre 1998, jour de l'ouverture des offres, il apparaît que huit offres ont été déposées.

4. Chacune des offres fait l'objet, pour ce qui concerne sa conformité, d'un examen "administratif" (à savoir vérifier si figurent dans chacun des dossiers les documents prescrits par l'article B.2.2.2., points 1 et 2.1., du cahier spécial des charges, dont les "notes" relatives, par exemple, aux divers contrats d'entretien ou aux moyens mis en oeuvre) et d'un examen "technique" (à savoir les documents techniques prévus par l'article B.2.2.2., points 2.2. à 2.4., du cahier spécial des charges, tels que des plans, coupes, schémas pour l'infrastructure, l'architecture, la stabilité, le chauffage, l'électricité, l'électronique, l'électromécanique, etc. ainsi que différentes notes techniques pour les équipements ou encore les listes de matériel ou des matériaux utilisés).

Selon le rapport d'examen des offres, il s'avère qu'aucune offre ne répond aux exigences du cahier spécial des charges. Plus particulièrement, seule l'offre des requérantes est jugée conforme pour ce qui concerne l'aspect administratif - elle "contient tous les documents administratifs prévus par la réglementation et particulièrement demandés par le cahier spécial des charges" -; pour l'aspect technique, toutes les offres sont jugées irrégulières "compte tenu du nombre et de la nature des non-conformités relevées dans les documents techniques".

5. Le 9 décembre 1998, le Ministre de la Fonction publique prend la décision suivante pour le compte de la partie adverse :

" (...)

Considérant que, après invitation, les entrepreneurs suivants ont remis une offre :

- l'Association momentanée LOUIS DE WAELE - VANDERSTRAETEN
- les Entreprises MAURICE DELENS
- l'Association momentanée SINTRA - EGTA CONTRACTORS - DHERTE
- l'Association momentanée BOUYGUES BELGIUM - THIRAN
- l'Association momentanée FAVIER - STRUKTON DE MEYER - STRUKTON CTF
- l'Association momentanée DUCHENE - VAN RYMENANT
- l'Association momentanée BAGECI - C.F.E. - CONSTRUCTION MANAGEMENT
- l'Association momentanée BEMAT - BATIMENT ET PONTS CONSTRUCTION (BPC).

Que, en application de l'article 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996, les offres suivantes ont été considérées comme irrégulières et, par conséquent, refusées :

- Offre de l'Association momentanée BAGECI - CFE - CM :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 7 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée BPC - BEMAT :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 6 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée BOUYGUES - THIRAN :
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée DUCHENE - VAN RYMENANT :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 7 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée FAVIER - STRUKTON DE MEYER - CONSTRUCTION CTF :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 6 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée L. DE WAELE - VANDERSTRAETEN :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 7 notes relatives aux contrats d'entretien et

- compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques
(voir rapport ci-annexé)
- Offre des Entreprises MAURICE DELENS :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 6 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques
(voir rapport ci-annexé)
- Offre de l'Association momentanée SINTRA - EGTA - DHERTE :
 - étant donné la non conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges prescrites sous peine de nullité de 7 notes relatives aux contrats d'entretien et
 - compte tenu du nombre et de la nature des non conformités relevées dans les documents techniques
(voir rapport ci-annexé)

Vu le visa de l'Inspection des Finances du 09-12-1998;

J'ai décidé de ne pas donner suite à la présente procédure d'appel d'offres restreint et d'appliquer l'article 17 par. 2, 1^o, d., de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, prévoyant le recours à la procédure négociée sans publicité."

Cette décision constitue l'acte attaqué dans le recours G./A. 82.365/VI-14.983.

6. Le même jour, les services de la partie adverse envoient à chacun des huit soumissionnaires le courrier recommandé suivant :

" Objet : Construction d'une prison - Ittre, rue de Clabecq.
Procédure d'attribution du marché.

Monsieur,

J'ai l'honneur de vous communiquer, suite à l'examen des offres, la décision qui a été prise à ce sujet.

Décision

Suite aux conclusions de l'examen des offres qui ont conduit à juger irrégulière chacune des offres reçues le 28 septembre dernier, le Ministre de la Fonction Publique a décidé de ne pas donner suite à la procédure d'appel d'offres restreint et de recourir à une procédure négociée avec tous les soumissionnaires ayant remis une offre et ce, conformément au point d) de l'article 17.§.2-1^o de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Possibilité de recours

Je vous signale qu'un recours en annulation et/ou en suspension est possible devant le Conseil d'Etat dans un délai de 60 jours à dater de la présente décision.

Présentation d'une nouvelle offre

Afin de pouvoir participer à cette procédure négociée, chaque candidat est donc invité à remettre une nouvelle offre. Cette offre complète l'offre initiale, en fonction des non-conformités relevées dans son dossier lors de l'examen.

Pour ce faire, il est demandé à chaque candidat :

1. de se référer à son offre initiale et de confirmer les parties de celle-ci qu'il reprend pour faire partie intégrante de sa nouvelle offre
2. de la compléter de façon à la rendre conforme.

Vous trouverez en annexe (annexe n°1) les documents reprenant les différents points auxquels vous êtes invités à répondre pour rendre conforme votre offre c'est-à-dire:

1. les remarques concernant les notes relatives aux contrats d'entretien ainsi qu'un tableau récapitulatif des notes et/ou contrats manquants;
2. la liste des documents manquants
3. l'énumération des non-conformités.

L'offre doit obligatoirement être présentée de telle façon que les éléments de réponse à chacun des points énumérés ci-dessus soient bien distincts et dans l'ordre énuméré ci-avant. En ce qui concerne les non-conformités, un dossier distinct sera établi par technique.

De plus, l'offre comprendra également un nouveau métré récapitulatif - de même présentation que celui de la première offre - dans lequel les nouveaux postes ou les postes adaptés seront différenciés clairement.

Enfin, l'offre est établie conformément au cahier spécial des charges n°98/20.2279/021, aux avis rectificatifs et bulletins «questions - réponses» qui sont maintenus moyennant les prescriptions complémentaires ci-annexées (annexe n°2) qui modifient ou complètent le cahier spécial des charges et avis rectificatifs précités.

Les offres doivent parvenir au plus tard le lundi 21 décembre 1998 à 11 heures, à mon secrétariat, local 06022, 6^{ème} étage du Résidence Palace, 155, rue de la Loi à 1040 Bruxelles."

Sont jointes à cette notification deux annexes, la première contenant pour chaque soumissionnaire la liste des documents manquants et la liste des non-conformités et la seconde les "Prescriptions complémentaires". Il y est notamment prévu, pour ce qui est du choix de l'adjudicataire, que "L'article B.2.5. du Cahier Spécial des Charges reste d'application".

Par un avis rectificatif, le dépôt des offres est reporté au 5 janvier 1999.

7. Le 5 janvier 1999, les sociétés requérantes déposent leur offre tout en précisant que leur offre initiale ne présentait pas les non-conformités que la partie adverse prétend y avoir trouvées et que les prix ont été actualisés "dans le sens de l'économie globale du projet".

8. Le 20 janvier 1999, après examen et classement des offres, la commission d'examen des offres "estime qu'il y a lieu de consulter les deux associations momentanées L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN et BAGECI-CFE-CM en vue de leur demander des compléments et précisions au sujet de leur offre". La commission se fonde sur les éléments suivants :

" a) l'offre de l'association momentanée L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN obtient la cote la plus élevée pour l'ensemble des critères de qualité (80,00 points sur un total de 100), mais pour le montant total le plus élevé de l'ensemble des offres (1.310.500.093 BEF TVA comprise);

b) l'offre de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM obtient la seconde cote la plus élevée pour l'ensemble des critères de qualité (75,60 points sur un total de 100) et pour le montant total le moins élevé de l'ensemble des offres (1.228.792.199 BEF TVA comprise);

Les trois autres offres en compétition, à savoir les offres de l'association momentanée BOUYGUES-THIRAN, des Entreprises M. DELENS et de l'association momentanée DUCHENE-VAN RYMENANT, n'entrent plus en ligne de compte étant donné leur montant total plus élevé, d'une part, et leur moins bonne cote pour l'ensemble des critères de qualité, d'autre part, et ce par rapport au montant total et à la cote «Qualité» de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM."

9. Après examen des compléments et précisions apportés par les deux soumissionnaires encore en lice, la commission d'examen des offres établit le tableau suivant :

Soumissionnaire	Montant total de la meilleure offre (TVA comprise)	Cote globale sur 100 points
BAGECI-CFE-CM	1.246.954.069 BEF	77,35 points
L. DE WAELE - VANDERSTRAETEN	1.316.149.798 BEF	80,30 points

Elle "estime que l'offre la plus intéressante compte tenu des critères d'attribution du marché, est l'offre de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM pour un montant total de 1.246.954.069 BEF (TVA incluse), en ce compris les variantes libres et obligatoires retenues" et ce pour les motifs reproduits dans la décision d'attribution du marché.

10. Le 3 juin 1999, le Ministre de la Fonction publique, en charge de la Régie des Bâtiments, prend la décision suivante, qui constitue l'acte attaqué dans le recours G./A.88.359/VI-15.371 :

" PROCEDURE NEGOCIEE SANS PUBLICITE - MARCHE DE TRAVAUX
DECISION MOTIVEE

Concerne : Procédure négociée du 5 janvier 1999 à BRUXELLES
Marché de construction d'une prison, rue de Clabecq à ITTRE
Cahier spécial des charges n° 98/20.2279/021

(...)

Vu la procédure d'appel d'offres restreint ayant abouti à la décision motivée prise en date du 9 décembre 1998, telle qu'annexée à la présente décision, en vertu de laquelle:

1°) en application de l'article 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996, toutes les offres reprises ci-après ont été considérées comme irrégulières et, par conséquent, refusées :

(...)

2°) et en application de l'article 17 par. 2 1° d) de la Loi du 24 décembre 1993, il a été décidé de recourir à une procédure négociée sans publicité;

Vu que sur la base de la décision motivée prise en date du 9 décembre 1998 citée ci-avant, les entrepreneurs suivants ont été, à la date du 9 décembre 1998, invités à remettre une nouvelle offre :

- l'Association momentanée BAGECI - C.F.E. - CONSTRUCTION MANAGEMENT
- l'Association momentanée BEMAT - BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTIONS (BPC)
- l'Association momentanée BOUYGUES BELGIUM - THIRAN
- l'Association momentanée DUCHENE - VAN RYMENANT
- l'Association momentanée FAVIER - STRUKTON DE MEYER - STRUKTON CTF
- l'Association momentanée L. DE WAELE - VANDERSTRAETEN
- les Entreprises MAURICE DELENS
- l'Association momentanée SINTRA - EGTA CONTRACTORS - DHERTE

Vu que, après consultation, les entrepreneurs suivants ont remis une nouvelle offre:

	Montant hors TVA	Montant TVA comprise
BAGECI - C.F.E. - CONSTRUCTION MANAGEMENT	1.015.530.743 BEF	1.228.792.199 BEF
BOUYGUES BELGIUM -THIRAN	1.040.017.290 BEF	1.258.420.920 BEF
DUCHENE - VAN RYMENANT (1)	1.072.859.827 BEF	1.298.160.391 BEF
FAVIER - STRUKTON DE MEYER - STRUKTON CTF	aucun montant indiqué	

L. DE WAELE - VANDERSTRAETEN	1.083.057.928 BEF	1.310.500.093 BEF
MAURICE DELENS (2)	997.653.428 BEF	1.207.160.648 BEF
SINTRA - EGTA CONTRACTORS -DHERTE (3)	1.001.678.190 BEF	1.212.030.610 BEF

(1) Montant total, déduction faite de la ristourne de 1,8 % sur tous les postes du métré.

(2) Montant total, déduction faite du montant de la variante n°10 "Fours rotatifs" inclus dans l'offre de base.

(3) Montant total, déduction faite de la ristourne de 10 % accordée sur les équipements électroniques.

Vu que l'Association momentanée FAVIER-STRUKTON DE MEYER-STRUKTON CTF a présenté une offre qui n'est pas retenue pour examen dans le cadre de cette procédure négociée, pour les raisons suivantes: (...);

Vu que l'Association momentanée SINTRA-EGTA CONTRACTORS-DHERTE a présenté une offre qui n'est pas retenue pour examen dans le cadre de cette procédure négociée, pour les raisons suivantes: (...)

Vu qu'après un premier examen des cinq offres restantes, l'analyse de tous les critères, hormis le prix, aboutit aux cotations apparaissant dans le tableau «Cotation proportionnelle à la valeur intrinsèque des offres» joint en annexe. Ces cotations sont fondées sur le Rapport d'examen des offres;

Vu qu'après intégration des variantes libres jugées intéressantes et donnant lieu à une majoration de la cote globale des soumissionnaires concernés, à savoir l'Association momentanée BOUYGUES-THIRAN et les Entreprises M. DELENS, les montants et les cotes s'établissent comme suit : (voir tableau ci-dessous)

Soumissionnaire	Montant total de la meilleure offre TVA comprise	Cote globale sur 100 points
BAGECI-CFE-CM	1.228.792.199 BEF	75,60 points
BOUYGUES-THIRAN	1.260.406.770 BEF	70,85 points
DUCHENE-VAN RY-MENANT	1.298.160.770 BEF	59,80 points
L. DE WAELE - VANDERSTRAETEN	1.310.500.093 BEF	80,00 points
M. DELENS	1.231.934.309 BEF	70,10 points

Vu qu'à l'analyse du tableau repris ci-dessus, il ressort que deux offres, celles de l'A.M. L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN et de l'A.M. BAGECI-CFE-CM, s'en dégagent, pour les raisons suivantes :

a) l'offre de l'association momentanée L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN obtient la cote la plus élevée pour l'ensemble des critères de qualité (80,00 points sur un total

de 100), mais pour le montant total le plus élevé de l'ensemble des offres (1.310.500.093 BEF TVA comprise)

b) l'offre de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM obtient la seconde cote la plus élevée pour l'ensemble des critères de qualité (75,60 points sur un total de 100) et pour le montant total le moins élevé de l'ensemble des offres (1.228.792.199 BEF TVA comprise)

c) Les trois autres offres en compétition, à savoir les offres de l'association momentanée BOUYGUES-THIRAN, des Entreprises M. DELENS et de l'association momentanée DUCHENE-VAN RYMENANT, n'entrent plus en ligne de compte étant donné leur montant total plus élevé, d'une part, et leur moins bonne cote pour l'ensemble des critères de qualité, d'autre part, et ce par rapport au montant total et à la cote «Qualité» de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM.

Vu les compléments fournis par les Associations momentanées BAGECI-CFE-CM et L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN;

Vu le rapport d'examen des offres selon lequel l'offre de l'Association momentanée BAGECI-CFE-CM d'un montant de 1.246.954.069 BEF (TVA comprise) en ce compris les variantes libres et obligatoires retenues, doit être considérée comme plus avantageuse que l'offre de l'Association momentanée L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN, d'un montant de 1.316.149.798 BEF pour les motifs suivants :

A. La différence de qualité entre cette offre et celle de l'association momentanée L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN consiste essentiellement en les éléments suivants :

L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN présente une offre considérée comme très bonne car :

Elle est très complète, rigoureuse et sans ambiguïté. L'étude architecturale est bien faite. Les quelques réserves concernent des points peu importants. La quantité de remarques est des moins importantes. C'est le candidat qui a le mieux répondu aux questions et remarques.

BAGECI-CFE-CM présente une offre considérée comme bonne car :

Elle est très complète, mais parfois très ambiguë dans ses formulations et pas toujours très rigoureuse dans sa présentation (métré compliqué à analyser et donc à apprécier). Les quelques réserves diverses concernent des points parfois importants mais non substantiels. Il n'est pas répondu à certaines questions et remarques.

Ces considérations globales se traduisent par les cotes globales respectives de 80,30/100 pour l'A.M. L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN et de 77,35/100 pour l'A.M. B. BAGECI-CFE-CM et sont détaillées ci-après pour chaque critère et sous-critère.

2. VALEUR TECHNIQUE DE L'OFFRE

(N.B. : le critère 1, non repris ici, est le prix).

2.1. - Bâtiment dans son ensemble

De toutes les offres, l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN contient des réponses plus précises et plus satisfaisantes au cahier des charges que celle présentée par l'A.M. BAGECI-CFE-CM.

Entre autres, cette offre présente une documentation technique relative à l'étude acoustique des installations HVAC ainsi qu'une solution plus intéressante que celle prévue au cahier spécial des charges pour le sous-sol des ailes cellulaires (remplacement des voiles par des colonnes au profit de la souplesse d'utilisation).

2.2. - Structure

BAGECI-CFE-CM a remis un très bon projet qui fait partie des meilleurs dossiers, pour les raisons suivantes:

- respect des prescriptions du cahier spécial des charges du point de vue des fondations;
- dès l'introduction initiale du dossier, celui-ci comprenait des calculs de tassements en zone cellulaire;
- très bon dimensionnement de la zone 4;
- les notes de calcul contiennent un descriptif des phases successives d'exécution des travaux des bâtiments cellulaires;
- les plans sont clairs.

DE WAELE-VANDERSTRAETEN a également remis un très bon projet qui fait partie des meilleurs dossiers. Respect des prescriptions du Cahier des Charges du point de vue fondations. Les plans sont clairs. Les réponses apportées aux questions concernant la zone 4 sont un peu moins précises.

2.3. - Gros-oeuvre et parachèvement + 2.4. Aménagement des abords

Le dossier de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est plus étudié et répond mieux aux exigences du cahier spécial des charges que le dossier présenté par l'A.M. BAGECI-CFE-CM. En outre, l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN propose pour l'évacuation des eaux des ateliers ainsi que pour les voiries deux solutions plus avantageuses que celles exigées par le cahier spécial des charges.

2.5. - Installations de chauffage et de ventilation

Les deux offres présentent une bonne valeur technique, les études des installations de chauffage et ventilation sont claires et assez complètes.

L'étude de BAGECI-CFE-CM est cependant plus approfondie, notamment dans la sélection du matériel (bouches et grilles de ventilation) et le dimensionnement du chauffage (puissance détaillée par corps de chauffe).

2. 6. - Installations électriques

Suite aux renseignements complémentaires fournis par les deux associations momentanées, il apparaît que:

- l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est tout à fait conforme;
- l'offre de BAGECI-CFE-CM présente encore une non-conformité et des imprécisions :
 - non-conformité : le niveau moyen d'éclairage de la cellule individuelle requis par le cahier des charges (300 lux) n'est pas atteint; toutefois cette non-conformité n'est pas essentielle au niveau de l'offre dans son ensemble et est aisément modifiable;
 - imprécisions :
 - niveau d'éclairage de la salle des sports, d'un couloir et des préaux;
 - caractéristique de l'ensemble général basse tension.

Il apparaît donc, pour ce sous-critère, un avantage certain pour L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN.

2.7. - Installations électroniques

L'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est considérée comme très bonne pour les raisons suivantes :

- très complète de part la description technique du matériel qui sera installé et de son métré très détaillé (tubage, accessoires, percements, mise en service, ...); ce dernier permet de mieux vérifier la conformité de l'offre et la qualité technique de celle-ci;
- les solutions techniques présentées sont de très bonne qualité, plus particulièrement pour les chapitres traitant de la détection incendie, alarme, le contrôle d'accès et de ronde, la détection périmétrique, la télédistribution et les serrures électriques;
- les schémas blocs présentés sont très complets et permettent de bien comprendre l'infrastructure des différentes installations.

L'offre de BAGECI-CFE-CM est considérée comme bonne, pour les raisons suivantes :

- les descriptions techniques du matériel prévu sont beaucoup moins détaillées;
- le métré est tantôt complet, tantôt moins complet;
- les schémas blocs sont moins structurés.

Remarque : dans le dossier, aucun élément ne met en doute la conformité de l'offre.

2.8. - Installations électromécaniques

En ce qui concerne les ascenseurs, la herse et les deux barrières levantes, les deux entrepreneurs remettent des propositions équivalentes.

En ce qui concerne les deux portes (extérieures et sas), le dossier technique est beaucoup plus précis et complet chez BAGECI-CFE-CM.

2.9. - Équipements de la cuisine

L'offre de BAGECI-CFE-CM propose des appareils de cuisson avec une durabilité plus importante que ceux proposés dans l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN.

2.10. - 2.11. - 2.12. - Équipements médicaux - Équipements de la buanderie - Équipements fixes par destination

La bonne cote attribuée à L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN traduit la qualité satisfaisante des propositions du soumissionnaire pour ce sous-critère. La qualité du dossier des équipements fixes proposés pour le PCI et la cabine blindée est particulièrement remarquable.

Les propositions de BAGECI-CFE-CM sont moins satisfaisantes. Entre autres, les équipements médicaux présentent certains risques quant à leur robustesse.

3. CARACTERE COMPLET DU DOSSIER ET QUALITE DES DOCUMENTS

3.1. - Architecture

Les dossiers de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN et de BAGECI-CFE-CM sont les deux dossiers les plus complets.

Quant à la qualité de ces documents et en particulier des documents graphiques présentés, l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN s'avère la meilleure pour les points suivants :

- 1) valeur technique des propositions;
- 2) présentation, lisibilité et compréhension du dossier.

3.2. - Structure

Le caractère complet et la qualité des dossiers remis par les deux entrepreneurs sont équivalents.

3.3. - H.V.A.C.

Les documents joints aux deux offres sont de bonne qualité.

L'offre de BAGECI-CFE-CM présente les avantages suivants :

- plans généraux des installations très détaillés (plans au 1/100 avec détail trémie cellulaire au 1/10);
- calcul des déperditions par local;
- sélection des radiateurs.

3.4. - Installations électriques

La différence entre les deux offres n'est pas très importante au niveau de ce sous-critère, il y a un léger avantage pour L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN dû à:
- un document supplémentaire (sur 23) remis par ce soumissionnaire par rapport BAGECI-CFE-CM;
- des meilleurs notes de calcul des bilans de puissance réalisés.

4. DELAI D'EXECUTION

La différence de cotation se justifie par la réduction de 10 jours pour le délai proposé par BAGECI-CFE-CM par rapport au délai proposé par L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN.

5. QUALIFICATION DES BUREAUX D'ETUDES

5.1. - Architecture

Les documents présentés par les deux entrepreneurs, démontrent la maîtrise de domaines de création variés et importants; ces documents présentent des projets de bonne qualité architecturale.

Les références architecturales du bureau d'études de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN sont de meilleure qualité.

5.2. - Structure

La qualification des bureaux d'études présentés par les deux entrepreneurs sont équivalentes.

5.3. - H.V.A.C.

Les bureaux d'études proposés par les deux soumissionnaires disposent de moyens (humains et matériels) performants et font preuve d'une bonne expérience.

Le bureau d'études de BAGECI-CFE-CM détaille en plus une expérience spécifique en études d'installations de chauffage et ventilation pour des grands projets, ainsi que des moyens informatiques spécifiques (logiciels de dessin et dimensionnement pour HVAC).

5.4. - Électricité et électronique

La qualification du bureau d'études présenté par L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN, à savoir le bureau «Tractebel Wallonie», est meilleure que celle du bureau d'études présenté par BAGECI-CFE-CM, à savoir le bureau «SIGMA 3», aussi bien du point de vue du nombre et des qualifications de son effectif que de ses références.

De plus, la qualité des documents remis par le bureau d'études de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est supérieure à la qualité des documents remis par le bureau d'études de BAGECI-CFE-CM. Cette supériorité a été encore plus marquée lors de la remise des documents complémentaires pour laquelle les documents remis par BAGECI-CFE-CM ont été particulièrement médiocres.

En conclusion, l'offre de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est, pour ce sous-critère, supérieure à l'offre de BAGECI-CFE-CM.

6. QUALITE DE LA STRUCTURE DU CHANTIER

Le dossier de BAGECI-CFE-CM propose :

- une présentation des curriculum vitae très détaillée;
- un organigramme très bien structuré.

De plus, ce soumissionnaire propose la même équipe - très performante au niveau technique - ayant oeuvré à la prison d'Andenne.

La présentation de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est quelque peu moins détaillée et ne fournit aucun renseignement sur les techniciens des différentes disciplines (techniques spéciales).

7. PRIX ET CONDITIONS DE L'ENTRETIEN DE :

7.1. - Téléphonie

La proposition de L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est plus précise, plus complète et plus satisfaisante.

7.2. - Installations électromécaniques

Pour l'entretien des ascenseurs et des deux barrières levantes, les prix remis par les deux soumissionnaires sont équivalents.

Pour l'entretien des portes (extérieures et sas), le prix remis par L. DE WAELE-VANDERSTRAETEN est un peu moins coûteux.

Pour l'entretien de la herse, les prix remis par les deux entrepreneurs sont trop élevés.

7.3. - Equipements électroniques de sécurité

Le prix remis par BAGECI-CFE-CM est moins élevé (1.432.000 BEF/an) que celui de L. DE WAELE-VANDERSTRATEN (3.512.623 BEF/an).

BAGECI-CFE-CM est complètement conforme. Ce soumissionnaire a souscrit avec le contrat d'entretien type (inclus dans le cahier spécial des charges); tandis que L. DE WAELE-VANDERSTRATEN a souscrit avec son propre contrat d'entretien.

7.4. - Régulation automatique du chauffage

Les contrats présentés sont bien détaillés (conditions d'entretien, liste du matériel entretenu, ...).

Le prix proposé par L. DE WAELE-VANDERSTRATEN est le plus bas.

B. cette différence de qualité, qui ne se traduit que par une différence de cote de 2,95 points sur 100, ne justifie pas le supplément de prix de 69.195.729 BEF (TVA comprise) par rapport à l'offre de l'Association momentanée L. DE WAELE-VANDERSTRATEN.

Cette appréciation est confirmée par le fait que le supplément de coût de l'offre de l'A.M. L. DE WAELE-VANDERSTRATEN par rapport à celle de l'A.M. BAGECI-CFE-CM est de 5, 55 %, alors que le supplément de qualité, exprimé en cote sur 100 points, n'est que de 3, 81 %.

Attendu que deux des trois entrepreneurs constituant l'association momentanée satisfont aux exigences posées en matière d'enregistrement et d'agrégation;

Attendu que les trois entrepreneurs satisfont à leurs obligations en matière de sécurité sociale;

Vu le visa de l'Inspection des Finances du 02-06-1999

Sous réserve de la preuve de l'enregistrement de l'Association momentanée en catégorie 11 avant notification du marché, j'ai décidé d'attribuer le marché ci-dessus mentionné à l'association momentanée BAGECI-CFE-CM pour un montant total de 1.246.954.069 BEF (TVA comprise), en ce compris les variantes obligatoires suivantes :

- le bassin d'orage pour un supplément de 7.886.389 BEF (TVA comprise)
- le programme incendie pour un supplément de 1.271.259 BEF (TVA comprise)
- la lumière et la lampe halogène intégrées à l'unité pour le cabinet dentaire sans supplément de prix."

III. QUANT AUX MOYENS

A. G./A.82.365/VI-14.983

Considérant que les sociétés requérantes prennent un premier moyen de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 (relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services), plus particulièrement en son article 17, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics), plus particulièrement en son article 110, du cahier spécial des charges applicable au marché et de l'excès de pouvoir"; qu'elles reprochent à la partie adverse d'avoir "substitué à la procédure d'appel d'offres régulièrement entreprise une procédure négociée sans publicité"; qu'elles exposent que les prétendues non-conformités qui affecteraient les documents techniques joints à leur offre ne résistent pas à un examen sérieux, qu'en effet, dans ces non-conformités, "une quotité significative manque de tout fondement tandis que les remarques subsistantes présentent toutes un caractère mineur par rapport à l'ampleur du projet et à la multiplicité des documents" imposés par le cahier spécial des charges, que les précisions utiles pouvaient être apportées soit préalablement à l'attribution du marché public, à la demande du pouvoir adjudicateur par application de l'article B.2.2.2.2. du cahier spécial des charges, soit postérieurement à ladite attribution, conformément à l'article B.2.2.2.1. du même document, que le caractère forfaitaire et global des prix impose à l'adjudicataire d'assumer les conséquences techniques et financières des manquements et qu'en conséquence, leur offre était parfaitement régulière et non "substantiellement incomplète" en telle sorte que les conditions de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 précitée n'étaient pas réunies;

Considérant qu'en annexe à leur mémoire en réplique, elles déposent une note technique approfondie apportant, point par point, des réponses à toutes les constatations de non-conformité de la partie adverse et soulignent qu'au cas où le Conseil d'Etat ne s'estimerait pas suffisamment éclairé sur le plan technique, il s'imposerait de désigner un expert; que, dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, elles font valoir qu'en droit, l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité octroie un pouvoir d'appréciation au pouvoir adjudicateur mais sous le contrôle vigilant du Conseil d'Etat, qu'en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur avait défini les prescriptions du cahier spécial des charges qu'il considérait comme essentielles, puisqu'il avait spécifié les manquements qui entraîneraient la nullité absolue de l'offre, de sorte qu'il ne pouvait y avoir d'autres griefs qui entraîneraient l'irrégularité automatique de l'offre, que, de surcroît, le pouvoir adjudicateur avait précisé l'interprétation qu'il entendait donner à l'article 110, § 2, précité en ne retenant à l'article B.2.5.1. comme irrégulières que les offres dont le dossier technique serait substantiellement incomplet, qu'il n'est pas démontré que tel serait le cas pour le dossier technique des requérantes, qu'au contraire, le rapport d'examen des offres a considéré

qu'aucune offre n'était irrégulière conformément à l'article B.2.5. de sorte que la partie adverse ne peut affirmer l'irrégularité de leur soumission, que les listes de non-conformités établies par les services de la partie adverse ne pouvaient avoir pour finalité que la cotation de chaque soumission sur la base des critères d'attribution, qu'il est édifiant de constater que l'établissement d'une liste aussi minutieuse qu'excessive incluant des remarques répétitives ou dérisoires mêlées à d'autres plus concrètes mais non fondamentales a conduit le pouvoir adjudicateur à conclure que toutes les soumissions étaient irrégulières, qu'il n'est pas raisonnable de soutenir que les quinze entrepreneurs les plus importants du pays n'auraient pas été capables de déposer une soumission régulière, et que les conclusions de la partie adverse sont destinées à lui permettre de passer en procédure négociée; qu'elles ajoutent que certaines précisions à propos de la conformité d'une offre ou la négociation de détails de finition sont admises par le Conseil d'Etat, et qu'il aurait été d'élémentaire prudence que le pouvoir adjudicateur leur eût permis d'apporter les précisions utiles;

Considérant que les sociétés requérantes prennent un deuxième moyen de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 précitée, plus particulièrement en son article 16, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, plus particulièrement en ses articles 110 et 115, du cahier spécial des charges et de l'excès de pouvoir"; qu'elles exposent en substance que l'article 16 précité précise que le marché public doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, que la partie adverse s'est abstenue d'attribuer le marché public sans pour autant renoncer à l'exécution des travaux, qu'elles avaient déposé d'évidence l'offre régulière la plus basse puisque toutes les autres offres étaient entachées d'une irrégularité substantielle comme démontré dans le premier moyen et qu'il n'y avait même pas lieu à classement selon les critères du cahier spécial des charges; qu'elles ajoutent, dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, que l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 précitée est invoqué en vain par la partie adverse, que l'irrégularité de leur offre a été érigée en nullité relative uniquement pour permettre le recours à la procédure négociée où les soumissionnaires ont pu couvrir les irrégularités absolues et qu'un arrêt du 1^{er} octobre 1991, n° 37.788, condamne cette manière de faire;

Considérant, sur les deux moyens réunis, que la décision attaquée comprend deux éléments distincts, étant, d'une part, la décision "de ne pas donner suite à la procédure d'appel d'offres restreint" et, d'autre part, la décision "de recourir à une procédure négociée avec tous les soumissionnaires ayant remis une offre et ce, conformément au point d) de l'article 17, § 2, 1°, de la loi du 24 décembre 1993"; que

ces deux décisions reposent sur le même motif, à savoir l'irrégularité de toutes les offres déposées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint;

Considérant qu'en droit, l'examen de la régularité d'une offre par le pouvoir adjudicateur s'effectue conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, lequel dispose comme suit :

" § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.";

Considérant que l'article 110, § 2, précité distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre; qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges; qu'en-dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'en effet, le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur; qu'en indiquant dans le cahier spécial des charges sous le point B.2.5. "Choix de l'adjudicataire" que "le pouvoir adjudicateur écarte tout d'abord les offres nulles ou les offres qui sont à considérer comme irrégulières selon l'article 110 de l'A.R. du 1996.01.08", la partie adverse ne s'est pas écartée du prescrit de l'article 110, § 2, précité et a renvoyé aux deux régimes de nullité qu'il prévoit;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse a examiné la régularité des huit offres déposées en relevant de manière détaillée, offre par offre, les documents manquants d'un point de vue administratif et les documents manquants ainsi que les non-conformités d'un point de vue technique; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres ainsi que de la décision attaquée que la partie adverse a fait preuve, pour chacune des offres, de la même rigueur, les non-conformités relevées concernant pour la plupart des manquements identiques;

Considérant par ailleurs que la partie adverse a conclu à l'irrégularité de l'ensemble des offres, d'un point de vue technique, "compte tenu du nombre et de la nature des non-conformités dans les documents techniques"; que, ce faisant, la partie adverse a estimé ne pas pouvoir retenir une offre présentant à la fois de nombreuses irrégularités, même vénielles ou présentées comme telles par les requérantes, et des non-conformités importantes; qu'une accumulation de non-conformités non substantielles peut d'ailleurs être considérée globalement comme substantielle par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et conduire à l'élimination de l'offre; qu'un tel raisonnement n'est pas manifestement déraisonnable; qu'en indiquant dans le cahier spécial des charges sous le point B.2.5. "Choix de l'adjudicataire" que "Pourront notamment être considérées comme irrégulières, les offres dont le dossier technique est substantiellement incomplet", la partie adverse n'a pas limité son pouvoir d'appréciation en la matière aux seuls documents techniques manquants, l'adverbe notamment introduisant une énumération limitative et non exhaustive, mais a pu également prendre en considération des non-conformités techniques;

Considérant, en ce qui concerne la violation de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, que le pouvoir adjudicateur peut "prendre contact avec les soumissionnaires" seulement afin de compléter ou de préciser leurs offres; qu'il s'agit dans le chef du pouvoir adjudicateur d'une faculté, laquelle ne peut être mise en oeuvre lorsqu'il s'agit de rectifier une offre dont les manquements au cahier spécial des charges sont importants en termes tant quantitatifs que qualitatifs;

Considérant que les deux moyens réunis manquent en droit;

Considérant en fait que dans leur requête, les requérantes se limitent à affirmer qu'une "quotité significative" de ces non-conformités manque de tout fondement et que les remarques subsistantes présentent un caractère mineur sans préciser toutefois les non-conformités visées; que, dès lors que, par la notification de la décision attaquée le 9 décembre 1998, à laquelle était jointe en annexe 1 la liste des documents manquants et des non-conformités, les requérantes ont acquis une parfaite connaissance des irrégularités affectant leur offre, elles devaient exposer, dès leur requête en annulation, en quoi ces manquements n'étaient pas fondés ou n'étaient pas constitutifs d'irrégularités substantielles; que cette lacune ne peut être comblée par le dépôt d'une note technique fouillée en annexe du mémoire en réplique, la partie adverse n'ayant plus la possibilité d'y répondre avant l'examen par l'auditeur rapporteur; que cette note technique tout comme la demande de désignation d'un expert sont irrecevables car tardives; qu'il s'ensuit que les deux moyens réunis manquent en fait;

Considérant que le recours G./A. 82.365/VI-14.983 n'est pas fondé;

B. G./A. 88.359/VI-15.371

Considérant que les sociétés requérantes prennent un premier moyen de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 (précitée), plus particulièrement en son article 17, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (précité), plus particulièrement en son article 110, du cahier spécial des charges applicable au marché et de l'excès de pouvoir";

Considérant que les requérantes y reproduisent la même argumentation que celle qu'elles ont développée à propos du premier moyen dans leurs écrits de procédure relatifs au recours G./A. 82.365/VI-14.983; que ce moyen a été jugé non fondé; qu'il en va de même du premier moyen présentement examiné;

Considérant que les sociétés requérantes prennent un deuxième moyen de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 (précitée), plus particulièrement en son article 17, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (précité), plus particulièrement en son article 110, et de l'excès de pouvoir"; qu'elles reprochent à la partie adverse d'avoir "invité tous les soumissionnaires ayant remis offres à l'occasion de la procédure initiale d'appel d'offres restreint à participer à la procédure négociée" alors que l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993 ne permet que la consultation des soumissionnaires "qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure", que la partie adverse a ainsi consulté des soumissionnaires qui avaient remis des offres initiales entachées d'irrégularités substantielles et attribué le marché public à l'un d'entre eux, qu'une soumission entachée d'irrégularités substantielles ne peut être regardée comme "conformes aux exigences formelles de la première procédure" et qu'en décider ainsi favoriserait de manière arbitraire et injustifiée les auteurs d'offres dont l'irrégularité est flagrante et qui disposeraient ainsi de la procédure négociée pour établir des soumissions rectifiées et amendées;

Considérant que, dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, les requérantes exposent, en réponse à l'exception de tardiveté du moyen soulevée par la partie adverse, que ce moyen est recevable car "la lettre de consultation adressée à tous les soumissionnaires doit être analysée comme un acte préparatoire, non susceptible de recours immédiat"; qu'elles font valoir sur le fond que, si la rédaction de l'article 17, § 2, 1°, d), précité suscite une difficulté d'interprétation, l'idée suggérée par la doctrine de substituer à une interdiction une obligation de consultation ne peut être retenue car elle heurte les termes mêmes de la disposition vantée, que la distinction

qu'elles proposent apparaît appuyée par le texte comme par le "vade-mecum" de la Commission, qu'au regard des différentes clauses du cahier spécial des charges relatives aux contrats d'entretien, les soumissions incomplètes ne pouvaient répondre à la définition d'offres conformes aux exigences formelles de la procédure et que, même si le recours à la procédure négociée sans publicité avait été régulier, la partie adverse n'aurait pas pu consulter les différents concurrents à la procédure d'appel d'offres initiale ni attribuer le marché public à l'un d'entre eux;

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que ce moyen met en cause la légalité de la décision de la partie adverse du 9 décembre 1998 qui est entreprise par le recours G./A.82.365/VI-14.983 et qui est donc connue des requérantes depuis sa notification le même jour; que cette décision est constituée de deux éléments distincts qui reposent sur le même motif; que le moyen est dirigé contre cette décision en tant qu'elle a pour objet "d'appliquer l'article 17 par. 2, 1^o, d, de la Loi du 24 décembre 1993, prévoyant le recours à la procédure négociée sans publicité"; qu'un soumissionnaire potentiel peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée parce que cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire potentiel comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que la faculté pour un soumissionnaire potentiel d'introduire immédiatement un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire potentiel reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de leur recours contre de telles décisions, les requérantes peuvent, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée, s'il échet, en soulevant de nouveaux moyens, même si devant le Conseil d'Etat, elles ont déjà attaqué en tant que telle cette décision; que, par ailleurs, ce moyen touche à l'ordre public; qu'en effet, la procédure négociée sans publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi; qu'il s'ensuit que le moyen est recevable;

Considérant, quant au fond du moyen, que l'article 17, § 2, 1^o, d, de la loi du 24 décembre 1993 précitée était, au moment de l'adoption de la décision du 9 décembre 1998, rédigé comme suit :

" Art. 17. § 2. Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:
(...)

d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:

- les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que;
- le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;"

Considérant que cette disposition subordonne le recours à la procédure négociée sans publicité dans les hypothèses qu'elle vise, à savoir des offres irrégulières ou proposant des prix inacceptables, à deux conditions dont l'une a trait aux soumissionnaires à consulter; qu'alors que la procédure négociée permet en principe au pouvoir adjudicateur de consulter librement les entreprises de son choix, l'article 17, § 2, 1°, d, précité déroge à ce principe en imposant de "consulte(r) tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure"; que cette disposition, qui n'a pas été explicitée lors des travaux préparatoires, doit être interprétée au regard des objectifs qu'elle poursuit, à savoir maintenir un certain degré de concurrence tout en préservant les intérêts des soumissionnaires qui ont participé à la première procédure de marché; qu'en ce sens, d'une part, elle interdit de consulter d'autres soumissionnaires que ceux qui, lors de la procédure précédente de marché, ont été sélectionnés et ont déposé une offre formellement régulière, mais, d'autre part, elle oblige d'inclure dans la négociation non pas certains mais tous les soumissionnaires qui répondent à ces deux conditions;

Considérant que la deuxième de ces conditions, à savoir avoir "déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure", vise, selon le Vademecum de la Commission des Communautés européennes, des "offres présentées conformément aux règles procédurales mentionnées dans les documents du marché"; qu'elle doit s'entendre comme ayant trait à des offres, certes irrégulières, mais qui répondaient aux exigences procédurales prévues dans le cadre de la première procédure, telles que le délai de réception des offres, l'identification des soumissionnaires,...; qu'assimiler "offre régulière" et "offre conforme aux exigences formelles", comme le soutiennent les requérantes, revient à rendre l'article 17, § 2, 1°, d, précité inopérant; que cette disposition ne fait pas non plus la distinction entre "offres irrégulières de nullité absolue" et "offres irrégulières de nullité relative"; qu'il s'ensuit que cette condition ne

permet au pouvoir adjudicateur de n'écarter de la négociation que les soumissionnaires sélectionnés lors de la première procédure de marché qui soit n'ont pas déposé d'offres soit ont déposé une offre qui n'est pas recevable sur le plan formel ou procédural, mais non ceux qui ont déposé une offre formellement recevable mais irrégulière;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse a consulté le 9 décembre 1998 les huit soumissionnaires qui, dans le cadre de la procédure initiale d'appel d'offres restreint, avaient été sélectionnés le 9 juin 1998 et avaient déposé une offre au plus tard le 28 septembre 1998; qu'à défaut pour les requérantes d'établir en quoi les offres irrégulières des soumissionnaires consultés ne satisferaient pas aux "exigences formelles", le moyen n'est pas fondé;

Considérant que les sociétés requérantes prennent un troisième moyen de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 (précitée), plus particulièrement en son article 16, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, plus particulièrement en ses articles 1, 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (précité), plus particulièrement en ses articles 25 et 26 et de la violation des formes substantielles"; qu'elles exposent que la décision motivée d'attribution, en ce qui concerne trois des cinq soumissionnaires dont l'offre a été jugée administrativement régulière, dont les requérantes, ne comporte d'autre information qu'un tableau intitulé "cotation proportionnelle à la valeur intrinsèque des offres", limité à une énumération de points, qu'en l'absence de précisions plus amples, notamment sur les principes qui ont guidé la partie adverse pour l'attribution des cotes ou les éléments techniques retenus comme déterminants, ce tableau apparaît manifestement insuffisant, de surcroît dans le contexte d'un marché complexe intégrant de nombreuses prestations, pour permettre aux soumissionnaires non retenus d'apprécier la légalité de la décision prise à leur encontre;

Considérant que, dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, les requérantes font valoir que si la décision motivée comme le rapport d'examen des offres présentent à première lecture une apparence de sérieux par la longue comparaison des deux offres restant en lice, il n'en va pas de même pour les trois autres soumissionnaires puisque la cotation a été opérée en une seule séance tenue le 20 janvier 1999 sur la seule base de grilles d'examen des offres dressées par les services techniques, que la partie adverse a exclu de la poursuite de l'analyse ces trois soumissionnaires pour la seule raison que deux autres soumissions se dégageaient de l'ensemble des offres reçues et que ces trois soumissions étaient plus chères et leurs offres moins bien évaluées, qu'il n'est pas raisonnable d'imaginer qu'en une seule réunion, une commission de 19 personnes ait pu valablement et objectivement attribuer à chacun des

cinq soumissionnaires 21 cotes pour un projet de cette envergure et procéder à l'examen attentif des variantes libres, que ce processus n'offre aux soumissionnaires évincés aucune possibilité d'appréhender les justifications des cotations attribuées et que le dossier administratif n'apporte pas d'éclaircissement à ce propos;

Considérant que, dans le cadre d'une procédure négociée, la motivation de la décision d'attribution est suffisante dès lors qu'elle énonce clairement les raisons, non démenties par le dossier administratif, qui ont déterminé l'autorité; que, dans ce cadre où la liberté de négociation et d'attribution demeure la règle, il n'est notamment pas exigé que la motivation révèle les raisons pour lesquelles chacune des offres des soumissionnaires finalement non retenus fut jugée moins intéressante; qu'une telle exigence serait, du reste, dénuée de sens dès lors que, comme en l'espèce et dans le respect de la loi, la décision d'attribution résulte, non seulement d'une comparaison des offres, mais aussi de discussions ultérieures avec deux des entreprises initialement consultées;

Considérant qu'en l'espèce, la décision attaquée indique à suffisance les raisons pour lesquelles la partie adverse a, tout d'abord, retenu cinq offres sur les sept déposées, a, ensuite, classé et noté les cinq offres restantes au regard des critères dits de "qualité" et du critère prix, le tableau général reproduit dans la décision indiquant, d'une part, pour chacun des cinq soumissionnaires, sa cote globale sur 100 ainsi que son prix et s'appuyant, d'autre part, sur un tableau plus détaillé annexé à la décision dans lequel 21 sous-éléments sont évalués par des notations, et a, enfin, décidé de poursuivre les négociations avec seulement deux de ces cinq soumissionnaires, les trois soumissionnaires écartés de la suite de la procédure présentant des offres de qualité moindre et plus chères que l'offre de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM; que la circonstance que ces notations ont été décidées en une journée n'est pas de nature à établir qu'elles procèdent d'une erreur manifeste d'appréciation, la journée du 20 janvier 1999 étant celle où les différents membres de la commission d'examen des offres (les différents services de la Justice et ceux de la Régie des Bâtiments) se sont réunis afin de collationner, comme l'indique le rapport, les évaluations faites indépendamment les unes des autres; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que, dans leur mémoire en réplique, les requérantes prennent un moyen nouveau, le quatrième, de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 (précitée), de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, plus particulièrement en son article 110, et du Cahier spécial des Charges, plus particulièrement en ses articles B.2.2.2.1. et B.2.5.1."; qu'elles soulignent que diverses dispositions du cahier spécial des charges,

également applicables à la procédure négociée, sanctionnaient de nullité absolue tout manquement dans l'établissement et la signature des notes relatives aux contrats d'entretien à fournir pour différents équipements, dont la téléphonie, et que la partie adverse a attribué le marché public à l'association momentanée BAGECI-CFE-CM dont le contrat d'entretien de téléphonie était signé par un sous-traitant non agréé, ce qui aurait dû entraîner automatiquement le refus de prise en compte de ce soumissionnaire en raison de cette irrégularité substantielle; que, dans son dernier mémoire, elles ajoutent que dès l'instant où il était exigé, sous peine de nullité, que la note fût signée par le soumissionnaire et le sous-traitant, la signature d'un tel document par un sous-traitant non agréé doit être assimilée à l'absence de production du document requis;

Considérant que l'article B.2.2.2.1. du cahier spécial des charges, intitulé "documents à joindre à l'offre", prévoit ce qui suit, sous le point 2 intitulé "Documents modèles et échantillons particulièrement demandés par ce cahier spécial des charges", à propos du contrat de téléphonie :

" Sous peine de nullité, une note datée et signée par le soumissionnaire et par le sous-traitant concerné précisant le coût annuel d'entretien de la téléphonie et des installations électromécaniques selon les conditions des contrats-types joints en annexe des chapitres «C.7. Installations électroniques» et «C.8. Installations électromécaniques».";

que l'article B.2.5.1. ajoute, à propos du 7^{ème} critère relatif au "prix de l'entretien de la téléphonie, des installations électromécaniques, des équipements électroniques de sécurité et la régulation automatique du chauffage", que "l'évaluation se fera sur base de la note jointe à l'offre sous peine de nullité";

Considérant que le cahier spécial des charges sanctionne de nullité absolue l'absence au dossier de soumission de note relative à "l'entretien de la téléphonie" présentant les caractéristiques précitées; qu'il ressort du dossier que la note requise en matière d'entretien de téléphonie a bien été jointe à l'offre de l'association momentanée BAGECI-CFE-CM de sorte que cette soumission était conforme sur ce point au cahier spécial des charges; que par la suite, lors des négociations, les services de la partie adverse, ayant observé que cette note émanait d'une firme, ASCOM, qui n'avait pas l'agrément requis pour entretenir la téléphonie ALCATEL proposée dans l'offre, ont interrogé, le 12 février 1999, l'association momentanée à ce propos en demandant le dépôt d'un contrat d'entretien complété par ALCATEL ainsi que la justification du prix ou une nouvelle proposition; qu'en réponse à cette question, cette association a confirmé que le contrat d'entretien était signé par le constructeur de la centrale proposée et qu'au lieu d'une centrale ALCATEL, elle proposait une centrale HASSLER-ASCOM avec

contrat d'entretien de cette société, du reste diminué, à la suite de quoi les services de la partie adverse ont alors augmenté la notation de ce critère d'un point; qu'il s'agit d'une demande de précisions étrangère à la régularité de l'offre; qu'en tout état de cause, il n'apparaît nullement des dispositions du cahier spécial des charges relatives à l'installation téléphonique ou du contrat-type auquel elles renvoient que l'entreprise effectuant l'entretien d'un central téléphonique devait être agréée par le constructeur de ce central; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} G./A.82.365/VI-14.983 et G./A. 88.359/VI-15.371 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 694,12 euros, sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 347,06 euros chacune.

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

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
MM. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M.-L. WILLOT-THOMAS.