CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 158.316 du 4 mai 2006

G./A.172.245/VI-17.133

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée ADVISERS,**
2. la société anonyme SOPHIA MANAGEMENT,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme COPPEE COURTOY,

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

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 21 avril 2006 par la société privée à responsabilité limitée ADVISERS et la société anonyme SOPHIA MANAGEMENT, ayant "formé entre elles une société momentanée", qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision d'attribution de la partie adverse, qui attribue à la société Coppée Courtoy SA le marché relatif à la désignation d'un «Quantity/Quality Surveyor» pour les phases études et réalisation de la restructuration du Bloc A du Résidence Palace";

Vu l'ordonnance du 21 avril 2006, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 28 avril 2006 à 11.00 heures;

Vu la requête introduite le 28 avril 2006 par laquelle la société anonyme COPPEE COURTOY demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Katelijne RONSE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. Le 12 octobre 2005, la partie adverse lance un marché de services, à passer selon la procédure d'appel d'offres général, qui a pour objet "la désignation d'un «quantity/quality surveyor» pour les phases d'études et pour les phases de réalisation de la reconstruction du Bloc A du Résidence Palace, situé rue de la Loi 155 à 1040 Bruxelles. Le prestataire sera notamment chargé de vérifier les plannings (études et travaux), les estimations du coût des études et des travaux, la qualité des études et des travaux et de formuler des propositions d'optimalisation de ces plannings et de ces coûts durant les phases d'études et de réalisation. Il assistera donc la Régie en matière de maintien de la qualité, de la coordination des documents relatifs aux différentes disciplines, de l'analyse des modifications et de la variation des coûts. (...) Le bloc A du Résidence Palace est destiné à être occupé par le Conseil de l'union européenne.".

2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° 2005/23.0092/03QS.

Les critères d'attribution sont les suivants :

" 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 :

1. Document C11 : Note circonstanciée dans laquelle le soumissionnaire donne la composition de l'équipe qui sera chargée de la mission. Preuve que les personnes qui seront chargées de la mission ont la formation requise et disposent d'une expérience professionnelle utile et effective sur le marché de l'Union Européenne en mentionnant notamment: fonctions actuelles, études et qualifications académiques (avec photocopies des diplômes), connaissances des langues, carrière et expérience professionnelles, références personnelles de projets exécutés. 35 points

2. Le prix total HTVA : Pour établir la cotation, seront pris en considération les honoraires proposés par les soumissionnaires pour le présent marché. La cote maximale est attribuée au soumissionnaire dont le taux d'honoraires est le plus proche de la moyenne d'honoraires offerts par tous les soumissionnaires.
La formule pour l'attribution des points est la suivante :
$25 \{1- (\triangle - \triangle min) / (\triangle max - \triangle min)\}$
$\triangle$ = taux d'honoraires moyen - taux d'honoraires du soumissionnaire (en valeur absolue)
$\triangle min$ = taux d'honoraires moyen - taux d'honoraires le plus proche du taux d'honoraires moyen (en valeur absolue)
$\triangle max$ = taux d'honoraires moyen - taux d'honoraires le plus éloigné du taux d'honoraires moyen (en valeur absolue).

Les honoraires (études + réalisations) demandés par le candidat doivent être compris entre 0,6% et 1,6% du coût fixé pour les travaux. Le montant de base de calcul des honoraires est de 175 millions d'euros hors TVA. 25 points

3. Document C12: Note circonstanciée dans laquelle le soumissionnaire explique la méthodologie qu'il appliquera pour mener le marché à bonne fin, compte tenu de son importance et de sa complexité, à l'aide du personnel qualifié dont il dispose. Organigramme proposant la structure détaillée mise en place pour l'accomplissement de la mission du prestataire de services et description des mesures prises par celui-ci pour s'assurer de la qualité ainsi que des moyens d'études et de recherche de son entreprise. 15 points

4. Document C14: Prestations que le soumissionnaire propose de fournir sans supplément d'honoraires, en plus des prestations décrites dans le présent cahier des charges, tant en matière de quantity surveyor et de planning qu'en matière d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, de vérification de la coordination de toutes les disciplines afférents au marché et d'assistance dans l'évaluation de la qualité.
15 points

5. Document C13: la démonstration par tous les moyens que ce soit, de la faisabilité du respect du délai minimal (heures ouvrables) que le soumissionnaire s'engage à respecter pour qu'un membre au moins de l'équipe chargé de la présente mission se rende à Bruxelles suite à une convocation en urgence du pouvoir adjudicateur. Conformément au § A. 4 - article 70, ce délai ne peut être supérieur à 12 heures.
10 points.".

3. Préalablement à son adoption, le cahier spécial des charges est soumis le 26 juillet 2005 à l'avis de l'inspecteur des finances.

Le 23 août 2005, l'inspecteur des Finances formule différentes observations, lesquelles portent notamment sur les raisons pour lesquelles la partie adverse n'assure pas elle-même le rôle de "quality/quantity surveyor" et les raisons pour lesquelles, s'agissant des critères d'attribution du marché, le maximum des points n'est pas attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse.

Le 30 août 2005, la partie adverse répond à ces différentes observations. Elle indique que la présence d'un bureau spécialisé indépendant pour le contrôle de la conception et de la réalisation de la rénovation du bloc A du Résidence Palace est une exigence du Conseil des ministres de l'Union européenne au motif que "de evolutie van de kosten, van de planning en het respecteren van de kwaliteitseisen door een onafhankelijk gespecialiseerd bureau dienen gevolgd te worden, zodanig dat zijn advies «ontegensprekelijk» kan aanvaard worden door de Raad en niet enkel het advies weergeeft van de Regie der Gebouwen, welke deelnemende partij is in het Memorandum of Understanding" et est nécessaire en raison de l'importance du marché, de sa complexité et des délais particulièrement stricts de réalisation des travaux. Elle souligne également ce qui suit à propos du critère d'attribution relatif au prix des offres :

" B.2. Het bestek werd aangepast en de gunningscriteria werden opgelijst in dalende volgorde van belangrijkheid.
Wat de Regie der Gebouwen aanbelangt is te beschikken over een ervaren team met zeer goede vakkennis, meer dan over een goedkope offerte te beschikken.
De Regie der Gebouwen meent met het beste team te werken en te rekenen op een team met grote ervaring en inzet. Daarom mag het criterium "prijs" niet doorwegend zijn (vandaar niet meer dan 25 punten) en mag dit criterium enkel dienen om de juiste prijs helpen te bepalen.
De erelonen moeten in overeenstemming zijn met de economische realiteit en op peil van de verwachte vakkennis en inzet zijn. Lagere erelonen betekenen ook mindere prestaties en kwaliteit : als de dienstverlener oordeelt dat hij voldoende prestaties verleend heeft ten aanzien van het betaald bedrag zal hij de neiging hebben om zijn prestaties te beperken.".

L'inspecteur des Finances donne son avis favorable le même jour.

4. Le marché fait l'objet d'avis publiés au Journal officiel des Communautés Européennes les 5 et 12 novembre 2005 et au Bulletin des adjudications le 25 novembre 2005.

5. Le 19 décembre 2005, lors de l'ouverture des offres, sept soumissionnaires déposent une offre :

- GRONTMIJ BOUW NV
- COPPEE COURTOY SA
- A.M. WIDNELL EUROPE SA + TRACTEBEL DEVELOPMENT ENGINEERING SA + BUREAU D'ARCHITECTURE M. & J.M. JASPERS - J. EYERS & PARTNERS SA
- A.M. ADVISERS SPRL + SOPHIA MANAGEMENT SA
- THV BOPRO NV + A.2R.C NV
- THV MDA CONSULTING LTD + IPN & PARTNERS BVBA
- AT OSBORNE NV

6. Au terme de l'analyse des offres, le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, au nom de la partie adverse, décide le 5 avril 2006 d'attribuer le marché à la société COPPEE COURTOY.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est motivée comme suit en ce qui concerne la partie attribution du marché :

" - Vu la décision de sélection reprise dans la partie I de ce présent rapport, les offres des prestataires de services suivants seront analysées.

01 GRONTMIJ BOUW NV
02 COPPEE COURTOY SA
03 A.M. WIDNELL EUROPE SA + TRACTEBEL DEVELOPMENT ENGINEERING SA + BUREAU D'ARCHITECTURE M. &. J.M. JASPERS - J. EYERS & PARTNERS SA
04 A.M. ADVISERS SPRL + SOPHIA MANAGEMENT SA
05 THV BOPRO NV + A.2R.C NV
06 THV MDA CONSULTING LTD + IPN & PARTNERS BVBA

- Considérant que le cahier des charges définit les critères d'attribution énumérés ci-dessous:

(...)

- Vu que les 6 offres sont complètes et régulières; que notamment les obligations en matière de cotisations à l'Office national de sécurité sociale ont été respectées;

- Attendu qu'au sein de la Régie des Bâtiments une Commission d'Examen des Offres a été constituée, composée des personnes suivantes:

Co-présidents: ir. J.P. DEZANGRE - Directeur général adjoint bilingue
ir. J. NOUWYNCK - Conseiller général

Membres: A. PIRAUX - Conseiller - Service Juridique
R. VEYS - Attaché administratif
P. ENGELMANN - Architecte Attachée
L. PYNAERT, ir Conseiller
D. NANGA - ir Attaché

D. VAN GEYSTELEN - Adviseur generaal
J. SASSI - Attachée

- Vu que l'examen des offres en fonction des critères d'attribution, tel qu'il figure aux différentes grilles d'évaluation, confirmé par la Commission, lesquelles constituent les grilles 11 à 16 en annexe à la présente décision et en fait partie intégrante, aboutit au classement suivant des candidats :

01. COPPEE COURTOY SA 70,17
02. A.M. WIDNELL EUROPE SA + TRACTEBEL DEVELOPMENT ENGINEERING SA + BUREAU D'ARCHITECTURE M & J.M. JASPERS - J. EYERS & PARTNERS SA 61,50
03. THV BOPRO NV + A.2R.C NV 59,41
04. GRONTMIJ BOUW NV A.M.: 56,91
05. A.M. ADVISERS SPRL + SOPHIA MANAGEMENT SA 46,51
06. THV MDA CONSULTING LTD + IPN & PARTNERS BVBA 33,04

- Vu que l'offre de COPPEE COURTOY SA est la mieux classée et qu'elle doit par conséquent être considérée comme l'offre la plus avantageuse;
et vu :
- le visa de l'Inspection des Finances du 24/02/2006

J'ai décidé d'attribuer le marché susmentionné à COPPEE COURTOY SA
Av Louise 251 Boîte 22
B-1050 Bruxelles
pour un montant de 1.925.000 HTVA et 2.329.220 TVA comprise."

Il ressort des annexes 11 à 16 de la décision attaquée, annexes qui ont trait aux critères d'attribution, que la note finale attribuée à chaque soumissionnaire se décompose comme suit :

Firme	critère 1 /35	critère 3 /15	critère 4 /10	critère 5 /15	prix /25	résultat /100
GRONTMIJ BOUW	26,42	8	0,83	11	10,42	56,67
COPPEE COURTOY	24,29	8	10	3	24,85	70,14
WIDNELL EUROPE - TRACTEBEL - JASPERS-EYERS	17,85	9	9,17	5	20,68	61,70
ADVISERS + SOPHIA MANAGEMENT	24,29	6	10	8	0,00	48,29
BOPRO - A.2R.C	22,86	10	10	4	14,43	61,29
MDA CONSULTING - IPN & PARTNERS	12,14	9	9,17	3	0,89	34,20

7. La décision d'attribution est communiquée aux demanderesses par un courrier recommandé du 11 avril 2006. Elle contient le délai d'attente prévu par l'article

21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

II. QUANT A LA RECEVABILITE

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité de la demande en raison tout d'abord du défaut de capacité à agir des demanderesses; qu'en ce qui concerne la première demanderesse, elle relève que n'est pas produite la preuve de la désignation et de la publication au Moniteur belge, comme seul gérant, de Monsieur WACTHELAER qui a signé, en qualité de gérant, la décision d'agir; qu'en ce qui concerne la seconde demanderesse, elle souligne que la décision d'agir comporte trois signatures qui semblent émaner de la même personne de sorte qu'elle n'a pas été prise par deux administrateurs agissant conjointement;

Considérant que la première demanderesse produit la publication aux annexes du Moniteur belge de la nomination de Monsieur WACTHELAER en qualité de seul gérant pour une durée indéterminée; qu'il ressort par ailleurs de l'article 7 de ses statuts que "les gérants, agissant conjointement ou le gérant s'il n'y en a qu'un, ont tous pouvoirs (...) pour représenter la société vis-à-vis des tiers ou en justice, soit en demandant, soit en défendant"; que la décision d'agir est prima facie régulière;

Considérant qu'il ressort des statuts de la seconde demanderesse que "la société est représentée (...) en justice : a) soit par deux administrateurs agissant conjointement"; qu'elle produit la publication aux annexes du Moniteur belge de la nomination des trois administrateurs composant son conseil d'administration, à savoir la société anonyme SOPHIA FINANCE, représentée par Monsieur Pascal HENDRICKX, Monsieur Pascal HENDRICKX et Madame MAROLE; que la décision d'agir est signée par "Pascal HENDRICKX, Administrateur" et par "Pour SOPHIA FINANCE, Administrateur, Pascal HENDRICKX, Administrateur délégué"; qu'il s'ensuit que la double signature apposée par Monsieur Pascal HENDRICKX correspond à une double qualité dans son chef; que, prima facie, la décision d'agir a donc été prise par deux administrateurs agissant conjointement;

Considérant que la première exception d'irrecevabilité ne peut prima facie être retenue;

Considérant que la partie adverse soulève ensuite le défaut d'intérêt des demanderesses; qu'elle relève que si l'un ou l'autre moyen devait être jugé sérieux, il

conviendrait encore de vérifier si l'irrégularité retenue est de nature à modifier le classement des demanderesses; que la seconde exception d'irrecevabilité est liée à l'examen des moyens;

III. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que la partie adverse conteste le recours à la procédure d'extrême urgence dans la mesure où la demande de suspension critique, pour l'essentiel, le système de notation établi par le cahier spécial des charges, et plus particulièrement le critère relatif au prix, alors qu'à aucun moment auparavant, les demanderesses n'ont mis en cause ce système, que ce soit dans leur offre, lors de la réunion d'informations préalable ou par le biais d'un recours préalable, distinct et recevable;

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension; que tenir compte, pour apprécier l'extrême urgence, de l'absence de contestation de la part des demanderesses antérieurement à la décision d'attribution revient à ajouter une condition non prévue par l'article 21bis précité; qu'il en va d'autant plus ainsi que les demanderesses ne pouvaient préjuger du caractère éliminatoire, en ce qui les concerne, du critère prix; que l'exception ne saurait être accueillie;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire et superficiel, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

IV. QUANT AUX MOYENS

Considérant que les demanderesses prennent un premier moyen, intitulé "la notion d'offre «économiquement la plus avantageuse» ou «la plus intéressante», 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, notamment en son article 16; l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment en son article 115; la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 53 dans la mesure où cette disposition produit des effets directs et qu'elle aurait dû être transposée en droit belge pour le 1er février 2006 au plus tard; la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés de services, notamment en son article 36; du principe de bonne administration"; qu'elles font valoir que "le pouvoir adjudicateur a utilisé une formule de cotation du prix en vertu de laquelle le prix régulier le plus bas ne se voit pas attribuer plus de points que des prix plus élevés, alors qu'en vertu des dispositions visées au moyen, le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre «économiquement la plus avantageuse» ou «la plus intéressante», que s'agissant du critère «prix», l'offre la plus intéressante pour le pouvoir adjudicateur est celle qui présente le prix régulier le plus bas, que cette offre devrait par conséquent être mieux cotée au vu du critère «prix», que ce n'est toutefois pas ce principe qui a été appliqué en l'espèce"; qu'elles relèvent que l'application de la formule prévue par le cahier spécial des charges méconnaît le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse puisqu'elle conduit le pouvoir adjudicateur à attribuer un maximum de points pour le critère prix au candidat se rapprochant le plus de la moyenne des prix, qu'en revanche, le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus intéressante du point de vue du prix c'est-à-dire le prix le moins cher est pénalisé et ne se voit attribuer aucun point, que, bien plus, l'offre la plus chère (dépassant de près d'un millions d'euros celle des demanderesses) se voit même attribuer plus de points que celle des demanderesses de sorte que "l'offre financièrement la plus avantageuse au regard du critère du prix est gratifiée de zéro point dans l'analyse de ce critère"; qu'elles soulignent qu'en appel d'offres, il est évident que le prix le moins cher se voit attribuer le plus de points, que ce principe de cotation du prix en appel d'offres a d'ailleurs expressément été rappelé par la Commission européenne dans son "Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de services", selon lequel "L'évaluation d'une variante et sa comparaison avec les offres faites conformément aux spécifications techniques ne peuvent se faire avec équité qu'en examinant les offres sous différents aspects, ce qui implique l'existence

de critères d'évaluation autres que le seul prix le plus bas" (point 6.9.4), que la Cour de Justice a jugé en ce sens que c'est bien le prix ou le coût final le moins élevé qui est pris en compte (C.J.C.E., affaire C-19/00 du 18 octobre 2001, spécialement n° 29 et s.), et que la doctrine partage d'ailleurs ce point de vue, évident (Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, Les marchés publics européens et belges, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 154); qu'elles ajoutent enfin que le principe de bonne administration veut que pour un service de qualité équivalente, l'administration choisisse celui qui emporte un coût financier moindre, qu'en l'espèce, hormis le critère du prix, leur offre était de qualité supérieure à celle de l'adjudicataire, qu'en effet, selon la décision d'attribution, sans le critère du prix, la société COPPEE COURTOY, adjudicataire du marché, obtenait 45,17 points et les demanderesses 46,51 points, qu'outre le fait de présenter une qualité meilleure au niveau des autres critères d'attribution, l'offre des demanderesses était moins chère, qu'en effet, le montant des honoraires demandés par la société COPPEE COURTOY, adjudicataire du marché, s'élevait à 1.925.000 euros alors que le montant des honoraires demandés par les demanderesses s'élevait quant à lui à 1.487.500 euros, qu'en dépit de cela, le pouvoir adjudicateur lui a préféré une offre de moins bonne qualité et plus chère, de sorte que ce choix est manifestement déraisonnable et méconnaît le principe de bonne administration;

Considérant que la partie adverse répond que les demanderesses ne contestent pas la manière dont ce critère a été appliqué dans l'acte attaqué, mais bien ce critère lui-même, que, comme elle l'a indiqué dans le courrier qu'elle a adressé à l'inspection des finances le 30 août 2005, "l'objectif poursuivi est de disposer avant tout d'une équipe expérimentée et de qualité, bien plus que d'une équipe dont le prix est inférieur à celui de ses concurrents, que, souhaitant pouvoir travailler avec la meilleure équipe, la partie adverse n'a pas donné au critère «prix» une importance prépondérante et, surtout, elle a considéré que ce critère devait uniquement lui permettre de déterminer le «juste prix», que c'est pour cette raison que le critère d'attribution litigieux tient compte, non pas du prix le plus bas, mais bien de celui qui se rapproche le plus de la moyenne des soumissions, qu'à défaut, le risque est grand que les prestations réalisées soient de moindre qualité, qu'il est évident, en effet, qu'en pratique, la hauteur du prix remis par l'adjudicataire influence directement la qualité des prestations réalisées par ce dernier dans l'exécution du marché, qu'il est important de souligner à cet égard que l'adjudicataire d'un marché public reste avant tout un opérateur économique dont le comportement est, par conséquent, dicté, non seulement par le souci d'assurer l'exécution du marché, mais aussi - par la force des choses - par la logique économique dont il résulte que les prestations réalisées doivent correspondre au prix remis, et qu'à plusieurs reprises, à l'occasion de marchés antérieurs en appel d'offres, la partie adverse

a ainsi dû malheureusement constater que des problèmes importants d'exécution se posaient alors que l'adjudicataire avait remis le prix le plus bas ou un prix s'écartant de manière importante de la moyenne des soumissions; qu'elles soulignent que le cahier spécial des charges n'est en rien contraire aux législations belge et européenne, qu'aucune des dispositions visées au moyen n'impose aux pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, de définir le critère relatif au prix par référence au prix le plus bas, qu'ainsi, la législation belge se réfère à la notion de "l'offre régulière la plus intéressante", ce qui n'interdit pas à l'autorité de prendre en considération le prix remis en tenant compte, non pas du prix le plus bas, mais bien de celui de la moyenne des soumissions, qu'il en va de même de la législation européenne, que si elle se réfère à la notion de "l'offre économiquement la plus avantageuse", il n'existe, cependant, guère de différence entre cette notion et celle utilisée en droit belge, que cette disposition confirme tant la liberté du pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution que l'absence de contrainte en ce qui concerne la manière dont le prix des offres peut être pris en considération; que la partie adverse ajoute que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de déterminer librement les critères d'attribution dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, que le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire important, et que le Conseil d'Etat ne peut évidemment se substituer à son appréciation dans ce cadre et décider en ses lieux et places si les critères figurant dans le cahier spécial des charges s'avèrent opportuns; que la partie adverse estime qu'eu égard à l'objectif décrit ci-dessus, elle a raisonnablement pu considérer que la prise en considération de la moyenne des soumissions dans le cadre du critère prix était un critère adéquat, que la définition du critère relatif au prix est en relation directe avec l'objet et l'importance du marché litigieux, que, tout d'abord, c'est précisément en raison de l'importance particulière du marché et de son souci de garantir une parfaite exécution de la mission, que la partie adverse a souhaité pouvoir choisir une offre de qualité dont le prix n'hypothéquerait pas la bonne exécution du marché, qu'elle a ainsi réalisé un équilibre entre l'aspect "qualité" et l'aspect purement économique, que l'objet du marché litigieux est, par ailleurs, très spécifique, et inhabituel, en tout cas en Belgique, que ce caractère inhabituel a pour conséquence que la partie adverse aurait été dans l'impossibilité de déterminer préalablement et de manière suffisamment précise le "juste prix" d'un tel marché, qu'ainsi, il n'existe actuellement aucun barème applicable aux prestations de "quantity/quality surveyor", que la circonstance que le cahier spécial des charges impose que les offres se situent dans une fourchette de prix ne vient en rien contredire cette analyse, que, tout d'abord, cette fourchette est large puisqu'elle se situe entre 0,6 et 1,6% du coût présumé des travaux, soit 175 millions d'euros HTVA, qu'en outre, il s'agit ici d'un critère de régularité des offres puisque ces dernières devaient nécessairement se situer dans cette fourchette, dont les pourcentages représentent par

conséquent des montants que les soumissionnaires ne pouvaient en aucun dépasser, mais que rien n'interdisait à la partie adverse de prendre, en outre, en considération la moyenne des soumissions à titre de critère d'attribution;

Considérant que tant les directives européennes que la législation belge laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres; qu'ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de retenir comme critère d'attribution le critère "prix"; que lorsqu'ils le choisissent, les législations européenne et belge ne précisent pas comment intégrer le critère "prix" dans les autres critères d'attribution;

Considérant toutefois que cette liberté de choix n'est pas illimitée; que, tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse", soit, en droit belge, l'offre "la plus intéressante", et doivent donc être liés à l'objet du marché; qu'ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; qu'enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres;

Considérant qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges retient, comme deuxième critère, le critère "prix total HTVA", qu'il lui attribue 25 points sur un total de 100 points, qu'il le définit comme étant "les honoraires proposés par les soumissionnaires", ceux-ci devant "être compris entre 0,6% et 1,6% du coût fixé pour les travaux" et "le montant de base de calcul des honoraires étant de 175 millions d'euros hors TVA", et qu'il précise, comme méthode de notation de ce critère, que "la cote maximale est attribuée au soumissionnaire dont le taux d'honoraires est le plus proche de la moyenne d'honoraires offerts par tous les soumissionnaires";

Considérant que, dans l'appréciation de la légalité d'un critère d'attribution, il y a lieu d'avoir égard non seulement à son énoncé et à son contenu mais aussi aux résultats que donne son application;

Considérant que l'application de la formule mathématique retenue par le cahier spécial des charges a donné lieu à la notation suivante pour le seul critère "prix" :

Prix HTVA	Points	Soumissionnaires

1.487.500 €	0	ADVISERS-SOPHIA MANAGEMENT
1.662.500 €	10,42	GRONTMIJ BOUW NV
1.925.000 €	25,00	COPPEE COURTOY SA
1.995.000 €	20,83	WIIDNELL-TRACTEBEL-JASPERS EYERS
2.100.000 €	14,58	BOPRO - A.2R.C Nv
2.327.500 €	1,04	MDA - IPN

Considérant qu'au regard des quatre autres critères dits "techniques" ou de "qualité", le classement des offres sélectionnées et régulières s'établit comme suit :

1. A.M. ADVISERS - SOPHIA MANAGEMENT : 46,51/75
2. GRONTMIJ BOUW NV : 46,50/75
3. COPPEE COURTOY SA : 45,17/75
4. BOPRO - A.2R.C : 44,83/75
5. A.M. WIDNELL - TRACTEBEL - JASPERS - EYERS : 40,67/75
6. A.M. MDA CONSULTING + IPN : 32/75;

Considérant que le critère "prix", tel qu'il est défini par le cahier spécial des charges, et les résultats qu'il donne dans la comparaison des offres ne paraissent pas s'accorder à première vue avec la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse";

Qu'il s'agit tout d'abord d'un critère très aléatoire au regard de l'objectif poursuivi par la partie adverse lors de la fixation de ce critère, à savoir l'obtention d'un "juste prix"; qu'en effet, "la moyenne des honoraires offerts par tous les soumissionnaires" peut se situer aussi bien dans le haut que dans le bas de la fourchette retenue; que ce critère ne garantit donc pas le prix le plus avantageux;

Que, par ailleurs, il est manifeste tant au regard de la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse" qu'au regard du principe de concurrence qui est à la base des législations européenne et belge en matière de marchés publics que le prix le plus intéressant est en principe le prix régulier le plus bas et non le prix moyen; qu'il en va ainsi expressément en matière d'adjudication; que si la procédure d'appel d'offres apparaît, en raison de la combinaison de deux ou plusieurs critères d'attribution, comme un mode plus affiné de passation de marché, elle demeure néanmoins un procédé de mise en concurrence des offres sur le plan économique; que de même, pour les critères dits "techniques" ou "de qualité", l'offre qui reçoit la meilleure note est celle qui est la meilleure et non l'offre "moyenne" au regard des autres offres; qu'en outre, et surtout,

ce critère aboutit dans le cas d'espèce à retenir comme l'offre la plus intéressante, non pas les offres de meilleure qualité et de moindre prix, à savoir les offres des demanderesses (46,51/75) et de GRONTMIJ BOUW NV (46,50/75), mais une offre de moindre qualité et sensiblement plus chère, celle de COPPEE COURTOY (45,17/75); que si la partie adverse entendait s'écarter du critère du prix le plus bas, elle devait indiquer les raisons d'un tel choix eu égard aux et en lien avec les spécificités du marché en cause; que tel n'est pas le cas; qu'en effet, la partie adverse ne démontre pas qu'une telle offre constitue l'offre "économiquement la plus avantageuse"; que, de plus, le raisonnement - exposé dans la note d'observations - qui est à la base du critère "prix" retenu en l'espèce, à savoir qu'une offre de prix moyen assure une offre de meilleure qualité, n'est pas étayé; qu'un tel système revient, sans aucune explications, à pénaliser l'entreprise qui, pour être compétitive, a pu maîtriser ses coûts tout en conservant des prestations de qualité; que, certes, l'intention dans le chef de la partie adverse de se prémunir à l'encontre d'offres trop basses au détriment de la qualité est conforme au droit des marchés publics; que, toutefois, elle ne peut aboutir à dénaturer, comme en l'espèce, la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse"; qu'un tel résultat peut être atteint par les dispositions en vigueur relatives au prix anormalement bas et par une importance moindre apportée au critère prix dans la pondération des critères d'attribution; que la partie adverse avait d'ailleurs pris soin de fixer une fourchette d'honoraires afin d'éviter un tel résultat; qu'il s'ensuit que prima facie, le moyen est sérieux;

Considérant, en ce qui concerne l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse, que les demanderesses démontrent à suffisance que l'irrégularité retenue dans le premier moyen est de nature à affecter le classement des offres à son avantage; que, partant, elles ont intérêt au moyen et au recours;

V. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT REPARABLE

Considérant que les demanderesses exposent, à titre de risque de préjudice grave et difficilement réparable, ce qui suit :

" L'acte attaqué fait subir un préjudice grave difficilement réparable aux parties requérantes, dès lors qu'elles se trouvent privées de la possibilité d'exécuter le marché litigieux qui constitue un marché de référence dans le secteur des marchés de services de conseils en matière de contrôle de la qualité et des coûts.

Dans un arrêt du 21 décembre 2005, n° 153.075, Votre Conseil a défini le marché de référence comme «celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou

d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière».

Le marché litigieux répond à ces caractéristiques.

Qualité du bâtiment. Le projet se rapporte au bloc A du Résidence Palace. Ce bâtiment, de style Art Déco et bien connu de tous, offre un prestige particulier aux sociétés adjudicataires du marché.

Qualité de l'occupant: le Conseil de l'Union. Le bâtiment sera en outre à l'avenir occupé par le Conseil de l'Union européenne. A ce titre, il offre une renommée et une visibilité internationale aux sociétés ayant participé à sa reconstruction par la qualité de son futur occupant.

Les montants en cause. Il y lieu de relever en outre que le montant de ce marché est très élevé dans le milieu spécifique des marchés de conseil en ingénierie et de contrôle de qualité.

Son importance est de surcroît décuplée si on se réfère au marché de travaux, dont le montant est estimé à 175 millions d'euros. Les marchés d'une telle importance sont rares. La participation à un marché d'une telle ampleur en exécutant les missions de conseil qui l'entourent constitue en tant que telle une référence de taille pour les parties requérantes.

Le battage médiatique autour du projet. Le présent contrat s'inscrit dans un marché de contrôle de la qualité des coûts de cette vaste opération de reconstruction du Bloc A du Résidence Palace. Cette opération a fait l'objet d'un battage médiatique important notamment à l'occasion du concours international d'architecture qui s'est déroulé à cette occasion.

La réalisation du présent marché de conseil et de supervision s'inscrit dans ce projet et pourra donc profiter de cet élan médiatique pour apporter une visibilité très significative au prestataire de services.

Contrôle des coûts et Berlaymont. Le contrôle des coûts du Président Palace sera d'autant plus sous la lorgnette des médias qu'il vise à pallier aux errements que connurent les travaux portant sur le Berlaymont, situé juste en face.

Il n'est point nécessaire de s'étendre longuement sur les avatars financiers que connut la sa Berlaymont 2000 dans le cadre de la reconstruction du bâtiment, et des houleuses discussions médiatiques et juridiques qui entourèrent ce projet, pour réaliser que le présent marché est entouré de moult précautions à ce sujet, et plus particulièrement de la désignation - dans la présente procédure - d'un contrôleur des coûts. Dans le cadre du marché de reconstruction du Résidence Palace, l'Etat fédéral s'est engagé à «livrer» au Conseil de l'Union Européenne un bâtiment entièrement reconstruit, répondant à des normes de sécurité et de qualité très strictes. La mission du «quality/quantity surveyor», qui fait l'objet du présent marché, consiste précisément à contrôler les coûts et la qualité des travaux. Le prestataire sera en quelque sorte le garant de l'Etat belge vis-à-vis du Conseil de l'Union européenne, en termes de qualité et de coûts des travaux.

Complexité technique. Le marché litigieux constitue également un marché de référence de par ses particularités techniques et sa complexité.

Le contrôle effectué par le prestataire du présent marché sera d'autant plus important que le bâtiment devra répondre à des exigences de sécurité particulières à une institution internationale (mécanisme de surveillance à l'entrée; dispositif de contrôle

des sacs; contrôle identitaire, ...). Le bâtiment en lui-même est classé pour une grande partie et doit satisfaire à des exigences urbanistiques spécifiques à son statut. Ces éléments sont de nature à complexifier la mission du prestataire chargé de la surveillance de la qualité et des coûts.

Le pouvoir adjudicateur exige à ce titre des candidats de justifier d'une haute technicité et d'une longue expérience par un nombre suffisant de références et de certificats. Les candidats doivent à ce titre notamment présenter au pouvoir adjudicateur un programme informatique applicable à Bruxelles qui permet d'effectuer les calculs de quantité et le contrôle des coûts de construction et des calculs. La complexité du marché se révèle à la lecture seule de l'objet de celui-ci et est mise en exergue par la partie adverse elle-même dans son cahier spécial des charges (page 15, p. exemple).

Longue durée. La mission de contrôle s'effectue en outre tant pendant les opérations préparatoires (2 ans) que pendant la réalisation des travaux (4 ans). Il porte donc sur une longue durée (6 ans), ce qui constitue une sécurité très importante pour le prestataire de services. On relèvera de surcroît qu'il s'agit d'une durée minimale estimée, et que le marché pourrait donc, dans les faits, être encore d'une durée plus longue.

La perte de ce projet présente donc pour les parties requérantes un préjudice grave et difficilement réparable.";

Considérant que la partie adverse répond ce qui suit :

" Pour l'essentiel, les requérantes se fondent sur le fait que le marché litigieux constitue un marché de référence.

A cet égard, la partie adverse ne conteste évidemment pas qu'il s'agit d'un marché important.

On ne peut, toutefois, faire une application automatique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière.

Même s'il s'agit d'un marché de référence, le préjudice vanté n'en doit pas moins être grave et difficilement réparable.

A cet égard, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'explique avant tout par le fait que la perte d'un marché de référence pourrait avoir pour effet de priver le soumissionnaire de la possibilité de se prévaloir de cette référence lors de marchés futurs. Une telle jurisprudence suppose, par conséquent, que le soumissionnaire ne dispose pas, d'ores et déjà, de références suffisantes dans le domaine concerné. Dans une telle hypothèse, la perte du marché risque, en effet, de le priver de la possibilité d'obtenir d'autres marchés futurs.

De prime abord, les requérantes ne sont nullement dans une telle position. On en veut pour preuve qu'elles ont satisfait, en l'espèce, aux critères de sélection,

La perte du marché litigieux ne devrait, dès lors, pas les empêcher de participer à d'autres procédures de passation ayant un objet similaire.";

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une

commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité; que, sur ce point, les demanderesses ne démontrent pas que de telles conditions sont remplies dans leur chef;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, les demanderesses démontrent à suffisance que le marché public querellé peut être considéré comme tel; que la partie adverse ne le conteste d'ailleurs pas en soi; que, pour ces raisons, le marché litigieux constitue de ce fait une "vitrine" pour le prestataire de services qui le réalisera; qu'ainsi, la décision d'attribution du marché risque de comporter pour les demanderesses des conséquences graves difficilement réparables; que l'existence dans le chef des demanderesses de références suffisantes dans le domaine concerné, ce qu'atteste leur sélection dans le marché litigieux, n'énerve pas cette conclusion; qu'en effet, d'une part, une entreprise ne peut forger sa réputation sur son seul passé mais doit sans cesse, pour conserver sa réputation, voire l'améliorer, obtenir de nouvelles références; que, d'autre part, le préjudice vanté devant découler directement de l'exécution de l'acte attaqué, il y a lieu d'avoir égard aux spécificités du marché litigieux sans avoir à les comparer aux marchés précédents obtenus par les demanderesses;

VI. QUANT A LA BALANCE DES INTERETS

Considérant que la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" Il convient, par ailleurs, de procéder à la balance des intérêts en présence.

Si le marché litigieux est important pour les requérantes, il l'est certainement tout autant dans le chef de la partie adverse.

Il faut rappeler à cet égard que le marché litigieux s'insère dans le très vaste projet de rénovation du Résidence Palace, lequel doit abriter le Conseil de l'Union européenne. Des délais particulièrement stricts et contraignants de réalisation ont, dans ce cadre, été imposés à l'Etat belge. La partie adverse produit à cet égard le planning des différentes phases de la rénovation, lequel est particulièrement précis et s'étend jusqu'à l'année 2013. Elle produit également le protocole d'accord conclu le 25 novembre 2005 entre l'Etat et la Communauté européenne. Il résulte, notamment, de l'article 3 de ce protocole que l'Etat s'expose à des pénalités particulièrement

importantes en cas de manquement à la convention et, notamment, en cas de non respect des délais fixés.

Tout retard dans le planning établi est évidemment de nature à perturber de manière importante l'ensemble des opérations dont doit faire l'objet le bâtiment. Il ne s'agit pas ici seulement de la désignation du «quantity/quality surveyor», mais de l'ensemble des étapes qui ne pourront être réalisées qu'après la désignation de l'adjudicataire dans le marché litigieux.

On ne manquera pas de relever à cet égard, que pour l'essentiel, les moyens soulevés par les requérantes tendent à remettre en cause le cahier spécial des charges lui-même. Si le Conseil d'Etat devait par exemple, faire droit au premier moyen, la conséquence pourrait en être que la partie adverse n'aurait d'autre solution que d'abandonner purement et simplement la procédure en cause et de relancer une nouvelle procédure d'attribution.

Une telle solution extrême - alors que les requérantes n'ont pas remis en cause initialement le cahier spécial des charges - doit, à l'estime de la partie adverse, être évitée.

Le préjudice qui en résulterait pour le projet de rénovation dans son ensemble et pour tous les intervenants actuels et futurs de ce projet, est, selon la partie adverse, sensiblement plus important que celui subi par les requérantes en raison de l'adoption de l'acte attaqué.

La demande de suspension doit, en conséquence, être rejetée.";

Considérant que le pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative, lorsque cette décision est susceptible d'être annulée, si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable, a pour finalité de préserver l'effet utile d'une annulation éventuelle; que l'intérêt général ou les intérêts qui seraient pris en considération soit pour justifier le refus d'ordonner la suspension nonobstant l'existence avérée et constatée d'un risque de préjudice grave difficilement réparable, soit pour minimiser la gravité du préjudice subi par les demanderesses, ne pourraient faire obstacle à l'annulation éventuelle de l'acte concerné lorsque l'affaire sera examinée au fond; qu'il n'y a donc pas lieu, lors de l'examen de la cause en référé, de pondérer les préjudices résultant, d'une part, de l'exécution de l'acte attaqué et, d'autre part, de la suspension de son exécution; que, par ailleurs, l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui porte que "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable", signifie qu'elle interdit au Conseil d'Etat de suspendre l'exécution d'un acte administratif si les deux conditions qu'elle mentionne ne sont pas réunies; que si elles le sont, le juge

administratif ne peut, pour quelque raison que ce soit, se départir de son rôle qui est de contrôler la légalité de l'action administrative;

Considérant que les deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 étant remplies, la demande de suspension est accueillie,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COPPEE COURTOY est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 5 avril 2006 par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances d'attribuer à la société anonyme COPPEE COURTOY le marché relatif à la désignation d'un "Quantity/Quality Surveyor" pour les phases études et réalisation de la restructuration du Bloc A du Résidence Palace.

Article 3.

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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens relatifs à la requête en intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre, le quatre mai deux mille six par :

M.	NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
M[me]	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

V. SCHMITZ. P. NIHOUL.