

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 159.657 du 7 juin 2006

G./A.104.416/VI-15.970

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ARCHI + I,**

ayant élu domicile chez
Me Patrick THIEL, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la Société wallonne du Logement,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n° 10,
5002 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 9 mai 2001 par la société privée à responsabilité limitée ARCHI + I qui demande "l'annulation de la décision du Conseil d'administration de la Société wallonne du Logement du 12 février 2001 par laquelle (elle) n'est pas retenue au stade de la sélection qualitative dans le cadre d'un marché public de service d'architecture et qui, simultanément, désigne l'adjudicataire du marché";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 27 janvier 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 26 avril 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 mai 2006;

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

Entendu, en leurs observations, Me Pierre SLEGGERS, loco Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, 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;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. En juillet 2000, la partie adverse lance un marché public de services, estimé à 50 millions de francs belges, portant sur l'étude et le management du projet et du chantier de rénovation de 518 logements sociaux à Tubize, à passer selon le mode de l'appel d'offres général avec publicité européenne.

Le cahier spécial des charges précise ce qui suit :

" 1.2.3. Contenu du dossier de candidature et de l'offre

a) dossier de candidature (documents relatifs à l'admissibilité des offres, ainsi qu'à l'examen de la capacité économique, financière et technique des soumissionnaires)

Le contrôle du respect des conditions d'exclusion susceptibles de frapper les soumissionnaires et le contrôle de leur capacité économique, financière et technique à réaliser le marché sont effectués sur la base des documents suivants, lesquels doivent être joints à l'offre remise et rédigés en langue française :

1° la composition et l'organisation, tant fonctionnelle que juridique, de l'équipe qui serait chargée de l'exécution du marché, avec l'indication des qualifications de chacun de ses membres (diplômes et références personnelles);

2° la preuve de l'inscription à un registre professionnel (article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, Moniteur belge du 26 janvier 1996),

3° la preuve du respect des obligations fiscales et de sécurité sociale (articles 69 et 69bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996),

4° les bilans et les comptes de résultats pour les 3 derniers exercices comptables (article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996),

5° la liste des principaux services similaires au présent marché exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés (article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996).

Lorsque l'offre est remise par une association composée de plusieurs personnes distinctes, morales ou physiques, les documents remis doivent concerner tant l'association soumissionnaire que ses membres.

Conformément à l'article 72 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi qu'aux concessions de travaux publics, le pouvoir adjudicateur se réserve expressément la possibilité d'inviter les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les documents présentés, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation du marché.

b) contenu de l'offre proprement dite (...).

1.2.4. Critères de sélection

Sont seules prises en considération les offres des soumissionnaires répondant aux conditions minimales de participation au présent marché, de caractère économique, financier et technique, définies ci-après, et vérifiées sur la base des documents cités à l'article 1.2.3. :

- 1° une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50.000.000 BEF;
- 2° une évolution financière et commerciale positive (situation comptable sur 3 ans);
- 3° une expérience suffisante relative à des réalisations similaires;
- 4° une qualification suffisante des membres de l'équipe de travail dans les techniques et spécialités concernées par le marché."

2. Le 28 juillet 2000, le Bulletin des adjudications publie l'avis de marché qui précise que, à peine d'exclusion, différents documents doivent être joints à l'offre dont "les bilans et les comptes de résultats pour les trois derniers exercices comptables" (point 14, d)).

3. Le 26 septembre 2000, les services de la partie adverse envoient à la requérante le cahier spécial des charges et les réponses aux questions posées lors de la visite sur le site le 5 septembre 2000.

4. Le 17 octobre 2000, lors de l'ouverture des offres, neuf soumissions sont déposées, dont celle de la requérante.

5. Le 13 décembre 2000, un groupe de travail constitué au sein des services de la partie adverse établit un premier rapport d'examen des neuf offres reçues.

En ce qui concerne l'offre de la requérante, le rapport contient ce qui suit pour ce qui est des critères de sélection :

" 1) CRITERES DE SELECTION

- 1° Stature suffisante : Chiffre d'affaire

Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une association momentanée.
Le soumissionnaire est constitué d'une société travaillant avec divers sous-traitants.
Le chiffre d'affaire d'Archi+I sprl n'a pas été donné pour 1999.

2° Evolution financière et commerciale positive (sur 3 années)

Archi+I sprl :

Le chiffre d'affaire n'a pas été donné mais la marge reste stable.
Ses valeurs disponibles s'élèvent à 13.700.000 FB.
Elle possédait une perte reportée mais qui a été apurée.
Ses bénéfices sont en augmentation.
La structure financière de cette société a bien évolué.
On peut la considérer comme normale."

Le même jour, le groupe de travail propose l'élimination de la requérante au stade de la sélection qualitative après avoir relevé ce qui suit :

- " Cette société possède un tout petit chiffre d'affaires et travaille avec beaucoup de sous-traitants.
Elle présente une situation financière faible alors qu'elle est toute seule à ce point de vue à supporter le projet.

Conclusions suivant les critères de sélection :

Les soumissionnaires 3, 6 et 7 (la requérante) présentent des faiblesses au point de vue financier. Ils ne seront donc pas repris pour l'analyse des critères d'attribution."

6. Le 9 janvier 2001, se tient la seconde réunion du groupe de travail. Ce dernier n'examine plus que les offres des soumissionnaires sélectionnés à la suite de la réunion du 13 décembre 2000 et propose l'attribution du marché public au soumissionnaire n°8 dénommé TUBIZE 2004.

7. En vue de la réunion du 12 février 2001 du conseil d'administration de la partie adverse, un rapport établi par les services de la partie adverse propose l'élimination de la requérante au stade de la sélection qualitative et l'attribution du marché au soumissionnaire n°8 dans les termes suivants :

" 1. EXPOSE DU DOSSIER.

1.1. HISTORIQUE (...)

1.2. PROCEDURE DE SELECTION DES SOUMISSIONNAIRES

Vu la complexité du dossier, un groupe d'étude est mis en place afin de débattre des capacités des différents soumissionnaires à réaliser au mieux les missions demandées.

Ce groupe de travail est constitué d'administrateurs de la SWL, de fonctionnaires de la SWL et d'un représentant de la Société coopérative des Habitations sociales du Roman Païs.

1.2.1. 1^{er} examen : Composition des offres

Une première analyse des dossiers de soumission, portant sur le caractère complet ou incomplet de l'offre, est réalisée.

Il s'agit de déterminer si les offres contiennent les documents demandés au cahier des charges.

Si certaines soumissions ne comprennent pas tous les documents demandés, le groupe de travail considère toutefois que les documents remis sont suffisants pour réaliser la sélection des candidats.

1.2.2. Analyse suivant les critères de sélection

Un document, reprenant un résumé des offres des différents soumissionnaires suivant les critères de sélection et d'attribution a servi de base à la discussion.

Cette analyse est effectuée sur base des critères de sélection définis au point 1.2.4 du cahier des charges, qui sont:

- une stature suffisante (chiffre d'affaires) ;
- une évolution commerciale et financière positive ;
- une expérience suffisante relative à des réalisations similaires ;
- une qualification suffisante des membres de l'équipe.

Après discussion, les participants du groupe de travail actent que:

- les soumissionnaires 1 et 8 satisfont sans réserve à ces critères ;
- les soumissionnaires 4 et 5 présentent des insuffisances au point de vue des références et des liens entre les membres de l'équipe ;
- les soumissionnaires 2 et 9 présentent une structure particulière au point de vue de l'équipe ;
- les soumissionnaires 3, 6 et 7 présentent des faiblesses au point de vue financier.

Conclusions :

Vu leurs faiblesses financières, les soumissionnaires 3, 6 et 7 sont donc éliminés pour l'analyse des critères d'attribution.

Seules 6 offres n° 1, 2, 4, 5, 8 et 9 sont détaillées et analysées suivant les critères d'attribution.

1.2.3. Analyse suivant les critères d'attribution (...)

1.3. PROPOSITIONS DU GROUPE DE TRAVAIL

Tableau récapitulatif des critères d'attribution
(...)

A la suite de cette analyse comparative, c'est le soumissionnaire 8 qui apparaît le plus apte, suivant l'ensemble des critères d'attribution, à réaliser ce marché de services.

2. IMPACT BUDGETAIRE S.W.L.

- Article budgétaire : 81.03.11
- Montant prévu en 2001 : 52.000.000 de francs

3. PROPOSITION DE DECISION

Le Conseil d'Administration :

- désigne l'association momentanée dénommée "Tubize 2004" et composée des Bureaux Van Haeren, Art & Build, GEOCAL et ECONOLER, comme adjudicataire du marché de services pour l'étude et le management du projet et du chantier de rénovation du Quartier des Bruyères à Tubize pour un montant forfaitaire de 49.920.000 francs hors T.V.A. ;
- charge les services d'assurer le suivi de l'exécution de cette décision."

8. Le 12 février 2001, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'attribuer le marché à l'association momentanée dénommée Tubize 2004. Il s'agit de l'acte attaqué.

9. Le 20 février 2001, les services de la partie adverse avertissent la requérante qu'elle n'a pas été désignée comme adjudicataire du marché public litigieux. Cette lettre ne comporte pas les mentions prévues par l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

A la suite de la demande du 27 février 2001 de la requérante, les services de la partie adverse lui transmettent, le 19 mars 2001, "la copie de la décision du Conseil d'Administration de la Société Wallonne du Logement ainsi que des rapports d'analyse qui doivent être considérés comme partie intégrante de cette décision". Cette lettre n'est pas non plus revêtue des mentions prévues par l'article 19 précité.

Considérant que la partie adverse soulève une première exception tirée de l'irrecevabilité ratione temporis du recours; qu'elle soutient que la décision litigieuse a été notifiée le 20 février 2001 et la requête reçue par le greffe le 10 mai 2001, soit au-delà du délai contentieux venu à échéance le 21 avril 2001, que les notifications ne comportent pas les mentions prescrites par l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, que, toutefois, la réglementation relative aux marchés publics ne contient aucune obligation de notification de la décision attaquée à l'égard d'un candidat qui n'a pas été sélectionné, que l'article 80 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 ne prévoit que la communication à son égard des motifs de non-sélection, et qu'il ne s'agit pas là d'une obligation de notification puisque la disposition prévoit que le soumissionnaire doit en faire la demande;

Considérant qu'indépendamment de l'application ou non en l'espèce de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il suffit de constater que les motifs de la non sélection de la requérante ne lui ont été communiqués, en même temps que la décision d'attribution elle-même, que par un pli daté du 19 mars 2001; que le délai de recours n'ayant pris cours que le 21 mars 2001, la requête introduite le 9 mai 2001 est recevable ratione temporis; qu'en effet, le délai de recours commence à courir lorsque la requérante prend connaissance des motifs de sa non sélection dès lors qu'elle demande, dans le délai de quinze jours prévu par l'article 80, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, communication de ces motifs; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la partie adverse soulève une seconde exception tirée du défaut d'intérêt de la société requérante; qu'elle expose que la requérante ne démontre pas l'intérêt à poursuivre l'annulation de l'acte attaqué, que la procédure choisie, soit un appel d'offres général, impliquant qu'elle n'a pas été empêchée de remettre une offre, son intérêt doit se démontrer par rapport à ce deuxième stade de la procédure; qu'à cet égard, elle affirme que l'offre de la requérante serait entachée de deux irrégularités substantielles qui n'ont pas motivé son éviction en raison de sa faiblesse financière qui a justifié sa non sélection, que le marché public n'aurait donc jamais pu lui être attribué, qu'elle ne démontre dès lors pas l'avantage que lui procurerait la disparition rétroactive de l'acte attaqué et qu'elle ne pourrait obtenir des dommages et intérêts devant le juge judiciaire dès lors que son offre n'était pas la plus intéressante puisque irrégulière;

Considérant que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la requérante comme irrégulière pour les motifs qu'elle soulève aujourd'hui; qu'elle n'est pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres; que l'exception doit être rejetée;

Considérant que la société requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de "la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, notamment de son article 14, 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, notamment de ses articles 68 à 74 et 80, de la directive européenne 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, notamment de ses articles 29 à 35, et du principe de proportionnalité";

Considérant que, dans une première branche intitulée "imprécision du critère de capacité financière", la requérante soutient que ni l'avis de marché ni le cahier spécial des charges ne précisent le seuil devant être atteint pour satisfaire à l'exigence de sélection qualitative relative à la capacité financière et économique du prestataire de service, que l'avis de marché se contente de préciser que la candidature doit comprendre "les bilans et les comptes de résultats pour les trois derniers exercices comptables", que le cahier spécial des charges se limite à affirmer qu'il faut "1° une stature suffisante (chiffre d'affaires, ...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50 millions de francs belges" et "2° une évolution financière et commerciale positives (situation comptable sur trois ans)", que ces deux documents non autrement précis violent l'article 68, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité qui précise qu'il peut être procédé à la sélection qualitative sur la base des "conditions minimales", qu'en l'espèce, ces "conditions minimales" n'ont pas été déterminées et que ces documents se contentent de préciser le mode de preuve admissible sans préciser le seuil minimal auquel il aurait fallu satisfaire;

Considérant que la partie adverse répond que, de lege lata, il n'existe pas d'obligation de formaliser les critères de sélection qualitative de manière précise, que l'arrêté royal n'énonce que des hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut prononcer, en disposant d'un pouvoir d'appréciation, l'exclusion de certains participants, que, dans les procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut sélectionner parmi les participants les meilleurs candidats en vue de limiter dans une certaine mesure ceux qu'il va inviter à remettre une offre, que dans les procédures ouvertes, le pouvoir adjudicateur peut sélectionner les candidats qui présentent et prouvent, par la production de documents adéquats, un minimum de compétence, ce qui ne veut pas dire qu'il soit obligé de sélectionner tous les candidats pour autant, ni qu'il faille énoncer dès l'avis de marché le seuil minimal de compétence, et que les propositions de directives tentent d'introduire des critères objectifs à l'avance, ce qui démontre que pareille obligation n'existe pas actuellement;

Considérant que la requérante réplique que l'article 68, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité impose au pouvoir adjudicateur de fixer les conditions minimales de caractère financier, économique et technique ainsi que les modes de preuve admissibles, que l'annexe 4, B, de cet arrêté royal précise que l'avis de marché contient "14° (...) les renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des capacités minimales de caractère financier, économique et technique que le pouvoir adjudicateur fixe au prestataire de services", qu'il appartient ainsi au pouvoir adjudicateur de fixer les conditions minimales dans ces domaines et de déterminer ensuite les documents

administratifs probants, que selon la première circulaire interprétative du 10 février 1998, l'avis de marché doit énoncer le niveau d'exigence requis et ensuite les documents probants admissibles, qu'une deuxième circulaire du 21 mai 2001 précise qu' "il est demandé aux soumissionnaires de satisfaire à des exigences minimales qui sont fixées par le pouvoir adjudicateur. Moyennant le respect de ces conditions, les soumissionnaires sont automatiquement sélectionnés.", que la partie adverse reconnaît que l'avis de marché n'énonce pas l'exigence minimale requise mais précise, de manière paradoxale, les pièces à déposer pour y satisfaire, que si la condition minimale n'est pas exposée dans l'avis de marché, elle ne l'est pas plus dans le cahier spécial des charges ni dans l'acte attaqué, que l'assertion du cahier spécial des charges selon laquelle la stature suffisante est un critère de sélection eu égard au marché estimé à 50 millions n'est pas satisfaisante car, ce faisant, le pouvoir adjudicateur pose une pétition de principe (quel chiffre suffisant ?) de sorte que l'on ignore sur quelle base le seuil de chiffre d'affaire minimal a in fine été retenu;

Considérant que l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité est rédigé comme suit :

- " Art. 70. La capacité financière et économique du prestataire de services peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :
- 1° par des déclarations bancaires appropriées ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;
 - 2° par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le prestataire de services est établi;
 - 3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1°, 2° et 3°, qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.

Si, pour une raison justifiée, le prestataire de services n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.";

Considérant que l'annexe IV "Modèles d'avis pour les marchés publics de services - B. Avis de marché pour l'adjudication publique et l'appel d'offres général" dispose en son point 13 comme suit:

- " 13° les renseignements sur la situation propre du prestataire de services et les renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des capacités minimales de caractère financier, économique et technique que le pouvoir adjudicateur fixe au

prestataire de services; ces renseignements et formalités ne peuvent être autres que ceux visés aux articles 69 à 73 du présent arrêté;"

Considérant que les dispositions précitées déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires; qu'elles n'en fixent toutefois pas le niveau; qu'"il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection" (circulaire du 10 février 1998 du premier ministre, Moniteur belge du 13 février 1998); qu'en matière de sélection qualitative, il a été jugé que "la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres" (C.J.C.E., 12 déc. 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, pt 93);

Considérant qu'en l'espèce, l'avis de marché impose, en son point 14, aux soumissionnaires de déposer, "sous peine d'exclusion", "d) les bilans et les comptes de résultats pour les trois derniers exercices comptables"; que le cahier spécial des charges reproduit, d'une part, cette même exigence pour le contenu du dossier de candidature (art. 1.2.3., a), 4°) et définit, d'autre part, quatre conditions minimales de participation "vérifiées sur la base des documents cités à l'article 1.2.3." et étant, notamment, "1° une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50.000.000 BEF; 2° une évolution financière et commerciale positive (situation comptable sur 3 ans);" (art. 1.2.4.); que la première de ces deux conditions, outre le fait qu'elle ne figure pas dans l'avis de marché, ne fixe pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique; qu'en effet, l'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "stature suffisante" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause; que la première branche du deuxième moyen est fondée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 12 février 2001 du conseil d'administration de la Société wallonne du Logement ne retenant pas l'offre de la société privée à responsabilité limitée ARCHI + I au stade de la sélection qualitative dans le cadre d'un marché public de service d'architecture et, simultanément, désignant l'association momentanée TUBIZE 2004 comme adjudicataire du marché.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept juin 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.