

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 192.128 du 1^{er} avril 2009

G./A.191.857/VI-18.157

En cause : **1. l'association momentanée formée par
la société coopérative à responsabilité limitée
QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT
et le bureau d'architecture MERCENIER Claudy,
2. la société coopérative à responsabilité limitée
QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT,
3. le bureau d'architecture MERCENIER Claudy,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

la commune de Villers-Le-Bouillet,

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

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

Vu la requête unique introduite le 20 mars 2009 par l'association momentanée formée par la société coopérative à responsabilité limitée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT et le bureau d'architecture MERCENIER Claudy, la société coopérative à responsabilité limitée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT ainsi que par le bureau d'architecture MERCENIER Claudy, qui demandent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "des décisions prises par la partie adverse en date du 3 mars 2009, attribuant le marché ayant pour objet «Marché de services relatif à la construction d'une maison communale» au Bureau GARCIA et la décision du Collège Communal du 4 mars 2009 déclarant l'offre des requérants non retenue";

Vu l'ordonnance du 23 mars 2009, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 30 mars 2009 à 11.00 heures;

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 Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section 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 cause sont les suivants :

1. En sa séance du 16 septembre 2008, le conseil communal de la partie adverse approuve le cahier spécial des charges, l'estimation et le mode de passation d'un marché public de services d'auteur de projet "relatif à la construction d'une maison communale".

L'objet du marché est le suivant (article 2) :

" Le marché a pour objet une mission complète d'architecture (...) ainsi que
- les relevés de géomètre nécessaires;
- une mission complète d'ingénierie en stabilité béton armé et techniques spéciales;
- une mission spéciale de coordination;
- une mission de coordination sécurité-santé;

La mission concerne le projet de construction d'une maison communale, pour la réalisation duquel le pouvoir adjudicateur prévoit un budget maximum de 3.800.000 € H.T.V.A.

La nouvelle infrastructure devra répondre, d'une part, aux exigences relatives à l'enveloppe budgétaire et au programme du Maître d'Ouvrage et d'autre part aux objectifs énergétiques du dossier de candidature déposé à la Région wallonne : bâtiment passif à énergie positive... zéro émission CO2."

Le marché est passé selon la procédure d'appel d'offres général (article 3).

Les critères d'attribution sont les suivants (article 9) :

- " 1. Montant des honoraires : 25 %
Formule de cotation (T = taux d'honoraires) : $15 - (T \text{ proposé} - T \text{ moyen}) \times 10$
avec un maximum de 25 points et un minimum de 0 point.
La moyenne se calcule :
lorsque le nombre des offres est inférieur ou égal à 4, en prenant en compte l'ensemble des offres.
lorsque le nombre des offres est supérieur à 4, en excluant à la fois l'offre la plus basse et, parmi les plus élevées, un nombre d'offres présentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité.
2. Approche du projet sur le plan architectural et esthétique (a), technique (b), économique et budgétaire (c) : 25 %
3. Approche du projet (travaux y compris) au vu du planning : 25 %
4. Objectifs énergétiques dans le cadre du projet : 25 %".

2. L'avis de marché est publié le 5 novembre 2008.

3. Le 11 février 2009, jour de l'ouverture des offres, cinq soumissions sont déposées :

- Association momentanée GARCIA - BICE - ARCHEL;
- Association momentanée QUADRA ARCHITECTURE & MANAGEMENT-MERCENIER;
- A. W. ARCHITECTES;
- FHW;
- IGRETEC.

4. Le 24 février 2009, il est établi un rapport d'analyse des offres.

Il ressort du rapport qu'en dehors de FHW, les quatre autres offres sont sélectionnées et considérées comme conforme au cahier spécial des charges. Elles sont ensuite examinées et comparées. Le rapport se conclut par le tableau récapitulatif et la proposition suivants :

"

Tableau des cotations	Association momentanée Garcia - BICE - Archel	Association momentanée Qadra architecture & management - Mercenier	A.W. architectes	IGRETEC
Approche du projet sur le plan architectural, esthétique, technique, économique et budgétaire : 25 %	15	17,92	6,67	5,83
Taux d'honoraires : 25 %	25	0	15,2	25
Approche du projet au vu du planning : 25 %	16,25	16,25	17,5	5
Approche du projet au vu des objectifs énergétiques : 25 %	13,75	17,5	5	6,25

TOTAL 100 %	70	51,67	44,37	42,08
Position	1	2	3	4

Il est proposé de désigner l'Association momentanée Garcia - BICE - Archel adjudicataire du marché de service d'auteur de projet pour la construction de l'administration communale de Villers-le-Bouillet sous réserve que l'associé Archel fournisse une attestation ONSS et une attestation d'assurance responsabilité professionnelle.".

5. Le 3 mars 2009, le collège communal décide d'attribuer le marché.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, reproduit le rapport d'examen des offres et contient ensuite les considérations suivantes :

" Attendu que la firme ACHEL (en association momentanée avec GARCIA et BICE) a fourni les documents réclamés dans le rapport de la SPI +;

Vu la proposition de la SPI +, d'attribuer le marché de services à l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (tenant compte des critères d'attribution), soit GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE pour un pourcentage des honoraires de 6,85 %;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2009 article 104/733-60;

Considérant que le crédit sera financé par un emprunt et par subsides;

DECIDE, à l'unanimité des membres,

Article 1^{er} : de faire sien le rapport d'analyse des offres établi par la SPI + à LIEGE;

Article 2 : La proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 24 février 2009 pour le marché ayant pour objet «MARCHE DE SERVICE RELATIF A LA CONSTRUCTION D'UNE MAISON COMMUNALE», et de laquelle il apparaît que GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (tenant compte des critères d'attribution), est approuvée.

Article 3 : Le marché «de service relatif à la construction d'une maison communale» est attribué à GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE pour un pourcentage des honoraires de 6,85 %.

Article 4 : L'exécution doit répondre aux conditions fixées par le cahier spécial des charges N° 2008/03.

Article 5 : Le paiement des honoraires se fera par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2009, article 104/733-60.

Article 6 : La présente délibération est exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle.

Article 7 : Communique la présente décision :

- au SPW - DGO 5 - tutelle générale d'annulation - rue Van Opre n° 95 à 5100 NAMUR,
- à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, conformément à l'article 21 bis § 2 de la loi du 24.12.1993 susdite."

6. Par une lettre recommandée du 4 mars 2009, envoyée le 6 mars 2009, la partie adverse notifie aux demanderesses ce qui suit :

" Nous avons le regret de vous signaler que votre offre relative au dossier repris sous rubrique n'a pas été retenue.

En effet, elle n'a pas été, au vu des critères prévus au cahier des charges, jugée la plus intéressante :

Analyse de l'offre :

APPROCHE DU PROJET SUR LE PLAN ARCHITECTURAL ET ESTHETIQUE (A), TECHNIQUE (B), ECONOMIQUE ET BUDGETAIRE (C) : 25 %

L'implantation du bâtiment dans son contexte est juste, les modes lents sont pris en compte.

La proposition actuelle est logiquement le prolongement de la réflexion élaborée lors de l'étude préliminaire. Le projet est cohérent et compact. Les gestes architecturaux ponctuels comme les courbes, les toitures terrasses ou la verrière d'entrée sont timides. Intégration moyenne du concept de bâtiment public qui joue un rôle symbolique et didactique.

Le choix de positionner les parkings sur les côtés du bâtiment et de créer un espace public «vert» (zone tampon) à l'avant est judicieux.

Prise en compte des utilisateurs.

Système constructif rationnel, poteaux-poutres et trame régulière (modularité). Bonne connaissance des techniques chaux-chanvre. Gestion technique simplifiée, simulation thermodynamique, calcul du temps de retour des investissements économiseurs d'énergie.

Bonne suggestion au niveau du marché de travaux, recours aux options.

Prise en compte des frais de fonctionnement. Formation du personnel d'entretien, responsable énergie.

17,92/25

TAUX D'HONORAIRES : 25 %

Critère évalué sur base de la formule reprise au C.S.C., la moyenne étant de 8,66 %.

0/25

APPROCHE DU PROJET AU VU DU PLANNING : 25 %

Bonne compréhension des enjeux, proposition d'avoir un seul interlocuteur et de diffuser rapidement les comptes-rendus.

Propositions de gains de temps ambitieuses.

La proposition de travailler en lots séparés et d'avoir une coordination des lots assurée par l'adjudicataire du lot gros œuvre n'est pas vraiment un plus au niveau de la gestion du planning.

16,25/25

APPROCHE DU PROJET AU VU DES OBJECTIFS ENERGETIQUES : 25%

Bonnes propositions mais ces choix ne sont pas expliqués et restent à évaluer.
Choix d'un optimum.
Possibilité de compartimenter l'utilisation du bâtiment.
Proposition de réaliser beaucoup d'études intéressantes.
Insiste sur la formation des utilisateurs.

17,5/25

Nous vous rappelons que l'article 21bis de la loi du 24/12/1993 telle que modifiée à ce jour est d'application et que tout recours éventuel doit être introduit auprès d'une juridiction dans les 15 jours calendrier à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente."

II. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze 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, comme les demanderesses le relèvent, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension;

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 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;

III. QUANT AUX MOYENS

A. Premier moyen

Considérant que les demanderesses prennent un premier moyen de "la violation de l'article 110 §2 et 110 §3 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"; que le premier moyen est subdivisé en deux branches; que dans une première branche invoquant la violation de l'article 110, §2, les demanderesses soutiennent que si leur offre est conforme à l'article 15, § 2, du cahier spécial des charges, tel n'est pas le cas de l'offre de l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL, que les commentaires sont les suivants dans le rapport d'analyse des offres : "Bonne approche générale. Liste intéressante et non exhaustive des interventions. La technique chaux-chanvre, le concept d'émission 0 et de bâtiment passif à énergie positive sont peu abordés.", que toutefois, l'article 15 du cahier spécial des charges "signale qu'il s'agit d'une obligation de chaque soumissionnaire, cette notion d'obligation est d'ailleurs logique puisqu'elle répond à la nécessité pour la commune de Villers-le-Bouillet de bénéficier d'un subside en répondant aux critères imposés par la Région Wallonne", qu'il "est donc absolument essentiel d'envisager dans son offre ces trois critères énergétiques : bâtiment passif à énergie positive - zéro émission CO2 - matériaux chaux-chanvre", que "si un seul de ces éléments manque dans l'offre ou n'est pas abordé, celle-ci doit être considérée comme définitivement irrégulière au regard de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996" de sorte que l'offre choisie par les actes attaqués devait être déclarée irrégulière;

Considérant que l'article 15, alinéa 2, du cahier spécial des charge dispose ce qui suit :

" La nouvelle infrastructure devra répondre d'une part aux exigences relatives à l'enveloppe budgétaire et au programme du Maître d'ouvrage et d'autre part aux objectifs énergétiques du dossier de candidature déposé à la région wallonne : bâtiment passif à énergie positive ... zéro émission CO2.";

que cette exigence est également reprise à l'article 2, alinéa 3, du même cahier; qu'à cet effet, l'article 8 exige notamment : "14°) Une notice (maximum 1 page A4) relative aux objectifs énergétiques dans le cadre du projet"; que le 4^{ème} critère d'attribution porte sur les "objectifs énergétiques dans le cadre du projet";

Considérant que dans le cadre de la première branche, les demanderesses mettent en cause à tort l'absence dans l'offre retenue de tout ou partie de ces objectifs

énergétiques; qu'en effet, l'offre de l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL contient la notice exigée par l'article 8 du cahier spécial des charges; que les aspects requis par l'article 15 y sont abordés; que l'appréciation contenue dans le rapport d'analyse des offres indique qu'ils le sont "peu" mais pas qu'ils ne le sont pas; que pour le surplus, l'article 15 précité n'impose pas à peine de nullité un contenu spécifique ou minimal à la notice technique qui devait être déposée; que la première branche manque en fait;

Considérant que dans une seconde branche prise de la violation de l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les demanderesses font valoir que "l'offre retenue aurait dû être considérée comme irrégulière au motif qu'elle a proposé un prix anormalement bas", qu'en effet, la mission en cause doit comprendre non seulement l'architecture, mais aussi des études sur la stabilité, les techniques spéciales, l'étude urbanistique des alentours, la coordination générale, la coordination sécurité-santé, les géomètres et les essais de sol complémentaires, et surtout des études ayant trait aux simulations thermodynamiques, l'éclairage naturel PHPP, bilan carbone, particularités chaux-chanvre, photovoltaïque, qu'il apparaît des offres rendues qu'aucun des autres bureaux d'architecture n'a tenu compte du coût de ces études, pourtant essentiel à la réalisation de la condition substantielle ayant trait à un bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO₂, et à technique béton-chaux-chanvre, que bien que l'autorité administrative n'a pas d'obligation d'interroger les soumissionnaires sur pied de l'article 110 § 3, il n'en reste pas moins que l'autorité doit contrôler le caractère anormalement bas ou haut des offres en ce sens qu'il peut permettre d'éviter des problèmes d'exécution au regard du cahier spécial des charges, ce qui est le cas en l'espèce, qu'il y a lieu de se référer au seuil d'anormalité évalué à 15 %;

Considérant que cette branche se réfère dans un premier temps à l'article 110, § 3 et invoque dans un second temps le seuil d'anormalité de 15 %, lequel figure à l'article 110, § 4; qu'elle apparaît dès lors comme obscure à ce stade de la procédure et doit être rejetée;

B. Deuxième moyen

Considérant que les demanderesses prennent un deuxième moyen de la violation de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; qu'elles exposent que la décision attaquée attribue le marché au Bureau GARCIA alors que le rapport d'analyse des offres proposait de désigner l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL, que dans l'hypothèse où l'association momentanée a déposé l'offre, la décision du 3

mars 2009 désigne un adjudicataire inexistant et viole l'article 115, que dans l'hypothèse où c'est le Bureau GARCIA qui a déposé seul son offre, celle-ci est nécessairement irrégulière car ne remplissant pas les critères qualitatifs exigés par le cahier spécial des charges;

Considérant que l'offre retenue est déposée par l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL, laquelle désigne, en annexe de son offre, comme mandataire "Henri GARCIA, administrateur délégué de la B.A.H. GARCIA" pour la représenter dans le cadre du marché litigieux; que le rapport de comparaison des offres propose d'attribuer le marché à l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL; que la délibération attaquée du collège communal du 3 mars 2009 fait sien, en son article 1^{er}, le rapport d'analyse des offres, approuve, en son article 2, la proposition d'attribution qui figure dans ce rapport et attribue, en son article 3, le marché à "GARCIA"; qu'il s'agit tout au plus d'une erreur de plume, l'identité du soumissionnaire retenu ne faisant aucun doute; que la décision peut par ailleurs être interprétée comme visant le mandataire de la société momentanée retenue; que le moyen n'est pas sérieux;

C. Troisième moyen

Considérant que les demanderesses prennent un troisième moyen de "la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, et du respect du principe d'égalité entre les candidats"; que ce moyen est subdivisé en trois branches;

Considérant que dans une première branche, les demanderesses font valoir que le rapport d'analyse des offres estime à tort que dans leur offre, les choix ne sont pas expliqués et restent à évaluer, que dans leur offre, la note se réfère à l'étude réalisée par l'architecte MERCENIER et précise les moyens mis en oeuvre pour arriver à l'objectif, que les annexes permettent d'envisager concrètement comment sera mise en oeuvre la technique nouvelle se référant aux matériaux béton-chaux-chanvre;

Considérant, quant à la première branche, que l'inexactitude de la motivation quant à leur offre avancée par les demanderesses a trait au quatrième critère d'attribution relatif aux objectifs énergétiques; que sur ce critère, le rapport d'analyse des offres indique ce qui suit à propos de l'offre des requérantes :

" Bonnes propositions mais ces choix ne sont pas expliqués et restent à évaluer.
Choix d'un optimum.
Possibilité de compartimenter l'utilisation du bâtiment.

Proposition de réaliser beaucoup d'études intéressantes.
Insiste sur la formation des utilisateurs.

17,5/25";

Considérant, d'une part, que contrairement à ce que soutiennent les demanderesses, l'appréciation de leur offre qui y est contenue n'est pas négative; que l'on en veut pour meilleure preuve le fait que sur cet aspect, l'offre des demanderesses a reçu et de loin plus de points que ses concurrents; que d'autre part, la référence à l'étude préalable de l'architecte MERCENIER n'est pas pertinente pour juger de la qualité de la réponse contenue dans l'offre des demanderesses dès lors que cette étude préalable, qui figure en annexe du cahier spécial des charges, était une contrainte à respecter par tous les soumissionnaires; qu'enfin, la partie de motivation critiquée par les demanderesses n'a pas trait, comme elles l'exposent dans leur branche, à la mise en oeuvre de la technique proposée mais au choix de celle-ci; que la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant que dans une deuxième branche, les demanderesses exposent, à propos du critère prix, que le calcul fait dans le rapport d'analyse est inexact, que pour arriver à la moyenne de 8,66 retenue par le rapport, il faut tenir compte de l'offre jugée irrégulière, soit d'une cinquième offre, que par contre, si l'on tient compte des quatre offres recevables, la moyenne n'est plus de 8,66 mais de 9,21, que cette erreur n'est pas sans conséquence sur la cotation puisque le cahier spécial des charges, en son article 9.1., prévoit qu'au cas où le nombre des offres retenues est supérieur à quatre, il faut exclure l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée;

Considérant que pour établir la notation des offres au regard du critère prix et donc pour y appliquer la formule retenue par le cahier spécial des charges, la partie adverse ne pouvait avoir égard qu'aux offres régulières, soit quatre offres; que dans ce cas, la moyenne est de 9,21 au lieu de 8,66; que toutefois, cette erreur commise dans le calcul de la moyenne n'a aucune incidence sur la notation des offres au regard de ce critère et donc sur le résultat final puisque l'attributaire et les demanderesses obtiennent les mêmes points, à savoir respectivement 25 et 0; que la deuxième branche est partant inopérante;

Considérant que dans une troisième branche, les demanderesses soutiennent que la motivation de l'analyse des offres est inexacte au regard des deuxième, troisième et quatrième critères d'attribution; qu'en ce qui concerne le deuxième critère, elles relèvent que leur offre est "jugée quasiment sur tous les points, de manière positive ou

très positive alors que beaucoup de réserves sont énoncées sur l'offre finalement retenue" et que seulement 2,92 points séparent les deux offres, que ce critère d'attribution n'est pas sans relation avec le critère d'attribution relatif au niveau des objectifs énergétiques, qu'en effet, particulièrement en ce qui concerne la compacité du bâtiment, jugée comme inadéquate dans l'offre retenue, il y a lieu de souligner que c'est le premier facteur de réussite pour un bâtiment passif, que la forme générale du bâtiment a également un impact sur les objectifs énergétiques, que les qualités de l'offre des demanderesse, du point de vue de la forme compacte, sont d'ailleurs prises en compte dans ce premier critère d'attribution, de sorte que "la cotation ayant trait à ce critère est manifestement inexacte, la motivation reprise pour chacune des offres étant contradictoire par rapport aux cotes retenues"; qu'en ce qui concerne le troisième critère ayant trait au planning, les demanderesse estiment que "l'offre retenue a proposé le recours à la préfabrication alors qu'en ce qui concerne la motivation ayant trait aux requérants, ce recours à la préfabrication n'est pas indiqué alors qu'il figure dûment dans leur offre, ce qui devait nécessairement relever son niveau de cote par rapport aux autres arguments", que "dans ces conditions, il ne s'agit pas seulement d'une erreur d'appréciation mais bien d'une inexactitude dans la motivation qui omet, pour un des candidats, ce recours à la préfabrication alors qu'il le retient pour l'autre et que ce critère semblait se trouver dans les deux offres"; qu'en ce qui concerne le quatrième critère concernant les objectifs énergétiques, les demanderesse soulignent qu'"alors que la technique chaux-chanvre, le concept d'émission zéro CO2 et de bâtiment passif, ne sont pas ou peu abordés dans l'offre retenue, celle-ci obtient 13,75 contre 17,5 pour leur offre", et que les deux autres propositions sont notées à 5/25 et 6,25/25 alors qu'elles comportent une approche lacunaire et généraliste sur ces trois éléments techniques considérés comme fondamentaux par le cahier spécial des charges et par l'autorité subsidiaire;

Considérant que l'argumentation des demanderesse critique l'appréciation des offres qui est faite par la partie adverse; que le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à celle de la partie adverse et refaire notamment l'analyse des offres à la place du pouvoir adjudicateur; que le juge administratif ne peut que censurer l'erreur manifeste d'appréciation et l'inexactitude des motifs; qu'il ressort du bref examen qui a pu être mené en extrême urgence que les différences relevées dans l'examen et la comparaison des offres et dans les notations qui en résultent au regard des critères d'attribution ne sont pas manifestement déraisonnables et trouvent appui dans le dossier; qu'il y a également lieu de tenir compte de l'impact des critiques sur le classement des offres; qu'à cet égard, les demanderesse restent en défaut de démontrer que la différence de près de 19 points qui sépare les demanderesse de l'attributaire du

marché est totalement comblée par les critiques émises; que la troisième branche n'est pas sérieuse;

D. Quatrième moyen

Considérant que les demandereses prennent un quatrième moyen de la "violation de l'illégalité de l'article 9 du cahier spécial des charges et du principe du respect de l'égalité des candidats"; qu'elles font valoir ce qui suit :

" L'article 9.1 du cahier spécial des charges impose de donner une cote de zéro point à toute offre qui s'écarte de plus de 1,5 % de la moyenne des offres;

Que ce système de cotation n'est absolument pas proportionné pour permettre une évaluation équitable des différentes offres;

Ce type de calcul va amener à donner 25 points à l'offre retenue et zéro point à l'offre des requérants;

L'offre IGRETEC recevra également 25 points pour un taux d'honoraires de 7.80 %;

Indépendamment du problème du prix anormalement bas évoqué au premier moyen, il apparaît que cette méthode de calcul écarte de manière automatique et définitive celui qui remet le prix trop élevé;

Pratiquer de la sorte vide de son sens la comparaison des offres dans le cadre d'un appel d'offre et se rapproche plus du système d'adjudication;

Il crée manifestement une rupture d'égalité, entre les différents candidats, particulièrement quant aux chances de celui remettant le prix le plus élevé;"

Considérant que le moyen met en cause le système de notation du critère prix au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires; 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 ni comment l'apprécier;

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; que c'est ce dernier point qui fait l'objet du moyen;

Considérant que le système de notation du critère prix prévu par l'article 9.1. du cahier spécial des charges a été appliqué à toutes les offres régulières et de la même manière par la partie adverse; que la formule mathématique qui y figure a pour effet d'attribuer zéro point à l'offre dont le taux d'honoraires s'écarte de 1,5 % ou plus du taux moyen d'honoraires; que cette dégressivité certes rapide n'apparaît pas à première vue disproportionnée au regard d'un taux moyen d'honoraires qui se situe entre 8 et 9 % ni au regard du montant du marché, une différence de 1,5 % représentant près de 57.000 €; que, contrairement à ce que soutiennent les demanderesses, cette méthode de calcul n'écarte pas de manière automatique et définitive celui qui remet le prix le plus élevé, la note 0 n'étant attribuée qu'à partir d'une différence de 1,5 %; qu'utiliser la fourchette maximum de points prévus pour un critère d'attribution (en l'occurrence, entre 0 et 25) n'est pas critiquable dès lors que toute autre méthode aurait pour effet de neutraliser une partie de la notation et dès lors de l'impact du critère concerné; qu'enfin, le système de notation du critère prix était annoncé dans le cahier spécial des charges; que les soumissionnaires connaissaient donc, avant de déposer leur offre, la formule retenue par la partie adverse, laquelle avait pour effet de pénaliser fortement les prestataires qui prenaient le risque de remettre des honoraires élevés; que le moyen n'est pas sérieux;

E. Cinquième moyen

Considérant que les demanderesses prennent un cinquième moyen de la "violation de l'article 21 bis de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et de la Loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les Provinces et les Communes et du respect du principe d'égalité des candidats"; qu'elles font état de ce que à la suite de leur demande le 18 mars 2009 d'obtenir une copie de l'offre retenue, la partie adverse a répondu, le 19 mars 2009, que l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 ne prévoit pas la possibilité de consulter les offres concurrentes et que l'article 21 bis, § 3, précise que certains documents ne peuvent pas être communiqués lorsque leur divulgation peut porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprise publique ou privée, ou peut nuire à une concurrence loyale entre entreprises, la partie adverse estimant que les demanderesses bénéficieraient d'informations privilégiées sur la méthodologie employée par un

concurrent direct et se fondant sur l'article 7.3 de la loi du 12 novembre 1997 pour refuser de faire droit à cette demande; qu'elles soulignent qu'en n'appliquant pas l'enseignement de l'arrêt n° 119.018 du 6 mai 2003 du Conseil d'Etat et "en ne signalant pas qu'il existe des secrets de fabrication ou une protection au niveau des brevets, d'aile ou dessins, la partie adverse prive la requérante de la possibilité de contrôler la légalité de la procédure de marchés publics à laquelle elle a participé", que "ce faisant, elle rompt nécessairement l'égalité entre les candidats, cette rupture devant être appréciée non seulement au cours de la procédure, mais également au niveau de la communication des motifs de la décision reposant sur le dossier administratif et notamment l'offre sollicitée" et que "la partie adverse ne précise pas davantage en quoi la demande de la requérante serait manifestement abusive au sens de l'article 7.3 de la Loi du 12 novembre 1997";

Considérant que les faits relevés par les demanderesses sont postérieurs à la prise de la décision attaquée; qu'ils ne peuvent dès lors affecter la légalité de l'acte attaqué; que par ailleurs, l'arrêt vanté par les demanderesses a trait non pas à la communication des offres par la partie adverse aux soumissionnaires concurrents après la décision d'attribution du marché mais au dépôt du dossier administratif par la partie adverse devant le Conseil d'Etat en cas de contestation de la décision d'attribution du marché; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 n'étant pas remplie, la demande de suspension n'est pas accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

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

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.