

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 214.383 du 1^{er} juillet 2011

G./A.193.284/VI-18.282

En cause : **1. la société coopérative à responsabilité limitée
ASSAR ARCHITECTS,
2. la société privée à responsabilité limitée
HOET & MINNE,
3. la société coopérative à responsabilité limitée
ARTAU,**

ayant élu domicile chez
Mes Luc MISSON et
Aurélien KETTELS, avocats,
rue de Pitteurs, n° 41,
4020 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale de soins spécialisés de Liège,
en abrégé ISoSL,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 6 juillet 2009 par la société coopérative à responsabilité limitée ASSAR ARCHITECTS, la société privée à responsabilité limitée HOET & MINNE et la société coopérative à responsabilité limitée ARTAU qui demandent l'annulation de la décision du 28 avril 2009, par laquelle la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de soins spécialisés de Liège attribue un marché public de services ayant pour objet l'élaboration d'un projet d'architecture pour la construction d'une maison de repos et de soins de 108 lits dans le quartier de Droixhe;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire des parties requérantes;

Vu l'ordonnance du 23 mai 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 juin 2011;

Entendu, en son rapport, M. David DE ROY, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Aurélie KETTELS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier 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. Le 25 juin 2008, le bureau exécutif de la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale des personnes âgées de Liège et environs (IPAL) décide d'approuver le dossier d'avant-projet d'une construction de maison de repos de 108 lits et centre d'accueil dans le quartier de Droixhe pour un montant de plus de 12 millions d'euros et sollicite les subsides de la Région wallonne.

2. Le même jour, la directrice technique de l'Intercommunale établit un mémoire descriptif de la situation existante sur le site de l'implantation projetée ainsi que les objectifs projetés.

3. A une date indéterminée, la société coopérative à responsabilité limitée QUADRA dresse un "programme des travaux envisagés" à l'occasion de l'avant-projet de construction et établit dix plans d'architecte. Sur la base de ces plans, les subsides régionaux auraient été alloués et un certificat d'urbanisme n° 2 a été délivré.

4. En novembre 2008, l'ISoSL, qui a juridiquement succédé à l'IPAL, dresse un cahier spécial des charges ayant pour objet l'attribution d'un marché public de services, à passer selon le mode de l'appel d'offres général, ayant pour objet

l'élaboration d'un projet d'architecture pour la construction d'une maison de repos et de soins de 108 lits. Le cahier spécial des charges expose, en son article 1^{er}, que le marché consiste, "sur base de l'avant-projet élaboré par le Bureau Quadra", en :

- " • l'adaptation de l'avant-projet existant,
- l'établissement du projet (plans, cahiers des charges, métrés, documents pour permis),
- l'établissement des dossiers soumission (avis de marché, formulaires d'offres, etc.),
- l'examen des candidatures et offres relatives au marché de travaux conçu sur base de l'étude réalisée,
- le contrôle des travaux avec rédaction des PV, organisation des réunions de chantier, visites régulières de chantier, établissement des états d'avancement, procès-verbaux de carence éventuels, procès-verbaux de réception et décompte final, etc.
- la collaboration active à la mission du Coordinateur Santé Sécurité au sens de l'AR du 25 janvier 2001 portant sur les chantiers temporaires ou mobiles."

L'avis de marché, publié au Bulletin des adjudications du 26 novembre 2008, expose également que les critères d'attribution, synthétisés, sont les suivants :

- " 1 - références - Pondération : 50 points
- 2 - honoraires - Pondération : 20 points
- 3 - délai d'exécution du marché - Pondération : 5 points
- 4 - disponibilité sur chantier - Pondération : 5 points
- 5 - système de contrôle des délais d'exécution des travaux effectués par les Entreprises - Pondération : 5 points
- 6 - système de contrôle du budget - Pondération : 10 points
- 7 - membres constitutifs du bureau - Pondération : 5 points".

Ces critères d'attribution sont détaillés au cahier spécial des charges et se présentent comme suit :

- " 1. Références : 50 points
Pour évaluer ce critère, le soumissionnaire établit une liste de 2 réalisations principales de construction de maison de repos - maison de repos et de soins d'une capacité d'au moins 100 lits effectuées au cours des dix dernières années en Belgique. Les éléments suivants doivent être repris pour chaque référence. Ils déterminent le nombre de points qui seront attribués à chaque projet. (avec attribution de 25 points maximum par projet).

A	Le Maître de l'ouvrage ainsi que l'éventuel pouvoir subsidiant. Les noms, adresses et personnes de référence seront précisés. En cas de dossier subsidié, le soumissionnaire précisera la nature et le pourcentage de ces subsides (aux stades étude et décomptes finaux).	3 points si dossier subsidié, 1 point sinon.
B	La nature du projet.	5 points si bâtiments orientés hébergements et/ou soins aux personnes âgées, 2 points si autres.

C	Le budget initialement prévu pour l'avant-projet, le budget estimé pour le projet définitif et le prix final des travaux détaillé en architecture, stabilité et techniques spéciales. En cas de dépassement du budget prévu, une note explicative est demandée.	10 points si absence de dépassement ou dépassement mineur dûment justifié, 8 points si dépassement majeur dûment justifié, 6 points sinon.
D	Le délai d'exécution initialement prévu et le délai d'exécution effectivement nécessaire. En cas de dépassement du délai prévu, une note explicative est demandée.	7 points si absence de dépassement ou dépassement mineur dûment justifié, 5 points si dépassement majeur dûment justifié, 3 points sinon.
	Total	25 points maximum par réalisation

ISoSL se réserve le droit de vérifier les informations auprès des Maîtres de l'ouvrage et pouvoirs subsidiaires concernés. Le soumissionnaire peut joindre à son offre une attestation de satisfaction des Maîtres de l'ouvrage.

2. Honoraires : 20 points

Le soumissionnaire doit déterminer le pourcentage fixe d'honoraires qu'il envisage d'appliquer pour l'ensemble du projet.

Pour ce critère, les points sont calculés comme suit :

$P = 20 \times (X/Y)$, X étant le montant de la soumission la plus basse et Y le montant proposé par le soumissionnaire en question (dans le cadre d'une mission partielle continuée et dans le respect de la norme déontologique N° 2 fixée par l'Ordre des Architectes et des barèmes E et S fixés par la FABI).

Le pourcentage prévu par la Norme déontologique n° 2 pour la phase avant-projet ne peut en aucun cas être comptabilisé intégralement eu égard à l'article 16 du présent cahier spécial des charges.

3. Délai d'exécution du présent marché : 5 points

Le soumissionnaire peut proposer des délais plus courts que ceux qui sont détaillés à l'article 16. Un classement est alors effectué en totalisant le délai d'exécution de toute la mission d'architecture. Le maximum des points sera attribué au soumissionnaire qui proposera le délai global le plus court et qui s'engagera à le respecter.

A noter que cette proposition de réduction des délais d'exécution est soumise à l'approbation du Maître de l'ouvrage qui est libre de la refuser.

4. Disponibilité sur chantier : 5 points

L'Auteur de Projet, en cas d'intervention particulière sur chantier, doit pouvoir s'y rendre en un maximum d'une heure. Ce critère peut être rencontré par la collaboration avec un architecte local désigné par le soumissionnaire.

A noter le cas échéant que le choix de l'architecte local est soumis à l'approbation du Maître de l'ouvrage qui est libre de le refuser et d'exiger la désignation d'un autre confrère.

5. Système de contrôle des délais d'exécution des travaux effectués par les Entreprises : 5 points

Le soumissionnaire communique avec la plus grande précision et la plus grande clarté la méthode qu'il compte utiliser pour contrôler les délais d'exécution des travaux par les Entreprises dans le respect des échéances contractuelles définies dans leurs contrats.

6. Système de contrôle du budget : 10 points

Le soumissionnaire communique avec la plus grande précision et la plus grande clarté la méthode qu'il compte utiliser pour contrôler l'évolution des travaux dans le respect des budgets qui ont été arrêtés lors de la désignation de l'(des) adjudicataire(s).

7. Membres constitutifs du bureau : 5 points

Le soumissionnaire communique avec la plus grande précision les noms, la profession et les qualifications particulières des différents membres du bureau d'architecture ainsi que les capacités informatiques et bureautiques de l'équipe. Les points seront attribués en fonction de la pluridisciplinarité de l'équipe et de la nature de son équipement."

5. Le 22 janvier 2009, la société anonyme BUREAU D'ARCHITECTURE VERHAEGHEN envoie aux services de la partie adverse une note juridique relative à l'offre à déposer pour le lendemain. Cette note intitulée "note de justification, en application de l'article 78 § 1° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996" expose que les documents dressés par la société QUADRA sont mis à la disposition des différents candidats par le pouvoir adjudicateur, que la société QUADRA a consulté ces documents et atteste de leur complétude et de leur correspondance à sa connaissance du dossier, que la société BUREAU D'ARCHITECTURE VERHAEGHEN et la société QUADRA présentent une offre en association, que l'étude préalable réalisée par la société QUADRA n'a pas eu pour effet de mettre leur association dans une position de nature à fausser les conditions normales de la concurrence puisque la connaissance des lieux, du programme et des orientations souhaitées par le pouvoir adjudicateur est identique et que tous les participants fonderont leur offre en ayant égard aux résultats de cette études et aux informations du cahier spécial des charges.

6. Le 23 janvier 2009, quatre offres sont reçues par les services de la partie adverse, dont celle des requérantes et celle de la société BUREAU D'ARCHITECTURE VERHAEGHEN et de la société QUADRA.

7. A une date indéterminée, un rapport de comparaison des offres est dressé par le département technique de la partie adverse. Ce rapport se présente, dans ses éléments essentiels, comme suit :

" 1.5.1. Critère 1/références

Au chapitre 1.2 SELECTION QUALITATIVE, il est fait état des documents à joindre à l'offre, dont la liste des principaux services exécutés au cours des cinq dernières années.

Comme annoncé dans ce même chapitre, cette liste a été retirée de la sélection qualitative, et ce par le caractère lacunaire des informations y figurant, pour être élevée au niveau des critères d'attribution du marché.

Le fait de définir partie de cette liste comme critère d'attribution traduit la volonté du Pouvoir Adjudicateur d'apprécier la manière dont chaque soumissionnaire a maîtrisé la mission qui lui était confiée, et ce sans tenir compte du jugement porté par les Pouvoirs Adjudicateurs concernés.

Pour être objective, cette évaluation requiert la diffusion de données tant financières que de planification, données habituellement absentes des listes des missions similaires effectuées.

En conséquence, le Pouvoir Adjudicateur a imposé que deux bâtiments soient détaillés de manière à mettre en exergue, outre la nature du projet, l'évolution du budget et le respect du planning.

L'examen détaillé des dossiers fournis par chaque soumissionnaire est repris à l'annexe 2 du présent rapport. La cotation résultante est la suivante :

Critère 1	/50	AAD scprl équipe pluridisciplinaire	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		39	39	42

1.5.2 Critère 2/honoraires

Moyennant la confirmation du respect des valeurs préconisées par la norme déontologique n° 2 et les barèmes de la FABI, l'application de la formule prévue au Cahier Spécial des Charges induit la cotation suivante :

Critère 2	/20	AAD scprl équipe pluridisciplinaire	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		20	17,2	19,5

1.5.3 Critère 3/délai d'exécution de la mission

Pour opérer une comparaison objective, chaque durée, qu'elle provienne du Cahier Spécial des Charges ou des dossiers de soumission, a été convertie en jours de calendrier.

Les valeurs suggérées converties sont reprises dans le tableau ci-après.

	Valeurs CSCh (*)	Valeurs converties
adaptation de l'avant-projet	1 mois	30 jours de calendrier
dépôt permis unique	4 mois	120 jours de calendrier

étude projet	5 mois	150 jours de calendrier
dépôt projet définitif/dossier adjudication	3 mois	90 jours de calendrier
dépôt rapport comparaison offres	6 semaines	42 jours de calendrier
contrôle avancement travaux	10 jours	10 jours de calendrier
contrôle décompte final	20 jours	20 jours de calendrier

(*) valeurs calendrier

L'examen détaillé des délais proposés par chaque soumissionnaire est repris à l'annexe 3 du présent rapport. La cotation résultante est la suivante :

Critère 3	/5	AAD scrl équipe pluridisciplinaire	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		2,1	5	2,6

1.5.4 Critère 4/disponibilité

La comparaison de la disponibilité de chaque soumissionnaire n'appelle pas de commentaires particuliers: chacun garantit son intervention dans le délai maximal prescrit par le Cahier Spécial des Charges.

Le résultat de cette analyse induit la cotation suivante :

Critère 4	/5	AAD scrl équipe pluridisciplinaire	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		5	5	5

1.5.5 Critère 5/contrôle du délai d'exécution

L'examen des directives suggérées par chaque soumissionnaire pour maîtriser les délais d'exécution des entreprises conduit aux constatations suivantes.

D'une manière générale, chaque soumissionnaire évoque des éléments similaires à prendre en considération pour évaluer le risque de dérive des délais d'exécution des entreprises en charge des ouvrages à construire. Cependant, peu de détails sont donnés quant à la manière de réagir face à ces dérives, les moyens d'action étant peu, voire pas évoqués.

De ces constatations, il est établi une évaluation cotée de la manière dont chaque soumissionnaire envisage le contrôle des délais. Partant d'une même base définie par la similitude des descriptions, des points sont additionnés et/ou soustraits en fonction des omissions et/ou des suggestions faites.

L'association de bureaux d'études pilotée par le BUREAU D'ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa suggère, pour une mission complémentaire, la

désignation d'un expert dans l'hypothèse où le marché de travaux serait passé par lots séparés. Cette disposition pourrait s'avérer contraire aux modalités décrites à l'article 20 du Cahier Spécial des Charges régissant le présent marché, lequel précise, au paragraphe 1, alinéa 4, que l'Auteur de projet ne pourra prétendre à aucun supplément d'honoraires si le marché de travaux correspondant à l'aménagement de la MRS devait être scindé en plusieurs phases et/ou plusieurs lots.

Dès lors, conformément à l'article 115 de l'AR du 8 janvier 1996, le BUREAU D'ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa a été interrogé, par voie recommandée en date du 23 mars 2009, quant à la portée de la mission complémentaire annoncée. Le dit bureau a apporté réponse par envoi recommandé daté du 3 avril 2009, lequel confirme que la mission complémentaire dont question est comprise dans l'offre de prix remise.

Indépendamment de la précision apportée, la méthode décrite par le BUREAU D'ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa est sommaire. Aucun moyen d'action n'est proposé.

La société momentanée ASSAR ARCHITECTS srl HOET & MINNE srl/ARTAU srl évoque la notion de moyens d'action à prendre en cas de dérive du planning d'exécution sans pour autant les décrire.

La société ARCHITECTURE ALAIN DIRIX srl propose, sans développer une méthode théorique et complexe, des actions permettant une maîtrise du suivi du délai et expose certains moyens légaux utiles et nécessaires contraignant les entreprises à le respecter.

Le résultat de cette analyse induit la cotation suivante :

		AAD srl	ASSAR ARCHITECTS srl HOET & MINNE srl ARTAU srl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
Critère 5	/5	4,5	4	3,5

1.5.6. Critère 6/contrôle du budget

L'examen des directives suggérées par chaque soumissionnaire pour maîtriser les budgets conduit aux constatations suivantes.

Les procédures suggérées par les soumissionnaires leur sont spécifiques.

L'attribution des points pour ce critère suit dès lors la méthode suivante : une cotation de base est attribuée à chaque soumissionnaire, laquelle se voit gratifier de points supplémentaires dont la valeur est fonction des suggestions pertinentes exposées.

L'association de bureaux d'études pilotée par le BUREAU D'ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa et la société ARCHITECTURE ALAIN DIRIX srl inventorient une série de tâches pragmatiques permettant le contrôle du budget tant en phase étude qu'en phase exécution. Des pistes sont évoquées pour contraindre les entreprises en charge des ouvrages à respecter les engagements pris et d'effectuer les travaux sur base d'offres critiquées.

La société momentanée ASSAR ARCHITECTS srl/HOET & MINNE srl/ARTAU srl fait un inventaire plus complet des opérations à mener. Elle suggère en plus, qu'en phase exécution, des informations complémentaires sont à fournir, notamment au niveau d'éventuelles perturbations dont souffrirait l'entreprise.

Le résultat de cette analyse induit la cotation suivante :

Critère 6	/10	AAD srl	ASSAR ARCHITECTS srl HOET & MINNE srl ARTAU srl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		équipe pluridisciplinaire		
		7,5	8	7,5

1.5.7 Critère 7/moyens humains et techniques

Au préalable, il y a lieu de préciser que le présent critère remplace la liste de la composition du cadre d'entreprise initialement exigée au stade de la sélection qualitative.

Par ce critère, le Pouvoir Adjudicateur entend prendre en considération, outre les compétences propres du soumissionnaire, la pluridisciplinarité des connaissances spécifiques que s'adjoint l'Auteur de Projet pour mener à bien la mission qui lui serait confiée.

L'examen de la composition de chaque équipe participante conduit aux constatations suivantes.

Tous les soumissionnaires disposent d'une équipe complète et du matériel requis pour assurer la mission projetée.

Le résultat de cette analyse induit la cotation suivante :

Critère 7	/5	AAD srl	ASSAR ARCHITECTS srl HOET & MINNE srl ARTAU srl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa association de bureaux d'étude
		équipe pluridisciplinaire		
		5	5	5

1.6 CONCLUSION

L'évaluation de l'ensemble des critères, telle que détaillée ci-avant, conduit, dans sa globalité, à la cotation suivante.

	AAD scrl	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa
	équipe pluridisciplinaire		association de bureaux d'étude
Total	/100 83,1	83,2	85,1

Le classement qui en résulte est repris ci-après :

	BUREAU ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa	ASSAR ARCHITECTS scrl HOET & MINNE sprl ARTAU scrl en société momentanée	AAD scrl
	association de bureaux d'étude		équipe pluridisciplinaire
Total	/100 85,1	83,2	82,1

Il apparait dès lors que

le BUREAU D'ARCHITECTURE EMILE VERHAEGEN sa

se positionne comme celui qui répond le mieux aux critères d'attribution.

Nous proposons donc de le désigner comme adjudicataire du marché de désignation d'un Auteur de Projet en charge de la mission partielle continuée en vue de la Construction d'une maison de repos et de soins de 108 lits, la Résidence de La Plaine."

8. Le 28 avril 2009, le comité de gestion de l'intercommunale, visant le rapport de comparaison des offres d'attribution, décide d'attribuer le marché public querellé à la société BUREAU D'ARCHITECTURE VERHAEGHEN. Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est libellée comme suit :

- " Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses arrêtés d'exécution;
Vu le marché public relatif à la désignation d'un Auteur de Projet depuis la phase projet pour la construction de la maison de repos de la Résidence de la Plaine passé par appel d'offre général;
Vu les 4 offres reçues;
Vu le rapport des offres annexé au présent procès-verbal au terme duquel :
L'offre de la société momentanée BAJ s.c.r.l./Architectes Associés s.a./TGI s.a. doit être écartée par application de l'article 110 § 2 de l'AR du 8 janvier 1996 et de l'article 4 du chapitre 2 du Cahier Spécial des Charges.
Il apparaît que le Bureau d'Architecture Emile Verhaegen s.a. se positionne comme celui qui répond le mieux aux critères d'attribution.
Le comité de gestion décide, à l'unanimité,
D'écarter l'offre de la société momentanée BAJ s.c.r.l./Architectes Associés s.a./TGI s.a. par application de l'article 110 § 2 de l'AR du 8 janvier 1996 et de l'article 4 du chapitre 2 du Cahier Spécial des Charges.

D'attribuer le marché relatif à la désignation d'un Auteur de Projet depuis la phase projet pour la construction d'une maison de repos et de soins de 108 lits, la Résidence de la Plaine, au Bureau d'Architecture Emile Verhaegen sa. de 1160 Bruxelles."

Il s'agit de l'acte attaqué.

9. Le 30 avril 2009, les services de la partie adverse notifient la décision d'attribution aux requérantes.

10. Le 15 mai 2009, le président du tribunal de première instance de Liège, sur requête unilatérale des requérantes, fait interdiction à la partie adverse de poser quelqu'acte que ce soit qui pourrait conduire à l'attribution du marché jusqu'au prononcé de la décision à intervenir dans la procédure en référé contradictoire qui sera introduite le 19 mai 2009.

11. Le 29 juin 2009, le président du tribunal de première instance met à néant son ordonnance du 15 mai 2009 et rejette la demande des requérantes en constatant que l'avant-projet a été mis à la disposition de tous les concurrents et que les critères d'attribution n'emportent aucune discrimination;

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours; qu'elle expose que, en application de l'article 3, 4°, du règlement général de procédure, les parties requérantes auraient dû joindre une copie de leurs statuts en vigueur, l'acte de désignation des organes sociaux et la preuve de l'habilitation des organes ayant décidé d'ester en justice; qu'elle observe toutefois que l'inventaire des pièces ne fait pas apparaître que ces documents ont été joints; qu'elle rappelle que tous les membres de la société momentanée devaient agir simultanément; qu'elle relève que le 8 septembre 2009, elle a demandé à recevoir ces pièces, mais qu'il n'a pas été déféré à cette demande;

Considérant qu'en vertu de l'article 3, 4°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, la partie requérante est tenue, lorsqu'elle est une personne morale, de joindre à sa requête une copie des statuts en vigueur et de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice; qu'aux termes de l'article 3bis, alinéa premier, 1°, dudit arrêté, la requête n'est pas enrôlée lorsque, émanant d'une personne morale, elle n'est pas accompagnée des documents énumérés à l'article 3, 4°; que ce même article 3bis dispose comme suit, en son deuxième alinéa :

" En cas d'application de l'alinéa 1^{er}, le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause du non-enrôlement et l'invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours";

Considérant qu'en l'espèce, il n'a pas été fait application de la disposition contenue au deuxième alinéa de l'article 3bis précité; que, néanmoins, les parties requérantes ont, entretemps, produit les pièces requises; que, dans ces conditions particulières, il serait d'un formalisme excessif de faire rayer l'affaire du rôle, d'inviter les parties requérantes à déposer à nouveau les documents qui figurent finalement au dossier et de procéder à un nouvel enrôlement suivi d'un échange des mémoires; que, quant aux statuts et décisions d'ester, l'examen des pièces déposées par les requérantes établit leur validité et leur opposabilité, tous les organes des sociétés requérantes ayant valablement décidé de saisir le Conseil d'Etat, de telle sorte que le recours est recevable; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que les parties requérantes soulèvent un moyen unique, pris de la violation de l'article 78 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 et du principe d'égalité des soumissionnaires; que, dans une première branche, elles exposent, en substance, que l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité doit être lu comme posant une incompatibilité de principe, mais ouvrant la porte à la possibilité de justification par la personne candidate de l'absence d'avantage concurrentiel; qu'elles observent que les seuls éléments exprimés dans le rapport de comparaison sont ceux invoqués par l'attributaire, et que ces motifs (connaissance identique des lieux, du programme et des orientations du pouvoir adjudicateur) sont les seuls qui puissent être contrôlés pour ce qui concerne la légalité de l'acte attaqué; qu'elles soutiennent que l'attributaire a bénéficié d'un avantage de nature à fausser la concurrence en raison de la réalisation par la société QUADRA de l'avant-projet architectural, alors que l'avant-projet et le projet sont en réalité indissociables, et que l'élaboration du projet doit être réalisée sur la base de l'avant-projet, avec une marge de manœuvre limitée; qu'elles ajoutent que la réalisation d'un avant-projet constitue une partie du projet, que l'on retrouve d'ailleurs des éléments communs aux missions attribuées dans les deux marchés, tels les études de stabilité, le chauffage, la ventilation, etc., et que c'est d'ailleurs pour cela que le marché public querellé a pour objet une mission partielle d'architecture; qu'elles relèvent que la liaison des deux marchés a conduit l'attributaire à expliquer spontanément l'absence d'avantage faussant la concurrence, que les critères avancés dans cette note ne sont pas pertinents, que la connaissance des lieux n'est pas fondamentale pour examiner la question d'un avantage concurrentiel, que cet élément n'a pu influencer la qualité des offres au regard des critères d'attribution retenus, que, pour ce qui concerne la connaissance du

programme, elles ne perçoivent pas de quel programme il s'agit, qu'aucun programme, si ce n'est le cahier spécial des charges, n'est en leur possession, que l'avant-projet architectural était à la disposition des soumissionnaires qui pouvaient le consulter mais sans obtenir de copie, que la connaissance du programme ne présente pas d'impact direct sur la qualité de l'offre déposée car les critères d'attribution ne sont pas directement liés à cette connaissance du programme, que, pour ce qui concerne la connaissance des orientations, il ne s'agit pas d'un élément qui a pu influencer directement la qualité de l'offre des soumissionnaires au regard des critères d'attribution non plus, que la connaissance des orientations a pour effet d'influencer les honoraires et les délais, ce qui a permis à l'attributaire de déposer une offre moins onéreuse et avec des délais plus restreints, que les éléments avancés par la note justificative ne permettent donc pas de constater une réelle égalité de traitement des soumissionnaires, que d'autres éléments fondamentaux détaillés dans la deuxième branche devaient être pris en considération pour reconnaître l'absence d'avantage concurrentiel, que les éléments avancés par le pouvoir adjudicateur ne concordent pas avec la réalité, que la société QUADRA a certainement dû visiter les lieux en présence des représentants du maître de l'ouvrage et en retirer une connaissance caractérisée par les volontés exprimées par ce maître de l'ouvrage et, dès lors, plus approfondie, permettant un gain de temps et d'argent, que cette société a pu et dû maîtriser les orientations souhaitées par le pouvoir adjudicateur en les connaissant mieux, que l'avant-projet constitue en effet une ébauche du projet architectural avec planification de l'implantation, plans extérieurs et intérieurs, précisions quant aux revêtements des sols, murs extérieurs, etc., que, si tous les soumissionnaires ont pu consulter ces éléments dans l'avant-projet, ce document était à la libre disposition de l'attributaire et ne permet pas de relater l'ensemble des orientations formulées par le maître de l'ouvrage et nécessaires à la rédaction de l'offre, qu'il était impossible de lever copie de l'avant-projet et de consulter le reste du dossier, que la connaissance de ces orientations n'était donc pas identique, que rien ne permet de considérer que la Région wallonne a donné son accord sur l'avant-projet mis à la disposition des soumissionnaires, que l'attributaire avait toutefois connaissance des modalités de l'accord de la Région wallonne, que cette situation procure un avantage à l'attributaire qui se répercute dans les honoraires et les délais, que les choix de base à l'occasion de l'avant-projet ont été faits de telle manière qu'ils ne seront pas modifiés par le soumissionnaire, futur attributaire, alors qu'un concurrent pourrait devoir les modifier en raison d'une moins bonne maîtrise des techniques et que la note justificative ne pouvait donc, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer qu'un avantage concurrentiel n'existait pas;

Considérant que, dans une deuxième branche, les parties requérantes exposent, en substance, que, s'il fallait avoir égard à d'autres motifs que ceux figurant

dans la note de l'attributaire, les éléments du dossier montrent qu'il existait un avantage concurrentiel pour l'attributaire, que les adaptations possibles de l'avant-projet sont mineures, qu'il est fait interdiction de porter atteinte à l'accord intervenu sur l'avant-projet, que chaque bureau d'architecte dispose de méthodes de travail différentes et pose des choix architecturaux différents en prenant des orientations distinctes, qu'il est possible de réaliser des projets différents dans le cadre des orientations proposées par le maître de l'ouvrage, que l'avant-projet détermine de fortes orientations extérieures et intérieures, des choix de parement, de dispositions de pièces en telle sorte qu'il est plus simple que le projet soit réalisé par un bureau ayant réalisé l'avant-projet, que l'association pilotée par l'attributaire va se contenter de poursuivre la mission entamée à l'occasion de l'élaboration de l'avant-projet, qu'un autre bureau sera susceptible de devoir modifier certains éléments de cet avant-projet simplement parce que la méthode n'est pas la même, que l'étude et le décodage de l'avant-projet engendrent des allongements de délais et des surcoûts, que la réalisation d'un avant-projet constitue la manière la plus caractérisée de fixer les orientations techniques et architecturales du projet, que des éventuelles retouches ne pourront promériter d'honoraires complémentaires, que la familiarisation avec les orientations souhaitées par le maître de l'ouvrage permet à l'auteur de l'avant-projet un bénéfice en termes de gain de temps, que les soumissionnaires n'ont pu lever de copie de l'avant-projet alors que l'attributaire possède l'intégralité de cet avant-projet et de l'ensemble du dossier, que cela donne une meilleure connaissance des éléments du dossier et permet de gagner du temps, que la société QUADRA a pu envisager la remise des prix dans le cadre de la réalisation de l'avant-projet de manière telle que le prix dans le cadre du marché public querellé serait plus attractif que celui des concurrents, qu'une volonté dans ce sens a pu naître dans le chef des sociétés liées, que le fait de devoir continuer une prestation graphique au départ de fichiers produits par d'autres impose une prestation fastidieuse et parfois longue de traduction de ces fichiers éventuellement due à une conception impropre, que ces impacts handicapent les critères d'attribution "prix" et "délais", qu'aucun fichier n'a été transmis pour juger de ceux-ci et que cela pose un réel problème en termes d'égalité de traitement;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse expose, à titre liminaire, que les parties requérantes entretiennent une confusion entre deux opérations qui sont pourtant différentes, qu'il y a lieu de distinguer la réalisation d'études préalables préparant un marché d'une étude ayant un objet distinct mais voisin du marché considéré, que, si l'auteur d'un cahier spécial des charges peut d'ores et déjà définir des choix techniques lui procurant un avantage lors de l'exécution du marché, la situation est différente quand le marché a été découpé en différents segments, que l'avant-projet correspond au premier segment défini à l'article 4 de l'arrêté du gouvernement wallon du 15 mai 2008 portant exécution du décret du 7

novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées, qu'il existe une différence notable entre avant-projet (art. 4, 4°, programme des travaux envisagés, concrétisés dans un plan directeur, c'est-à-dire esquisse technique des plans) et projet (art.7, 3°, cahier spécial des charges, métré détaillé et plans d'exécution), que les différentes étapes d'un même projet sont ainsi dissociables et dissociées par la réglementation applicable, que les deux marchés ont ainsi des objets distincts, que les apports intellectuels sont spécifiques à chaque étape, que la société QUADRA n'a jamais été chargée d'étudier le marché de services d'architecture litigieux qui commence au stade du projet, que les requérantes donnent à la disposition une portée extensive dont elle est dépourvue; qu' à titre subsidiaire, la partie adverse répond, en ce qui concerne la première branche, que l'avant-projet de la société QUADRA et le certificat d'urbanisme n° 2 étaient à la disposition de tous les soumissionnaires, que la société BUREAU D'ARCHITECTURE VERHAEGHEN a assuré de la complétude de ces documents et que tous les soumissionnaires étaient placés sur un pied d'égalité, que, pour ce qui concerne le défaut de pertinence allégué de ses appréciations quant aux éléments présentés par le futur adjudicataire, sa décision de mettre à disposition de tous les concurrents les documents, de permettre la visite des lieux, de décrire certaines contraintes dans le cahier spécial des charges, notamment en termes budgétaires et d'adaptation de l'avant-projet, s'inscrit dans le fil de la jurisprudence européenne et permet la mise sur pied d'égalité des concurrents quant à leur connaissance de l'état d'avancement du projet et au périmètre de la mission souhaitée, que le président du tribunal de première instance de Liège est arrivé à la même conclusion, que les éléments retenus sont donc pertinents, que, pour ce qui concerne le caractère effectif de l'accès à l'information, les parties requérantes font preuve d'une certaine contradiction, que le président du tribunal de première instance de Liège a décidé que l'avant-projet projet a été mis à la disposition de tous les concurrents de telle sorte qu'ils avaient tous les même renseignements, que les requérantes ne produisent aucun élément de nature énerver cette constatation, que les requérantes n'ont pas estimé opportun de consulter les documents mis à leur disposition en telle sorte qu'elles n'ont pas intérêt à cette partie du moyen, que, par leur comportement, elles démontrent l'aveu en action, étant que les conditions d'accès aux informations allaient au-delà de ce qu'elles ont considéré comme utile pour formuler leur offre, que, pour ce qui concerne la non-conformité alléguée des appréciations du pouvoir adjudicateur avec la réalité, les requérantes sont dépourvues de l'intérêt requis pour s'être abstenues de consulter les documents, que l'argumentation ne repose sur aucun élément précis, qu'à l'occasion du référé judiciaire, elles ont disposé des documents et ont pu les étudier mais sont incapables d'articuler le moindre grief circonstancié, que le moyen manque en fait, que l'examen de l'interdiction de soumissionner doit s'apprécier au cas par cas et non de manière théorique et que les requérantes sont incapables

d'articuler un grief concret; que, s'agissant de la deuxième branche, la partie adverse répond que l'avant-projet ne comporte pas de fortes orientations architecturales, qu'il existe uniquement un canevas de base laissant une large liberté quant à l'aspect complet du bâtiment tant intérieur qu'extérieur, que ce qui est introduit se compose d'un noyau central flanqué de deux ailes, que les façades sont très sommairement esquissées et montrent un fenêtrage simple, qu'aucune texture ni teinte des matériaux n'est représentée, que le dossier déposé pour obtenir le certificat d'urbanisme se compose d'un plan de masse inexploitable, que les seuls éléments figés sont l'enveloppe et la localisation générale des fonctions inhérentes à une maison de repos, que tous les autres éléments sont susceptibles d'évoluer en cours d'exécution du contrat, que le présupposé de la thèse des requérantes ne résiste pas à l'examen, que les allégations des requérantes restent des généralités non étayées par le moindre élément technique, qu'elle renvoie à la première branche en ce qui concerne la recevabilité et le fondement de l'argumentation relative à l'impossibilité de lever copie des documents, que l'allégation à propos des honoraires de la société QUADRA est une allégation présentée sous forme hypothétique qui relève du domaine de la supputation, qu'il en va de même des difficultés hypothétiques liées à la traduction des fichiers informatiques, que, pour ce qui concerne les critères d'attribution, les options fonctionnelles définies à l'avant-projet ne sont pas prises en compte lors de l'évaluation de ces critères d'attribution, que cinq des sept critères d'attribution font référence aux compétences propres des soumissionnaires à gérer la mission confiée, indépendamment du contexte de la maison de repos concernée par le marché public querellé, que les deux derniers critères d'attribution, soit le prix et les délais, excluent tout lien direct au bâtiment tout en étant influencés par son importance, que les requérantes ont proposé le délai d'exécution le plus court et des prix inférieurs à ceux de l'attributaire, qu'aucune interdiction de participer ne pouvait être opposée à l'attributaire et que l'ordonnance du 29 juin 2009 considère qu'il n'est pas démontré que la participation de la société QUADRA a apporté un avantage à l'association dont elle fait partie;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les parties requérantes soulignent que la légalité de l'acte attaqué, au regard de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doit s'apprécier sur la base des seuls motifs qui sous-tendent cet acte, sans avoir égard à des justifications qui seraient données postérieurement, ce qui implique que seuls les motifs figurant dans la décision doivent être pris en considération; qu'elles discutent à nouveau l'exactitude et la pertinence des justifications apportées par l'attributaire; qu'enfin, elles soutiennent que, dès lors que l'article 78 précité institue une démarche préventive, celle-ci doit nécessairement être appliquée en amont de la comparaison des offres des candidats de sorte que la question d'une violation de cette disposition doit être analysée sans égard à cette

comparaison des offres puisqu'elle se noue à un stade antérieur à celle-ci; qu'il en résulte, pour les parties requérantes, qu'il ne peut leur être demandé de fonder leur raisonnement sur le contenu de l'offre de l'attributaire, alors qu'à leur estime, cette offre n'aurait jamais dû être prise en considération et n'aurait donc jamais dû figurer au dossier de la soumission;

Considérant qu'en vertu de l'article 78, § 1^{er}, 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, le pouvoir adjudicateur est tenu, avant de décider s'il écarte, ou non, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, d'apprécier, sur la base des justifications fournies par cette personne, si celle-ci bénéficie d'un avantage résultant de ses prestations antérieures et, le cas échéant, si cet avantage est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence; que cette disposition doit s'interpréter en ce sens qu'elle est applicable à l'auteur d'une prestation de services antérieure à une nouvelle prestation de services, lorsque la seconde apparaît comme le développement de la première; qu'en l'espèce, dès lors que les soumissionnaires au marché litigieux ont dû nécessairement intégrer, dans leur offre, même partiellement, les résultats du marché antérieur conclu entre la société QUADRA et le pouvoir adjudicateur, ces résultats étant d'ailleurs mis à leur disposition, le marché litigieux apparaît bien comme s'inscrivant dans le développement des prestations antérieures; qu'il y a donc lieu d'appliquer l'article 78 précité;

Considérant que le moyen n'est pas pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de telle sorte que, contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, l'examen des éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour conclure à l'absence d'avantage concurrentiel n'est pas limité à ceux qui figurent dans la note justificative, mais peut également porter sur les éléments qui résultent du dossier constitué au cours de l'élaboration de l'acte attaqué, lesquels ne constituent pas, pour autant, des justifications données postérieurement;

Considérant, quant à la première branche, que, s'il est possible de discourir sur les avantages théoriques que le prestataire d'un marché public n° 1 aurait pu avoir à l'occasion du dépôt d'une offre en vue de l'attribution d'un marché public n° 2, une telle analyse, qui ne prend pas appui sur des éléments factuels, ne peut suffire à établir l'existence, dans un cas déterminé, d'un avantage qui soit de nature à fausser les conditions normales de la concurrence; qu'en l'espèce, les parties

requérantes ne parviennent pas à démontrer, à l'aide des données de l'offre de l'attributaire, que les éléments acceptés par la partie adverse, au titre des justifications apportées en vertu de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, ne pouvaient pas être pris en considération, faute de pertinence ou pour leur non-conformité à la réalité; qu'elles n'identifient pas davantage les éléments qui auraient dû être pris en compte pour motiver l'absence d'avantage concurrentiel; qu'enfin, s'agissant des honoraires et délais, critères d'attribution pour lesquels l'exécution du marché public n° 1 aurait été de nature à avantager l'attributaire, elles n'indiquent pas concrètement, alors qu'elles étaient en possession de l'offre de l'attributaire, comment ces éléments auraient été favorablement influencés par l'exécution du marché public n° 1; que, dans ces circonstances, l'existence d'un avantage concurrentiel déterminant, qui n'est pas démontrée in concreto et ne repose que sur de simples allégations, n'est pas établie, de sorte qu'il ne peut être fait grief à la partie adverse d'avoir méconnu l'article 78 précité et le principe d'égalité des soumissionnaires, en acceptant les justifications exposées par l'attributaire du marché; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, quant à la seconde branche, que, à supposer - comme le soutiennent les requérantes - que l'appréciation de l'éventuel avantage concurrentiel dont bénéficierait un soumissionnaire doive être portée préalablement à la comparaison des offres en manière telle que l'existence d'un avantage ne peut être écartée sur la seule base de cette comparaison, il ne peut être exclu que les indices d'un tel avantage soient révélés à la lecture de ces offres, faute de quoi l'existence d'un avantage concurrentiel risque de ne pouvoir être démontrée concrètement; qu'en l'espèce, il apparaît précisément qu'une fois mises dans la possibilité de prendre connaissance de l'offre de l'attributaire, les parties requérantes n'indiquent pas de manière concrète et au regard de quel critère d'attribution l'avantage concurrentiel allégué se serait répercuté; que, pour le surplus, s'il fallait considérer que l'attributaire a pu bénéficier d'un avantage au regard des critères d'attribution "honoraires" et "délai d'exécution du marché", il ne peut être soutenu qu'en admettant, implicitement mais certainement, que cet avantage n'était pas de nature à fausser les conditions normales du jeu de la concurrence, la partie adverse a nécessairement commis une erreur manifeste d'appréciation; qu'en effet, rien n'exclut que l'incidence éventuelle d'un avantage sur les conditions de la concurrence soit évaluée par référence à l'importance relative des critères d'attribution, telle qu'elle ressort du cahier spécial des charges; que, lorsque, comme en l'espèce, les critères pour lesquels un avantage a pu avoir une incidence, représentent globalement, ainsi qu'il ressort de la pondération des critères d'attribution du marché, vingt-cinq pour cent de la cotation d'une offre, il ne paraît pas déraisonnable de décider que l'avantage éventuellement procuré par l'exécution d'un marché n° 1 n'est pas de nature à fausser les conditions normales du

jeu de la concurrence dans l'attribution d'un marché n° 2; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 525 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.