

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.151 du 9 janvier 2012

G./A.202.960/VI-19.384

En cause : **la société anonyme GILLES MOURY,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale pour la gestion et la réalisation
d'études techniques et économiques, en abrégé IGRETEC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une requête introduite le 27 décembre 2011, la société anonyme GILLES MOURY demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision du comité de gestion de l'intercommunale Igretec en date du 13 décembre 2011, de considérer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le marché relatif à [la] construction de bâtiments dans l'extension du PAE de Jumet (CSC 45.950, Serna Phase 1) à la société DUCHENE".

La requérante demande dans la même requête "Dans l'hypothèse où votre conseil venait à considérer que le premier moyen est sérieux, et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a manifesté sa volonté d'attribuer le marché, ordonner à la partie adverse de corriger l'illégalité reconnue par votre conseil et d'attribuer le marché à la S.A. Les entreprises Gilles Moury.

Afin de garantir le respect de cette condamnation, la partie requérante demande, sur base de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, au Conseil d'Etat d'imposer à la

partie adverse une astreinte correspondant au montant du marché, due à défaut de la parfaite exécution dans les 15 jours de la notification de l'arrêt."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 décembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 janvier 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a déposé à l'audience une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Nathalie FORTEMPS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric Thibaut, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 29 juillet 2011, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par adjudication publique, d'un marché public de travaux relatif à la réalisation "d'un bâtiment relais atelier, d'un bâtiment à usage de bureaux, d'un parking- Phase 1- PAE Charleroi-Jumet Serna".

Un avis portant sur la passation de ce marché public est également publié dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 2 août 2011.

L'ouverture des offres a lieu le 28 septembre 2011.

Concernant l'offre de la requérante, le rapport d'analyse des offres précise que :

" B. CONFORMITE AUX CLAUSES TECHNIQUES

L'offre déposée par les entreprises Gilles MOURY présente des irrégularités.
Les postes suivants ne sont pas conformes aux spécifications techniques prescrites par le Cahier Spécial des Charges:

Article F.3.7. Caillebotis en bois,
Art.4.1. Pieux diamètre 40cm,
Art.4.2. Pieux diamètre 50cm,
Art.7.1.1. Radier entrepôt,
Art.7.1.1. Radier parking,
Art.9.1. Hourdis 15+5,
Art.9.2. Hourdis 20+5,
Art. A.1. Cabine Haute Tension.

Dans une note annexe jointe à leur offre, les entreprises Gilles MOURY indiquent les informations suivantes:

Article F.3.7. Caillebotis en bois

Nous avons considéré, dans notre prix, la mise en place de caillebotis en acier galvanisé.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des caillebotis en bois, il y a lieu de prévoir un supplément de
QP : 251,88m² à 70,00€/m² = 17.631,60€

Art.4.1. Pieux diamètre 40cm

Nous avons considéré des pieux de diamètre 25cm de 30 tonnes

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des pieux de diamètre 40 de 40 tonnes, il y a lieu de prévoir un supplément de:

- pour les bureaux: QP 252,00mct à 14,00€/mct = 3.528,00€

Art.4.2. Pieux diamètre 50cm

Nous avons considéré des pieux de diamètre 30cm de 30 tonnes

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des pieux de diamètre 50 de 50 tonnes, il y a lieu de prévoir un supplément de:

- pour l'entrepôt: QP 264,00mct à 13,00€/mct = 3.432,00€

- pour les bureaux: QP 96,00mct à 13,00€/mct = 1.248,00€

Pour un total de 4.680,00€

Art. 7.1.1. Radier entrepôt

Notre prix unitaire a été calculé sur base d'une épaisseur de 15cm.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir une dalle de 25cm d'épaisseur, il y a lieu de prévoir un supplément de:

257,00m³ à 45,00€/m³ = 11.565,00€

Art. 7.1.1. Radier parking

Notre prix unitaire a été calculé sur base d'une épaisseur de 22cm.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir un radier de 40cm d'épaisseur, il y a lieu de prévoir un supplément de:

465,82m³ à 40,00€/m³ = 18.630,00€

Vérification arithmétique BET 465,82m³ à 40,00€/m³ = 18.632,80€

Art.9.1. Hourdis 15+5

Nous avons prévu des hourdis traditionnels sans chape de compression

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des hourdis précontraints de 15cm d'épaisseur avec chape de compression de 5, y a lieu de prévoir un supplément de 20,00€ 7m², soit:

- pour le parking: 1.332,40m² à 20,00€/m² = 26.448,00€

- pour l'entrepôt: 359,51m² à 20,00€/m² = 7.190,20€

- pour les bureaux: 945,72m² à 20,00€/m² = 18.914,40€

Pour un total de 52.552,60€

Art.9.2. Hourdis 20+5

Nous avons prévu des hourdis traditionnels sans chape de compression

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des hourdis de 20cm d'épaisseur avec chape de compression de 5, y a lieu de prévoir un supplément de 20,00€/m², soit:

- pour l'entrepôt: 359,51m ² à 25,00€/m ² =	8.987,75€
- pour les bureaux: 1.717,14m ² à 25,00€/m ² =	42.928.50€
Pour un total de	51.916,25€

Art. A.1. Cabine Haute Tension

Nous avons prévu une cabine haute tension de 400KVA.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir une cabine haute tension de 550KVA minimum, il y a lieu de prévoir un supplément de 10.000,00€»

Il apparaît clairement de cette note que, pour ces postes du métré, les Entreprises Gilles MOURY déclarent avoir remis une offre non conforme aux spécifications techniques du C.S.C.

Dans cette même note, le soumissionnaire, assez curieusement, indique ensuite, pour chaque poste, le supplément à prendre en considération pour reconstituer le prix dans l'hypothèse où «il y aurait lieu de se conformer au cahier spécial des charges».

Il y a lieu de s'interroger sur le caractère substantiel de ces irrégularités.

Si la proposition, formulée par le soumissionnaire, de mise en conformité de chaque poste s'interprète comme une variante à l'offre de base, force est de constater que les variantes libres ne sont pas permises en adjudication publique et que toutes formes de variantes sont interdites dans le Cahier spécial des charges régissant le présent marché.

En conséquence, le pouvoir adjudicateur doit constater qu'il ne peut tenir compte de ces propositions de sorte que l'offre de base, pour tous ces postes, demeure non conforme aux prescriptions techniques du cahier Spécial des charges.

De surcroît, en remettant deux propositions par poste, le soumissionnaire contrevient au prescrit de l'article 103 de l'Arrêté Royal du 08.01.1996 qui stipule «sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché».

En effet, la proposition incluse dans la note du soumissionnaire visant à la mise en conformité de l'offre aux prescriptions techniques du C.S.C. entraîne, outre l'offre d'un second produit pour chaque poste, une augmentation du prix de l'offre de 170.235,45 €, soit une seconde offre, tant technique que financière, par rapport au montant repris dans le formulaire.

Or, un soumissionnaire ne peut présenter une alternative de prix pour un poste déterminé à peine de présenter deux offres (C.E. n°182.224 du 22 avril 2008). De même, le fait de proposer un catalogue de produits, lorsque le C.S.C. n'autorise pas les variantes, est contraire au principe de l'unicité de l'offre.

Dès lors, l'offre des Entreprises Gilles MOURY est considérée comme irrégulière à ce stade."

Le 13 décembre 2011, la partie adverse approuve le rapport d'analyse des offres et décide, d'une part, de déclarer les offres de la requérante irrégulières et, d'autre part, d'attribuer le marché public litigieux à la société anonyme DUCHENE. Il s'agit des deux actes attaqués.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris "de la violation des articles 103, 110 et 115 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], des principes généraux de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, du principe de proportionnalité et des principes de bonne administration".

Elle soutient que :

- " 10. Les clauses techniques du cahier spécial des charges ne peuvent être considérées dans leur intégralité comme prescrites à peine de nullité absolue de l'offre.

En effet, les clauses techniques du présent cahier spécial des charges ne contiennent jamais la mention qu'elles seraient prescrites «à peine de nullité absolues» ou qu'elles seraient constitutives d'exigences «substantielles». Elles sont, au contraire, formulées de manière parfois imprécise ou sujette à interprétation, ou de manière partiellement incomplète (voyez par exemple, celle qui sont ponctuées par des etc.). Dans ces conditions, il est logique, dans le cadre d'une adjudication publique, que l'entreprise cherche à remettre le prix le plus bas, dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur tout en étant parfaitement clair sur ce que recouvre son offre.

C'est précisément l'objet des notes annexes remises par la SA Les entreprises Gilles Moury. Il convient de remarquer d'emblée que la société DUCHENÉ a eu également recours au système des notes annexes (voir les remarques qu'elle formule dans des notes, figurant en annexe 4 du rapport de comparaison des offres).

11. Ainsi, les clauses techniques pour le poste F.3.7. n'étaient pas prescrites à peine de nullité absolue. En outre, elles ne prévoyaient pas de manière explicite que les caillebotis devaient être en bois, si ce n'est dans le titre du poste, alors que les prescriptions évoquent des éléments en acier, aluminium, etc.

La SA Les entreprises Gilles Moury ont eu le souci d'être le plus précis possible dans la remise de prix en donnant des indications sur d'une part, leur interprétation du csc et d'autre part, tous les éléments nécessaires au pouvoir adjudicateur pour comparer utilement les prix.

Les notes ne constituent partant en rien des variantes devant être comprises comme des alternatives d'exécution.

12. Dans le même esprit, pour le poste H.5.4. Isolation acoustique sous chape, les prescriptions techniques demandait la mise en place d'un élément comportant des variables puisqu'il y était fait état de précisions telles que de « 5 à 10 cm minimum» (...) ou encore d'une «hauteur minimum de 20 cm». La SA Les entreprises Gilles Moury a pris soin de préciser le contenu de son offre de manière scrupuleuse.

Pour tous les postes repris dans ces notes annexes, des observations similaires pourraient être faites.

13. Les notes annexes expriment clairement l'esprit qui a présidé à la rédaction de celles-ci , (architecture) pour le poste N2.1.2., verres sérigraphiés pour cursives, la SA Les entreprises Gilles Moury indique que «N'ayant aucune indication précises sur le type de sérigraphie à réaliser et le prix variant très fortement d'un

type de sérigraphie à l'autre, nous avons considéré dans le prix unitaire du poste U.1.1, un montant de 50,00 €/mct pour cela». Pour le poste Z2.1.3. stabilisation du fond de coffre, elle indique encore «Nous avons considéré un compactage des terres de remblai».

14. Au demeurant, l'entreprise DUCHENE a remis dans son offre des précisions de même nature que celles remises par la SA Les entreprises Gilles Moury. Ainsi, dans l'annexe 4 du rapport de comparaison des offres, ces notes de la société DUCHENE précisent par exemple que «pour le poste E.2. du lot électricité, aucune quantité n'est mentionnée, nous avons donc uniquement inclus un prix unitaire dans le bordereau», elle précise également (voy en moyen développé ultérieurement) une note concernant l'installation de chantier en détaillant un prix qui n'est pas conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Cette simple donnée, incontestable, implique une violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires puisqu'Igretec a traité de manière différente, des situations identiques, en écartant une offre et en acceptant la régularité d'une autre.

15. Au surplus et plus fondamentalement, IGRETEC ne pouvait, sans un excès de formalisme contraire au droit européen (voir les points suivants) et sans autre précision considérer globalement que «l'offre de base» (soit dans son interprétation) n'était pas conforme et que le soumissionnaire aurait déclaré dans cette note avoir remis une offre non conforme. Partant, il faut considérer que le premier motif pour considérer l'offre de la SA Les entreprises Gilles Moury irrégulière manque en fait, est partiellement inexacte et manque en droit.

16. Le premier motif est en outre, comme le second motif, soit la violation de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, contraire au droit européen tel qu'interprété par la Cour de Justice.

La Cour de justice considère en effet, que, afin de favoriser une concurrence effective, l'exclusion d'un soumissionnaire doit être appréciée de manière pragmatique, au-delà des apparences et des présomptions légales. Dans l'arrêt Assitur du 19 mai 2009, aff.C-538/07 relatif à l'exclusion d'entreprises liées lorsqu'elles déposent des offres concurrentes la Cour a posé le principe (point 28) qu'il «serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marché public. Une telle solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire».

Au point 30 du même arrêt, elle indique que «une telle réglementation qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre soumissionnaires».

Ces principes ont été appliqués de manière constante par la Cour de Justice à tous les stades des procédures de passation de marché public, par exemple à l'exclusion automatique d'entrepreneurs également impliqués dans le secteur des médias (CJUE, 16.12.2008, Michaniki, aff.C-213/07 ; à propos de l'exclusion automatique des offres anormalement basses (CJUE, 15 mai 2008, Secap, aff. C-147/06 et 148/06), à propos de l'exclusion automatique des personnes ayant participé aux travaux préparatoires d'un marché public.

17. Appliqués au cas d'espèce ces principes rendent illégales, l'interprétation exagérément formaliste des notes annexées à l'offre, ainsi que la qualification erronée de variante sans aucun égard pour le contenu réel du document d'une part, et sans égard à toute recherche du prix régulier le plus bas (rappelons qu'il existe une différence substantielle de prix entre l'offre de la requérante et celle de l'entreprise DUCHENE).

Le principe de l'unicité de l'offre tel que formulée par la réglementation belge est au demeurant dans son énoncé absolu, manifestement contraire à la jurisprudence de la CJEU, comme l'a clairement compris le Président du tribunal de Première instance de Liège dans une ordonnance du 1^{er} décembre 2009 (pièce 6).

18. En conclusion, les deux motifs énoncés dans l'extrait de rapport de comparaison des offres communiqué à la requérante sont manifestement illégaux compte tenu des dispositions visées au premier moyen."

La partie adverse répond que :

- " 1. Conformément à la jurisprudence, est irrégulière l'offre qui ne satisfait pas aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges telles qu'énumérées à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ou celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges conformément à l'article 110, § 2 du même arrêté royal. Il a ainsi été jugé que «le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation à la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur» (voy. notamment C.E., 24 juin 2009, S.A. Genetec, n° 194.625).

L'offre de la requérante a été considérée comme irrégulière parce que non conforme aux spécifications techniques prescrites par le cahier spécial des charges s'agissant de l'article F.3.7 caillebotis en bois (cahier spécial des charges, partie IV, pp. 39 et 40), des articles 4.1 et 4.2 relatifs aux pieux (cahier spécial des charges, partie V, p. 31 et p. 119), de l'article 7 en ce qui concerne le radier (articles 4.1 et 4.2 du cahier spécial des charges, pp. 26 et 27), de l'article 9 relatif aux hourdis (articles 9.1 et 9.2 de la partie V du cahier spécial des charges) et enfin de la disposition relative à la cabine haute tension (article A.1 de la partie VI du cahier des charges techniques spéciales, chapitre 2 Prescriptions techniques, p. 14). Ces spécifications techniques sont bien des prescriptions essentielles du cahier des charges s'agissant de dispositions relatives aux fondations et à la stabilité des bâtiments à ériger (s'agissant des pieux, radiers et hourdis), des éléments de la structure portante et d'architecture du bâtiment à construire (pour le caillebotis en bois), et de son équipement en électricité (pour la cabine à haute tension). Ceci n'est pas contesté par la requérante.

Ainsi, de manière fondamentale, doit-on relever que le cahier spécial des charges précisait, à l'article «5. Fondations profondes sur pieux» (partie V du cahier des charges stabilité), que : «L'étude des fondations est réalisée par l'auteur de projet sur base des résultats de la campagne de reconnaissance géotechnique. (...) Le type de fondations, les caractéristiques dimensionnelles, les niveaux et les prescriptions particulières de mise en œuvre sont fixés aux documents d'adjudication. L'entrepreneur joindra à sa soumission un descriptif du type de pieux qu'il compte mettre en œuvre ainsi qu'une note de calcul justifiant la longueur, le diamètre et la section d'armature de ceux-ci en fonction des charges demandées par l'auteur de projet dans ses prescriptions particulières (...)».

Les prescriptions particulières de stabilité pour le «4. Pieux de fondation» énoncent : «L'analyse des essais de sol montre la faiblesse de la couche supérieure du sol en place. Compte tenu des caractéristiques du bâtiment projeté (atelier avec ponts roulants, partie administrative sur deux niveaux et stockage important, ...) il a donc été envisagé de fonder la construction (entrepôt et bureaux) sur pieux, et ce dans le but de maîtriser les tassements globaux et différentiels. L'étude détaillée des pieux est réalisée par l'entrepreneur. Les pieux doivent répondre aux prescriptions du chapitre 5 des clauses techniques générales. Les charges de services (ELS) sont de 40 et 50 tonnes comme mentionné sur les plans. Les charges précises en tête de pieux seront connues après calcul de la structure par l'entreprise chargée de l'exécution. (...) Les diamètres et longueurs sont uniquement donnés à

titre indicatif. Le soumissionnaire est tenu de justifier les pieux qu'il propose en fonction des essais de sol fournis (voir article 5.1 Clauses générales). Il comprendra donc également dans son prix l'étude (note de calcul et plan d'exécution) et le ferrailage nécessaire». Le métré est clair et ne laisse aucune latitude aux soumissionnaires : l'art.4.1. mentionne «Pieux de fondation diamètre 40 cm 40T» et l'art.4.2. mentionne «Pieux de fondation diamètre 50 cm 50T».

Les mêmes clauses techniques précisaient, pour le radier (prescription 7.1 des prescriptions particulières de stabilité – partie V cahier des charges stabilité) pour le «7.1.1 Béton» : «Ce poste concerne : Les radiers (épaisseur reprise sur les plans). L'entrepreneur comprendra, en outre, dans son prix, tous les éléments de coffrages de contours des radiers et la mise en œuvre de joints étanches au droit des liaisons "radiers-voiles"». L'article 6.1.1. de la Partie STABILITE-prescriptions particulières dispose que «Ce poste concerne : les différents radiers des bâtiments B1, B2 et B3 (épaisseurs reprises sur les plans). Le plan STA 01 concernant l'entrepôt indique une épaisseur de 25 cm et le plan STA 02 concernant le parking indique une épaisseur de 40 cm à hauteur du local technique et 25 cm dans le parking même.

Tant le Cahier Spécial des Charges (partie Stabilité-Prescriptions particulières) que dans le métré, il est demandé «Hourdis béton armé (ou précontraint) 15 cm+5 cm chape de compression» ou «20 cm+5 cm chape de compression»; aucune latitude d'interprétation n'est laissée aux soumissionnaires.

En ce qui concerne le cabine électrique haute tension, le métré dispose que «Fourniture, pose et raccordement du transformateur 10.500 V en HT, tous dispositifs de contrôle et accessoires – puissance 550 kVA min à vérifier par le soumissionnaire; la latitude de vérification du soumissionnaire est limitée à une éventuelle augmentation de la puissance, pas une diminution».

De plus, dans la mesure où ce marché est passé par adjudication publique conduisant au choix du soumissionnaire ayant remis le prix le plus bas, il est évident que les clauses techniques doivent être strictement respectées par les soumissionnaires sous peine d'empêcher une comparaison effective des offres. Lorsque des modifications sont apportées aux clauses techniques d'un marché passé par adjudication publique, le pouvoir adjudicateur, étant dans l'impossibilité d'effectuer une comparaison effective des offres, est tenu d'écarter l'offre contenant de telles modifications.

2. L'offre n'a pas été considérée comme irrégulière au regard des prescriptions en matière d'isolation acoustique, des verres sérigraphiés pour coursives ou encore de la stabilisation du fond de coffre de sorte que les griefs formulés par la requérante en lien avec ces prescriptions sont dénués de toute pertinence. Les notes annexes de la requérante à ce sujet [...] apportent des précisions à l'offre en respectant le prescrit du Cahier Spécial des Charges.

3. En annexe au formulaire de soumission et, notamment, à son «devis», la requérante a établi plusieurs notes (Architecture, stabilité et électricité).

S'agissant des spécifications techniques susvisées, ces notes annexes indiquaient chaque fois que la requérante avait considéré, dans son prix, la mise en place de tel ou tel élément technique et poursuivaient en indiquant que «s'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir ..., il y a lieu de prévoir un supplément de ...».

On se référera au rapport d'analyse des offres (pp. 9 à 11).

La requérante ne conteste pas que l'offre remise, sauf à y substituer les «corrections» qu'impliqueraient les notes annexes, ne satisfaisait pas aux prescriptions ci-avant identifiées.

La requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que les notes annexes à l'offre décrivait l'offre en raison de l'interprétation qu'aurait faite la requérante du cahier spécial des charges, lequel, ce qu'elle semble sous-entendre, aurait comporté des ambiguïtés ... Ceci est d'ailleurs démenti par les termes des annexes elles-mêmes qui précisent, comme déjà dit, «s'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges ...» sans pour autant mentionner que tel ou tel autre élément technique

pourrait être réalisé de plusieurs manières en raison de l'ambiguïté des termes du cahier spécial des charges.

Outre les précisions ci-avant formulées, on relèvera encore que la prescription F.3.7 de la partie IV du cahier des charges architecture est ainsi intitulée «Caillebotis en bois». Il était énoncé que «le revêtement de sol des coursives est constitué de panneaux en caillebotis montés sur des cadres en acier portés par des plots. Les planches en bankiraï de section 145 x 30mm sont fixées aux tubes d'acier par vis auto foreuses. (...)». Cette disposition est une subdivision de l'article F.3. «Structure en bois».

Il s'en déduisait, sans aucune ambiguïté, que les caillebotis devaient bien être en bois.

Il ne s'agissait pas non plus, comme l'affirme erronément la requérante dans sa requête, d'explicitier le prix le plus bas qu'elle remettait dans le cadre de son offre, et ce dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur ... Il n'y va pas d'une question de justification du prix le plus bas mais des caractéristiques de l'ouvrage en tant que tel tandis que ce prix le plus bas ne correspondait aux spécifications techniques exigées.

Au vu de ses documents annexes, le pouvoir adjudicateur n'avait d'autre choix que de déclarer irrégulière l'offre à défaut de répondre aux spécifications techniques essentielles du cahier spécial des charges.

Il y va du respect du principe de l'égalité des soumissionnaires.

C'est en conséquence à juste titre que la partie adverse a considéré que les annexes à l'offre devaient être qualifiées de variantes à l'offre de base, elle ne pouvaient être retenues puisque les variantes ne sont pas permises en adjudication publique et interdites ici par le cahier spécial des charges (voy. la prescription 5.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 2/25 – partie I du cahier spécial des charges).

S'agissant de la notion de variante, le Conseil d'Etat a déjà jugé que :

«(...) Il peut s'agir d'une proposition émanant d'un soumissionnaire tendant à la réalisation de l'objet du marché selon des modalités différentes de celles décrites par le pouvoir adjudicateur, voire une contre proposition quant à l'objet même du marché. (...)» (C.E. (VIème ch.), n°206.087, S.A. CHG-Meridian Computer Leasing Belgium.)

Le Conseil d'Etat a également décidé qu'en matière de marchés publics, «on entend pas variante une offre qui s'écarte de l'objet de la demande» (C.E., n° 81.418, SPRL Maes service.)

L'acte attaqué retient aussi que «de surcroît» qu'en remettant deux propositions par poste, il y va d'une deuxième offre de la part de la requérante, ce qui n'est pas autorisé par l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (comp. C.E., 22 avril 2008, n° 182.224 et le commentaire de E. Thibaut et P. Thiel, «Chronique de jurisprudence 2008 et marché public (C.J.C.E., Conseil d'Etat, cours et tribunaux de l'ordre judiciaire), Entreprises et Droit, 2010-3, p. 229 : «La section du contentieux administratif a considéré qu'un soumissionnaire ne peut présenter, sans apporter immédiatement la clarté indispensable (c'est-à-dire dans l'offre et non dans les écrits de procédure), une alternative de prix pour un poste déterminé, fondée sur le nombre d'opérations effectuées, à peine de présenter en fait deux offres»).

4. Quant à la prétendue violation du droit européen, plusieurs observations.

Comme explicité ci-avant, l'acte attaqué se justifie par le caractère irrégulier de l'offre, les notes annexes constituant des variantes non autorisées. C'est surabondamment qu'il est fait référence à l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

En conséquence, à titre principal, la prétendue irrégularité de cet article 113 au regard du droit européen ne saurait entacher la légalité de l'acte attaqué.

De plus, l'arrêt Assitur du 19 mai 2009 (C-538/07) de la CJUE concerne la possibilité pour des entreprises, entre lesquelles il existe un rapport de contrôle, de pouvoir participer à une même procédure de passation de marché public. Cet arrêt a jugé que :

«28. Toutefois, il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marché public. Une telle solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire.

29. Force est donc de constater que la réglementation nationale en cause au principal, dans la mesure où elle étend l'interdiction de participation à une même procédure d'attribution de marché aux situations dans lesquelles le rapport de contrôle entre les entreprises concernées reste sans incidence sur le comportement de ces dernières dans le cadre de telles procédures, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence.

30. Une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêts du 3 mars 2005, *Fabrimat*, C-21/03 et C-34/03, Rec. p. I-1559, points 33 et 35, ainsi que *Michaniki*, précité, point 62).»

Cet arrêt est étranger aux circonstances de l'espèce.

Il en va de même de l'ordonnance du juge des référés de Liège du 1^{er} décembre 2009 qui concerne l'offre remise par une association momentanée et les offres remises par les entreprises de cette association.

Ni l'application faite en l'espèce de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ni les motifs de l'acte attaqué, n'ont conduit à l'écartement de l'offre de la requérante «de manière automatique», sans aucune appréciation quant au caractère substantiel des prescriptions techniques du cahier spécial des charges en cause, d'une part, et des irrégularités de l'offre de la requérante d'autre part.

Aucun reproche de formalisme ne saurait être imputé au pouvoir adjudicateur lorsque le requérant lui-même remet une offre qu'il qualifie, par une annexe, comme étant non-conforme au cahier spécial des charges précisant les majorations de prix qu'impliquerait cette conformité pour telle et telle autre spécification technique.

Aucune méconnaissance de la violation du principe de proportionnalité ne peut non plus être sérieusement avancée lorsqu'il suffisait, en l'espèce, à la société requérante de remettre effectivement une offre dont les spécifications techniques, et donc le prix, correspondaient bien aux clauses techniques du cahier des charges. Pour reprendre les termes de la requérante, si dans le cadre d'une adjudication publique, il est de l'intérêt du pouvoir adjudicateur que les entreprises cherchent à remettre les prix les plus bas, il est aussi de l'intérêt du pouvoir adjudicateur que ces prix correspondent bien aux clauses techniques de l'ouvrage à réaliser.

L'offre de la requérante pour le prix de 5.323.873,06 telle qu'elle résulte de l'ouverture des offres dont les résultats ont été proclamés le 28/09/2011 était une offre irrégulière.

Au vu du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et des dispositions des articles 110 et 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1966, il ne peut être reproché à un pouvoir adjudicateur de ne pas avoir rectifié une offre d'un soumissionnaire pour qu'elle puisse être considérée comme régulière.

Enfin, on rappellera que l'article 103 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 énonce :

«Sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché.»

Cette disposition consacre le principe selon lequel un soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre par marché, et ce, sans porter atteinte à la possibilité de déposer des variantes si elles sont admises.

Le rapport au Roi précise :

«Il s'agit d'une disposition nouvelle consacrant dans un texte, le principe selon lequel un soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre par marché. Cette exigence ne porte cependant pas atteinte à la possibilité de déposer des variantes, qu'elles soient obligatoires ou libres.

En adjudication publique ou restreinte, les offres de base et les variantes font l'objet d'un classement unique conformément à l'article 113 et forment donc des offres distinctes. En appel d'offres, une variante libre peut par exemple porter sur un mode d'exécution différent proposé par le soumissionnaire et ce à un prix autre que celui contenu dans l'offre de base.» (Rapport au Roi, M.B., 26 janvier 1996, p.1546.)»

L'article 103 de l'arrêté royal précité intègre, en réalité, l'enseignement de la jurisprudence du Conseil d'Etat fondée par le souci de garantir l'égalité des soumissionnaires. (voy. not. : C.E., n° 42.117, 13 décembre 1995, NV Drager Ballings; C.E., n° 81.861, 15 juillet 1999, NV JC Decaux Belgium; C.E., n° 120.103, 3 juin 2003, SPRL Aelterman et al.; voy. également : X., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics., tome 1A, 6^{ième} édition, p.938.) En effet, le Conseil d'Etat avait considéré que l'introduction de plusieurs exemplaires non identiques d'une soumission était de nature à permettre des irrégularités et, en toute hypothèse, faisait naître une possibilité d'irrégularité dès lors que l'objectif de la réglementation vise à ce que les soumissionnaires fassent connaître leur prix d'une manière certaine pour rendre possible une comparaison. (C.E. (IV^{ième} ch.), n° 9.302, 10 avril 1962.)

Le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé à propos d'une offre présentant en apparence plusieurs prix et éliminé, par le pouvoir adjudicateur, sur base du principe de l'unicité de l'offre.

Dans son arrêt n° 182.224, le Conseil d'Etat a considéré qu'un soumissionnaire ne peut présenter, sans apporter immédiatement la clarté indispensable (c'est-à-dire dans l'offre et non dans les écrits de procédure), une alternative de prix pour un poste déterminé sous peine de présenter en réalité deux offres. (C.E., n° 182.224, 22 avril 2008, NV CCV-Cardfon.)

5. La requérante met également en cause la prétendue différence substantielle de prix entre son offre et celle de l'entreprise Duchene.

Aucune comparaison ne peut au surplus être faite avec les précisions transmises par l'entreprise Duchene.

Celle-ci n'avait pas, par un document annexe à son offre, déclaré que l'offre qu'elle remettait n'était pas conforme au cahier spécial des charges et proposé des variantes, ni remis une autre offre, mais a uniquement apporté des précisions, des détails sur les prix remis pour certains postes.

Pour le surplus, la partie adverse s'en réfère à la discussion du troisième moyen.

6. Le moyen est dépourvu de tout sérieux."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de la soumission déposée par la requérante qu'elle a présenté, d'une part, une offre s'écartant des spécifications techniques, prescrites par le cahier spécial des charges, et, d'autre part, une autre offre, conforme à ce cahier. Elle a également précisé, au sujet de cette seconde offre, le coût supplémentaire qu'elle impliquait par rapport à la première offre de manière à permettre à la partie adverse de déterminer son prix.

Dès lors qu'une variante est une proposition qui s'écarte de ce que la partie adverse avait demandé dans le cahier spécial des charges, elle n'a pu

valablement considérer que l'offre de la requérante qui y était conforme, constituait une variante.

Par ailleurs, dès lors que la partie adverse pouvait déterminer aisément le prix de cette offre, qui était conforme au cahier spécial des charges, elle était en mesure de la comparer aux autres offres.

Il semble donc, *prima facie*, que la partie adverse n'a pas légalement décidé que l'offre de la requérante, qui était conforme au cahier spécial des charges, était irrégulière. Dans cette mesure, le premier moyen apparaît sérieux. Cette illégalité du premier acte attaqué emporte en conséquence celle du second.

Par contre, la partie adverse a pu valablement considérer comme irrégulière l'offre de la requérante qui n'était pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges. Cette offre apparaît en effet comme une variante qui n'était pas autorisée.

Cette cause d'irrégularité ne résultant pas de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité mais de la décision de la partie adverse de ne pas admettre de variante, il ne se justifie pas de statuer sur l'éventuelle contrariété de la disposition précitée avec les exigences du droit de l'Union européenne.

V. BALANCE DES INTERETS

V. 1. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne présente aucun élément de nature à démontrer que d'éventuelles conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution des décisions entreprises, pourraient excéder les avantages qui en découleront.

VI. MESURES PROVISOIRES ET ASTREINTE

VI. 1. Arguments des parties

La requérante fait valoir que :

- " 29. L'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services autorise votre conseil à :
- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguées ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de votre décision.
- Cette disposition ne limite pas le pouvoir du Conseil d'Etat de prononcer des mesures provisoires en excluant les «mesures ayant pour objet des droits civils (contrairement à l'article 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Les travaux préparatoires relatifs à cette disposition précise que de telles mesures peuvent notamment consister en l'obligation faite à un pouvoir adjudicateur de prendre une décision (Doc. Parl. Ch., 52.2276/001).

Il s'agit d'une transposition précise de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en son article 2, point 1, a).

30. Dans l'hypothèse où votre conseil venait à considérer que le premier moyen est sérieux, et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a manifesté sa volonté d'attribuer le marché, ordonner à la partie adverse de corriger l'illégalité reconnue par votre conseil et d'attribuer le marché à la SA Les entreprises Gilles Moury.

31. Afin de garantir le respect de cette condamnation, la partie requérante demande, sur base de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, au Conseil d'Etat d'imposer à la partie adverse une astreinte correspondant au montant du marché, due à défaut de la parfaite exécution dans les 15 jours de la notification de l'arrêt."

La partie adverse répond que :

" 2. A titre liminaire, il échet de souligner que la requérante elle-même limite sa demande de mesures provisoires à l'hypothèse dans laquelle son premier moyen de suspension aurait été accueilli. Dans la mesure où, pour les motifs qui ont été exposés plus haut, la partie adverse considère que ce premier moyen n'est pas sérieux, la demande de mesures provisoires, qui en constitue l'accessoire, doit être déclarée irrecevable. Les considérations qui suivent ne sont donc exposées qu'à titre subsidiaire.

3. Les considérations juridiques qui sont invoquées à l'appui de cette demande pourraient donner l'impression, à tort, que les mesures provisoires fondées sur l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 auraient été conçues comme une espèce de mesures provisoires entièrement nouvelle qui ne serait plus limitée en aucune manière par des règles issues de la répartition des attributions en droit belge. La partie adverse n'aperçoit pas quel passage des travaux préparatoires pourrait donner ce sentiment. Il lui semble au contraire que le législateur a pour l'essentiel placé ces mesures provisoires particulières dans la continuité des anciennes (Doc. Parl. Ch., «Exposé des motifs», n° 52-2276/001, p. 30) :

«La notion de "mesures provisoires" au sens des directives européennes englobe les notions de "mesures provisoires" et de "suspension" au sens de la législation belge. La mention selon laquelle le pouvoir d'ordonner les mesures provisoires aussi longtemps que l'instance de recours demeure saisie d'un recours en annulation permet d'éviter une difficulté procédurale devant le Conseil d'Etat, laquelle ne se présente pas devant le juge judiciaire. En effet, lorsque le Conseil d'Etat a statué sur une demande de suspension, l'article 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne lui permet plus de prononcer des mesures provisoires. Cela entraîne la nécessité pour le demandeur de s'adresser au juge civil pour requérir de celui-ci l'exécution de la décision du Conseil d'Etat ou des mesures provisoires. Ce système de "navette", auquel s'ajoutent les complications qui pourraient résulter d'un éventuel recours contre la décision du juge civil, ne correspond pas à une approche rationnelle des voies de recours et à la nécessité de donner effet utile aux recours comme le prévoit la directive, raison pour laquelle il est abandonné. De la sorte, le Conseil d'Etat se voit attribuer la compétence, pour les marchés publics, d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'il aura précédemment statué sur une demande de suspension et qu'une demande en annulation restera pendante. Les mesures provisoires ici envisagées ne peuvent être citées in extenso dans la mesure où celles-ci peuvent porter sur une multitude d'actions à entreprendre telle la réintégration d'un candidat irrégulièrement évincé (arrêt CE n° 46 858 du 8 avril 1994, *MOTOROLA c./Etat belge*) ou l'obligation imposée au pouvoir adjudicateur de statuer à nouveau.»

[...]

On n'aperçoit pas en quoi cette interprétation ne serait par principe pas régulière au regard de l'article 2.1.a) de la directive 2007/66/CE, qui prescrit, comme l'article 65/15, que «Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant: a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur».

C'est d'ailleurs ce que votre Conseil a déjà eu l'occasion de juger en réponse à une argumentation similaire (C.E., n° 216.423 du 23 novembre 2011, Cornez et Borean). Dans cette affaire, la partie requérante demandait seulement qu'il soit ordonné à la partie adverse de prendre une décision d'abandon de la procédure et de relance du marché, mais elle soutenait à l'appui de sa demande, comme en l'espèce, que l'article 65/15 et les dispositions européennes permettaient au Conseil d'Etat de s'immiscer dans des questions portant sur des droits civils. La partie adverse avait répondu que, si la demande de mesures provisoires faisait l'objet d'aménagements procéduraux dans le cadre de l'article 65/15, cette disposition n'avait pas eu pour effet de modifier la nature de l'intervention du Conseil d'Etat. Votre Conseil lui avait donné raison, en estimant que les mesures sollicitées paraissaient excéder la limite d'une mesure provisoire, et en les rejetant pour ce motif.

C'est donc à l'aune de votre jurisprudence traditionnelle qu'il convient de juger les demandes de la requérante. Dans ce cadre, elles appellent deux observations fondamentales.

4. En premier lieu, la compétence d'un juge d'ordonner des mesures provisoires en référé est par essence limitée aux effets que pourrait avoir sa décision au fond. A cet égard, force est de constater que les demandes de mesures provisoires méconnaissent toutes les limites qui s'imposent à l'intervention de votre Conseil. D'abord, la demande adressée à votre Conseil d'attribuer lui-même le marché viole directement l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, qui prescrit que «L'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.» Le Conseil d'Etat ne saurait ordonner, fût-ce au titre de mesure provisoire, ce qui méconnaît le prescrit exprès d'une norme législative (C.E., n° 125.407 du 18 novembre 2003).

Ensuite, cette demande oblige votre Conseil à statuer sur une demande qui a pour objet des droits subjectifs. Pourtant, votre Conseil juge qu'il ne saurait s'immiscer dans des questions qui ont pour objet des droits subjectifs sans violer les articles 144 et 145 de la Constitution. Il faudrait d'ailleurs, si la requérante prétendait être titulaire d'un droit subjectif, s'interroger sur la compétence de votre Conseil pour connaître de l'ensemble de son recours (C.E., n° 209.316 du 30 novembre 2010).

Enfin, cette demande conduirait votre Conseil à donner lui-même naissance aux droits subjectifs, en déclarant les parties liées par un marché public. Eu égard à l'article 18 précité de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur n'est pas en situation de compétence liée et n'a jamais l'obligation d'attribuer le marché (Cass., 16 janvier 2006, JT, 2006, p. 391; Cass., 20 décembre 2007, RG C.06.0596.F/1, juridat; T. civ. Bruxelles (réf.), 3 avril 2008, cité par E. THIBAUT et G. THIEL, «Chronique de jurisprudence 2008 des marchés publics», Entr. et dr., 2010, n° 4). Le fait qu'il ait décidé de le faire en l'espèce, dans des circonstances déterminées, n'énervé pas cette compétence discrétionnaire. De manière générale, l'autorité administrative jouit par ailleurs d'une compétence discrétionnaire de retirer une décision suspendue par votre Conseil, ou d'attendre l'arrêt qui statue au fond. Partant, votre Conseil ne saurait ordonner l'une ou l'autre des mesures sollicitées sans s'immiscer dans l'exercice des fonctions administratives (C.E., n° 192.418 du 20 avril 2009).

En outre, la requérante, qui ne peut se prévaloir d'aucun droit subjectif, pour les motifs qui précèdent, ne peut se fonder en l'espèce que sur son intérêt au

rétablissement de la légalité. La partie adverse n'aperçoit pas, et la requérante n'expose pas, en quoi la légalité ne serait pas rétablie à suffisance par deux éventuels arrêts de suspension puis d'annulation (C.E., n° 53.251 du 17 mai 1995). On précisera aussi que l'offre de la requérante ayant été irrégulière, elle n'a pas fait l'objet d'une vérification arithmétique en application des articles 111 à 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

5. En second lieu, la demande de mesures provisoires ne peut par essence jamais avoir qu'un caractère provisoire. Ceci implique qu'une mesure provisoire ne saurait jamais avoir pour effet de priver une procédure en annulation de son objet ou de son utilité.

Même le juge civil des référés, qui peut se prononcer sur l'existence de droits civils, ne saurait ordonner aucune mesure susceptible de porter définitivement et irrémédiablement atteinte aux droits des parties ; il est au contraire essentiel que la mesure ne soit prononcée que «rebus sic stantibus», et que le juge puisse toujours la modifier ou de la rétracter (G. de LEVAL et F. GEORGES, Précis de droit judiciaire, T. I, La compétence, Larcier, Liège, 2010, n° 610 et 620).

En l'espèce, on n'aperçoit pas en quoi la conclusion du marché, ordonnée directement par votre Conseil, aurait un caractère provisoire. Il paraît évident que le marché serait définitivement noué, que tous les droits civils des parties en naîtraient définitivement et que rien ne pourrait remettre en question l'exécution de ce marché jusqu'à son terme. La procédure en annulation ne présenterait plus ni un intérêt ni même un objet pour la requérante.

Il en va de même pour la demande très vague qu'il soit ordonné à la partie adverse de réparer une prétendue illégalité. Même s'il ne s'agit pas d'attribuer le marché à la requérante, mais seulement de retirer toute la procédure et de la reprendre sans attendre un arrêt d'annulation, il a déjà été jugé par l'arrêt précité n° 216.423 qu'elle excédait les limites d'une mesure provisoire.

6. Enfin, la demande d'astreinte doit être rejetée pour une série de raisons, dont chacune serait suffisante. Cette demande constitue l'accessoire des demandes de mesures provisoires, dont il vient d'être montré qu'elles étaient irrecevables. Si par extraordinaire votre Conseil s'estimait compétent pour attribuer lui-même un marché public, quod non, le contrat serait né, la partie adverse n'aurait donc plus aucun acte à poser pour qu'il naisse, et l'astreinte n'aurait d'autre objet que de garantir a priori l'exécution de ses obligations contractuelles par la partie adverse (ce qui méconnaîtrait à la fois à la répartition des attributions entre Conseil d'Etat et juridictions de l'ordre judiciaire, les règles qui régissent la responsabilité contractuelle et les droits de la défense). Enfin, il n'existe en l'espèce aucun indice que la partie adverse ne se conformerait pas parfaitement à votre arrêt."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de déterminer si le Conseil d'Etat est compétent pour ordonner une mesure ayant l'objet sollicité par la requérante, il suffit d'observer qu'une telle mesure, consistant à ordonner à la partie adverse de lui attribuer le marché public litigieux, excède ce qui peut être ordonné temporairement pour préserver les intérêts des parties dans l'attente d'un arrêt statuant sur le fond du litige.

La demande de mesures provisoires ne peut donc être accueillie, ni dès lors la demande d'astreinte.

VII. CONFIDENTIALITE DE PIECES DU DOSSIER ADMINISTRATIF

VII. 1. Arguments de la partie adverse

La partie adverse demande, à propos de certaines pièces qu'elle a déposées :

- " la confidentialité conformément à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et, partant, qu'elles ne soient pas communiquées à la partie requérante, voire aux autres parties.

Il s'agit des pièces suivantes :

1. Offre de la SA ENTREPRISES DUCHENE
2. Lettre de la SA ENTREPRISES DUCHENE du 19 octobre 2011 (justification de prix unitaires).

Cette demande de confidentialité se justifie par le nécessaire respect du «secret des affaires» par cela que parce que la divulgation des informations contenues dans ces documents porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de la société anonyme DUCHENE et pourrait nuire à une concurrence loyale".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin d'examiner si les pièces concernées relèvent bien du "secret des affaires", elles n'apparaissent pas, à ce stade, utile à la solution du litige dès lors qu'elles ne sont nullement nécessaires à l'examen du premier moyen jugé sérieux. Ces pièces peuvent donc, à ce stade, être soustraites à la consultation des parties, sans que ne soient affectés la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les pièces suivantes, déposées par la partie adverse, sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties :

1. Offre de la SA ENTREPRISES DUCHENE
2. Lettre de la SA ENTREPRISES DUCHENE du 19 octobre 2011 (justification de prix unitaires).

Article 2.

Est suspendue l'exécution

- de la décision du comité de gestion de l'intercommunale IGRETEC du 13 décembre 2011 relative à la régularité des offres en tant qu'elle déclare irrégulière l'offre de la société anonyme GILLES MOURY qui est conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges,
- de la décision du 13 décembre 2011 d'attribuer à la société DUCHENE le marché public de travaux relatif à la réalisation "d'un bâtiment relais atelier, d'un bâtiment à usage de bureaux, d'un parking- Phase 1- PAE Charleroi-Jumet Serna".

Article 3.

La requête est rejetée en tant qu'elle vise la décision du comité de gestion de l'intercommunale IGRETEC du 13 décembre 2011 relative à la régularité des offres dans la mesure elle déclare irrégulière l'offre de la société anonyme GILLES MOURY qui n'est pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

Article 4.

La demande de mesures provisoires et d'astreinte est rejetée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

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

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.