

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.202 du 7 mai 2012

G./A.204.541/VI-19.566

En cause : **la société anonyme DE GRAEVE,**

ayant élu domicile chez
Me Véronique BERTRAND, avocat,
place Verte, n° 13,
4000 Liège,

contre :

la ville de Namur,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Requérante en intervention :

**la société privée à responsabilité limitée FIRME CH.
JAMAR ET FILS,**

ayant élu domicile chez
Me Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 avril 2012, la société anonyme DE GRAEVE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise par la Ville de Namur le 3 avril 2012 de ne pas lui attribuer le marché de conception et de réalisation pour la rénovation et la mise en conformité des installations techniques de la piscine de Saint-Servais, régi par le cahier spécial des charges n° BEB 30[4], et de l'attribuer à la société momentanée JAMAR & fils SPRL – THERET & fils SA (ci-après la société momentanée JAMAR-THERET)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 mai 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 3 mai 2012, la société privée à responsabilité limitée FIRME CH. JAMAR ET FILS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Me Patrick THIEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaisant pour la requérante en intervention, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis contraire.

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

III. 1. En 2010, la ville de Namur a lancé un marché portant sur la conception et la réalisation pour la rénovation et la mise en conformité des installations techniques de la piscine de Saint-Servais, régi par le cahier spécial des charges n° BEB 304.

A défaut d'offre, la ville de Namur a publié un nouvel avis au Bulletin des adjudications du 5 juillet 2011.

Ce marché comporte trois parties, à savoir :

- la mise en conformité des installations techniques ainsi que le renouvellement d'une partie des équipements;
- la restauration complète de l'enveloppe du bâtiment;

- la création d'un ascenseur, l'adaptation du hall d'entrée et l'ensemble des travaux de parachèvements intérieurs.

Le montant du marché était estimé à 2.601.500 euros T.V.A.C. (21 %) et hors révision des prix.

Le cahier spécial des charges indique que la procédure choisie est un appel d'offres général.

III. 2. Les critères de sélection ont été définis aux pages 19/34 et 20/34 du cahier spécial des charges.

Ils ont été déterminés distinctement pour l'architecte, pour les autres bureaux d'études associés et pour l'entrepreneur.

III. 3. Les critères d'attribution sont au nombre de deux.

Ils portent sur la qualité du projet (65 points sur 100) et sur le prix du marché (35 points sur 100).

III. 4. Le 28 octobre 2011, la société DE GRAEVE a déposé une offre d'un montant de 3.282.720,44 euros T.V.A. comprise.

Selon la requérante, la décomposition du prix mentionnée dans le formulaire de soumission joint à l'offre faisait apparaître que ce montant était affecté d'une erreur matérielle et qu'il était en réalité de 3.123.605,44 euros T.V.A. comprise.

III. 5. Par courrier du vendredi 6 avril 2012, la ville de Namur a communiqué à la requérante la décision du 3 avril précédent par laquelle son collège avait décidé d'attribuer le marché à la société momentanée JAMAR-THERET.

La requérante affirme avoir reçu ce courrier le mardi 10 avril 2012.

IV. CONFIDENTIALITE DE L'OFFRE DE LA SOCIETE DE GRAEVE ET DE LA SOCIETE MOMENTANEE JAMAR-THERET

Dans l'inventaire joint à sa requête, la société DE GRAEVE entend que son offre soit traitée comme confidentielle.

Dans sa note d'observations, la partie adverse souhaite que l'offre de la société momentanée JAMAR-THERET, attributaire du marché, soit traitée comme confidentielle.

En admettant, prima facie, que les documents visés relèvent du secret des affaires, il y a lieu d'accueillir, à ce stade de la procédure, ces demandes.

V. REQUETE EN INTERVENTION DE LA SOCIETE FIRME CH. JAMAR ET FILS

Par une requête introduite le 3 mai 2012, la société FIRME CH. JAMAR ET FILS demande à intervenir dans la présente procédure.

En vue de justifier la recevabilité de sa requête en intervention, elle fait valoir qu'en sa qualité d'associée de la société momentanée JAMAR-THERET, elle a intérêt à empêcher la suspension de la décision attribuant le marché litigieux à cette société momentanée qu'elle a précisément constituée en vue de déposer offre et d'emporter ce marché.

En l'espèce, le marché a été attribué à la société momentanée JAMAR - THERET.

La requête en intervention est introduite par la seule société FIRME CH. JAMAR ET FILS.

Il est de règle que seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé, en tant que telle, à une procédure d'attribution de marché public et s'étant vu attribuer le marché peut se porter partie intervenante dans une procédure visant à la suspension de l'exécution de la décision d'attribution de ce marché.

Sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, non alléguée en l'espèce, une des sociétés associées ne peut agir isolément en intervention.

Il faut rappeler que, saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec le droit européen d'une règle nationale exigeant la présence à la cause de l'ensemble des soumissionnaires ayant déposé une offre en association momentanée, la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré, par son arrêt du 8 septembre 2005, affaire C-129/04, que :

" l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives

relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, selon le droit national, seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé, en tant que telle, à une procédure d'attribution de marché public et ne s'étant pas vu attribuer ledit marché, puissent former un recours à l'encontre de la décision d'attribution et non seulement l'un de ses membres à titre individuel" et qu'"il en va de même si tous les membres d'une telle association momentanée agissent ensemble mais que l'action de l'un de ses membres est jugée irrecevable";

Dans son ordonnance du 4 octobre 2007, affaire C-492/06, la Cour de Justice a confirmé qu'une règle nationale de procédure de cette nature "ne limitait pas l'accessibilité à un recours d'une façon contraire à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665".

Dès lors, la requête en intervention, introduite en l'espèce par la seule société FIRME CH. JAMAR ET FILS, n'apparaît pas recevable.

VI. EXTREME URGENCE

La requérante énonce qu'elle a été informée du rejet de son offre par un courrier du vendredi 6 avril 2012, reçu le mardi 10 avril suivant.

C'est vainement qu'elle fait valoir que, du 7 au 15 avril 2012, elle était fermée en raison des congés de l'entreprise et que ce n'est que le 16 avril qu'elle a pu prendre connaissance de la décision litigieuse, la prise de cours du délai de recours n'étant nullement retardée par la circonstance invoquée.

Le recours, introduit le 20 avril 2012, l'a été néanmoins dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, compté à partir du 10 avril 2012.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VII. PREMIER MOYEN

VII. 1. Thèse des parties

La requérante prend un moyen, le premier de la requête, "de la violation des articles 16 à 20 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 articles 4 et 26 du cahier spécial des charges et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, et du principe de bonne administration et du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires".

Elle fait valoir que :

" conformément aux articles 16 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 concernant la sélection qualitative, l'article 26 du cahier spécial des charges (p. 19 et 20/34) avait exigé, en plus des documents concernant l'entrepreneur :

1) pour l'architecte :

1. une déclaration sur l'honneur
2. une attestation O.N.S.S.
3. une attestation de souscription d'assurance
4. la production de titre d'études
5. la preuve de l'inscription à l'Ordre des architectes
6. une liste de références

2) pour les autres bureaux d'études associés :

1. une déclaration sur l'honneur
2. une attestation O.N.S.S.
3. une attestation de souscription d'assurance
4. une attestation mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique
5. une liste de références",

qu'in fine, l'article 26 (p. 20/34) indiquait :

" Les documents ci-dessus doivent obligatoirement, sous peine d'exclusion, être joints à la soumission",

et que, de plus, l'article 4 du cahier spécial des charges (p. 5/34) énonçait sous le titre "Etablissement de l'Offre" :

" Pour que l'offre soit considérée comme valable, elle doit être rédigée en français suivant la formule annexée au présent cahier spécial des charges, complétée de tous les documents réclamés dans le présent cahier et les prix exprimés en euros".

Elle soutient qu'en application de ces dispositions, les documents précités devaient être joints à l'offre et que, hormis pour les déclarations sur l'honneur, si tel n'était pas le cas, le pouvoir adjudicateur s'obligeait à écarter l'offre concernée sans disposer sur ce point d'un pouvoir d'appréciation, que la production de ces documents était exigée "sous peine d'exclusion" (art. 26) et même sous peine de nullité de l'offre dès lors que, aux termes de l'article 4 du cahier spécial des charges, tous les documents demandés devaient être joints à l'offre pour qu'elle puisse être considérée comme valable et que l'absence de pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à cet égard se déduit en outre a contrario du fait que, pour les déclarations sur l'honneur, celui-ci s'est expressément et exceptionnellement octroyé un pouvoir d'appréciation.

Elle affirme que la société momentanée JAMAR-THERET n'a joint à son offre ni les six documents demandés pour l'architecte, ni les cinq documents demandés pour les "autres bureaux d'études associés" et que le rapport d'analyse des offres indique à la page 3/3 de la partie réservée à la sélection qualitative :

" 1. Pour l'Architecte (Atelier PB-Atelier de l'Arbre d'Or)

Les documents ont été transmis tardivement.

[...]

2. Pour les Bureaux d'Etudes associés (Unit) :

Les documents ont été remis tardivement".

Elle conclut qu'en attribuant le marché à la société momentanée JAMAR-THERET bien que celle-ci n'ait pas joint les onze documents exigés par le cahier spécial des charges pour la sélection qualitative de l'architecte et des "autres bureaux associés", la partie adverse a violé les articles 16 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que les articles 26 et 4 du cahier spécial des charges, le principe *Patere legem quam ipse fecisti* et le principe de bonne administration.

Elle affirme encore qu'en aucun cas l'article 20, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne pourrait être invoqué par le pouvoir adjudicateur pour justifier une demande de documents postérieure à l'ouverture des offres, qu'outre que cette demande serait contraire aux dispositions et principe précités, l'article 20, § 3, permet seulement aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires de préciser ou d'explicitier des documents déjà présentés, mais non de présenter de nouveaux documents.

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir que la requérante argumente au départ d'un postulat erroné en ce qu'elle prétend que la phrase "les documents ci-dessus doivent obligatoirement, sous peine d'exclusion, être joints à la soumission" s'applique à tous les documents qui servent à la sélection qualitative, y compris ceux relatifs à l'architecte et au bureau d'études, que le cahier spécial des charges est clair sur ce point, que seuls les documents relatifs à la capacité technique de l'entrepreneur, tels qu'énumérés au point 3.3 de l'article 26, sont prescrits "sous peine d'exclusion", ce que confirment les points 1 à 3.2 de l'article 26, qui n'imposent pas les documents relatifs à la déclaration sur l'honneur et à l'architecte et au bureau d'études à peine de nullité, que l'article 4 du cahier spécial des charges dispose que "pour que l'offre soit considérée comme valable, elle doit être rédigée en français suivant la formule annexée au présent cahier spécial des charges et les prix exprimés en euros", sans l'exiger à peine de nullité.

La partie adverse soutient que seuls les documents relatifs à la capacité de l'architecte et du bureau d'études n'étaient pas joints à l'offre telle que déposée à l'ouverture des offres, que les documents relatifs à la capacité de l'architecte ont cependant été communiqués, d'initiative, par le soumissionnaire par un courrier du 28 octobre 2011, soit le jour même de l'ouverture des offres, que lors de l'examen de celles-ci par la partie adverse, seuls les documents relatifs à la sélection qualitative du bureau d'études étaient manquants, soit cinq documents sur dix-huit au lieu des onze invoqués par la requérante, que selon l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, en dehors des dispositions prescrites à peine de nullité dans le cahier spécial des charges et à l'article 89, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, qu'il lui est permis, en matière de sélection qualitative, de demander des renseignements complémentaires au soumissionnaire sur les documents ou de demander un document probant manquant à cet égard, ce que confirme la circulaire de la Région wallonne du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative, et qu'il a déjà été jugé que, si l'indication "sous peine de nullité" constitue un élément d'appréciation, celle-ci n'est pas toujours déterminante, ce qui est le cas en l'espèce.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges applicable au marché en cause énonce, en son article 4 - "Etablissement de l'offre", ce qui suit :

- " Pour que l'offre soit considérée comme valable, elle doit être rédigée en français suivant la formule annexée au présent cahier spécial des charges, complétée de tous les documents réclamés dans le présent cahier et les prix exprimés en euros".

Le même cahier spécial des charges requiert, en son article 26 relatif aux critères de sélection qualitative, le dépôt par l'architecte, par les autres bureaux d'études associés et par l'entrepreneur, d'une série de documents, étant précisé, au dernier alinéa du même article 26, que :

- " Les documents ci-dessus doivent obligatoirement, sous peine d'exclusion, être joints à la soumission".

La jonction obligatoire de ces documents à l'offre ne paraît pas relever d'une vaine exigence de formalisme de la part du pouvoir adjudicateur.

Elle semble bien se rattacher au contraire aux précautions que la partie adverse a estimé devoir prendre pour s'assurer de la capacité technique ainsi que de la capacité financière et économique non seulement de l'entrepreneur mais encore des

architectes et bureaux d'études, appelés à œuvrer au cours de l'opération de restauration de la piscine de Saint-Servais.

Prima facie, on ne peut suivre dès lors la partie adverse en ce qu'elle entend limiter l'application de l'alinéa final de l'article 26 du cahier spécial des charges au seul point 3.3. de l'article 26 du cahier spécial des charges "Capacité technique", relatif à l'entrepreneur.

On peut constater, certes, que l'article 26 traite distinctement des critères de la sélection qualitative "Pour l'Architecte", "Pour les autres bureaux d'études associés" et "Pour l'entrepreneur".

Il ressort cependant du même article 26, point 1.1 : Cas d'exclusion, applicable à l'architecte, point 2.1 : Cas d'exclusion, applicable aux autres bureaux d'études associés et 3.1 Cas d'exclusion, applicable à l'entrepreneur, que chacun de ces acteurs doit joindre "obligatoirement" les documents requis à l'offre.

Ces exigences sont énoncées en termes impératifs, sans, il est vrai, qu'il soit précisé, en ces points 1.1 et 2.1 et 3.1 précités que ces documents doivent être joints "sous peine d'exclusion".

L'alinéa final de l'article 26 du cahier spécial des charges qui, seul, porte cette sanction ne contient cependant aucune indication obligeant ou permettant d'en circonscrire la portée.

Prima facie, les termes "ci-dessus" ne paraissent pas suffire à établir que seuls seraient visés les documents exigés quant à la capacité technique de l'entrepreneur, au point 3.3 du cahier spécial des charges.

Si telle avait été l'intention du pouvoir adjudicateur, il eût dû prendre la précaution de le préciser.

Il s'agit plutôt d'une référence à l'ensemble des documents requis par l'article 26 du cahier spécial des charges.

Les soumissionnaires devaient respecter cette obligation et la partie adverse ne pouvait les en dispenser sur la base de l'article 110, § 2, 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.

En l'espèce, il ressort du document portant les mentions suivantes :

" Marché de travaux – BEB 304 – Conception et réalisation pour la rénovation et la mise en conformité des installations techniques de la piscine de Saint-Servais Sélection qualitative - Rapport",

que les documents requis pour les bureaux d'études associés et pour l'architecte, n'étaient pas joints à l'offre de la société momentanée JAMAR – THERET, et qu'ils ont été remis tardivement.

Prima facie, c'est dès lors à bon droit que la requérante fait valoir, dans son premier moyen, qu'ainsi, la ville de Namur, partie adverse, n'a pas tenu compte de l'exigence qu'elle a énoncée à l'article 26 du cahier spécial des charges.

Par ailleurs, le fait que, pour ce qui concerne la déclaration sur l'honneur attestant que ni l'architecte, ni les autres bureaux d'études associés, ni l'entrepreneur, ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 17 et à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, la partie adverse se soit réservé, par une clause expresse du cahier spécial des charges, "le droit de juger irrégulière une offre qui ne serait pas accompagnée de cette déclaration" ne va pas à l'encontre de la conclusion précédente, mais la confirme plutôt a contrario. Le pouvoir d'appréciation ainsi ménagé est en effet circonscrit dans son objet. Il ne trouve à s'exercer que dans le cas du défaut éventuel d'une déclaration précise et non dans l'hypothèse de l'absence des documents qui doivent être joints à l'offre, aux termes du cahier spécial des charges.

Dans ces conditions, le premier moyen apparaît sérieux.

VIII. BALANCE DES INTERETS

Quant à la balance des intérêts, la partie adverse n'a pas établi, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, que les conséquences négatives de la suspension l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée FIRME CH. JAMAR ET FILS dans la procédure en référé d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'offre de la société anonyme DE GRAEVE et celle de la société momentanée JAMAR-THERET sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par la ville de Namur le 3 avril 2012 d'attribuer le marché relatif à la conception et à la réalisation pour la rénovation et la mise en conformité des installations techniques de la piscine de Saint-Servais, régi par le cahier spécial des charges n° BEB 304, à la société momentanée JAMAR – THERET.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 relatifs à la requête en intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la requérante en intervention.

Ils sont réservés pour le surplus.

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

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.