CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.659 du 7 décembre 2012

G./A.195.313/VI-18.517

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée BUREAU D'ARCHITECTURE ATELIER 2F,**
2. la société anonyme T.P.F. ENGINEERING,
ayant formé ensemble une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

la Zone de police boraine (ZP 5327),

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 janvier 2010, la société privée à responsabilité limitée BUREAU D'ARCHITECTURE ATELIER 2F et la société anonyme T.P.F. ENGINEERING, ayant formé ensemble une société momentanée, demandent l'annulation de "la décision prise à une date non indiquée par la Police BORAINE représentée par son Collège […] transmise par lettre recommandée datée du 25 novembre 2009 postée le 30 novembre 2009 et reçue le 1er décembre 2009 au terme de laquelle leur offre n'a pas été sélectionnée et a été désigné l'adjudicataire du marché de services pour la mission architecturale, d'engineering portant sur les études de stabilité, et des techniques spéciales, de coordination sécurité santé et de surveillance pour la transformation d'un bâtiment industriel en hôtel de police régi par un cahier spécial des charges non référencé".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 21 août 2012, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 3 octobre 2012.

Des lettres du 25 septembre 2012 ont remis l'affaire à l'audience du 28 novembre 2012.

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

Me Nathanaëlle MICHEL, loco Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Xavier CLOSE, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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

III. 1. Le 19 juin 2009, un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications ayant pour objet un marché de services "comprenant la mission d'architecture, d'ingénieur portant sur les études de la stabilité et des techniques spéciales de coordination sécurité santé et de surveillance en vue d'aménager un bâtiment industriel en hôtel de police pour la Police boraine".

III. 2. Le 7 octobre 2009, cinq offres ont été reçues, dont celle des requérantes et celle de la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. – S.A. PIRNAY

– S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau d'études PS2 S.P.R.L. dont le mandataire est Etienne GODIMUS.

Le procès-verbal de la même date mentionne que six exemplaires des offres ont été remis et, pour ce qui concerne l'offre des requérantes, les mots suivants figurent au procès-verbal : "répartition par objet dans des enveloppes séparées".

III. 3. Un document non daté, intitulé "Rapport portant sur la sélection qualitative des soumissionnaires et sur l'analyse des offres" a été versé aux pièces de la procédure.

On y lit notamment en page 3 que :

" LA SM ATELIER 2F - TPF ENGINEERING n'ayant pas fourni un dossier permettant de juger de sa capacité financière et de sa capacité technique à réaliser le marché n'est pas sélectionnée.

Tous les autres soumissionnaires sont sélectionnés".

III. 4. Un autre document, qui n'est ni daté ni signé, intitulé "Rapport d'analyse comparative des offres relatives au marché de service sur la mission d'auteurs de projets pour la réhabilitation de l'hôtel de police" a été versé aux pièces de la procédure.

Pour ce qui concerne l'étude des références techniques, ce document mentionne la présence des pièces demandées et, pour ce qui concerne l'analyse des critères, attribue la note de 53,92 sur 110 aux requérantes et celle de 72,40 sur 110 à l'offre de la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. – S.A. PIRNAY – S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau d'études PS2 S.P.R.L.

III. 5. Le 13 novembre 2009, le collège de la Zone de police boraine a pris une décision portant notamment ce qui suit :

" […]

DECIDE :

Dans le cadre du marché de service relatif à la mission architecturale, les études de stabilité et des techniques spéciales pour la construction d'un hôtel de police :
1°) d'approuver le rapport de la commission d'évaluation des offres;
2°) que ce rapport fait partie intégrante de la présente décision;
3°) de désigner l'Atelier d'Architecture ALLAND-GODIMUS, boulevard Initialis, 15 à 7000 MONS, en qualité d'adjudicataire de ce marché de services, son offre s'avérant la plus intéressante au sens de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

[…]".

III. 6. Le 25 novembre 2009, le dossier a été discuté au sein du conseil de la Zone de police boraine.

III. 7. Par un courrier daté du même jour, notifié par envoi recommandé à la poste le 30 novembre 2009, les services de la partie adverse ont fait savoir au mandataire des requérantes que leur offre n'avait pas été choisie et que le rapport d'attribution était annexé au courrier.

III. 8. Le 1er décembre 2009, le mandataire des requérantes a demandé à disposer du rapport d'attribution qui n'avait pas été joint au courrier du 25 novembre.

III. 9. Le même jour, les services de la partie adverse ont envoyé le rapport au mandataire des requérantes.

III. 10. Les 18 et 27 janvier 2010, la société momentanée attributaire du marché public contesté a été avertie de ce que son offre était retenue.

Cette double notification a été rendue nécessaire par une erreur intervenue dans le libellé du nom de la société momentanée.

III. 11. L'introduction de la requête en annulation a provoqué des recherches au sein des services de la partie adverse.

Une farde contenant des pièces relatives à la sélection qualitative des entreprises a été retrouvée.

III. 12. Un document, ni daté ni signé, intitulé "Rapport portant sur la sélection qualitative des soumissionnaires et sur l'analyse des offres", a été versé aux pièces de la procédure.

Son préambule est rédigé dans les termes suivants :

" Le Collège de police a été informé de ce qu'un recours en annulation au Conseil d'Etat a été introduit par le soumissionnaire «Société Momentanée Atelier 2F-TPF Engineering». Ce recours vise l'annulation de la décision de non-sélection de son offre et le paiement de dommages et intérêts.
Suite à ce recours, il a été décidé de rédiger un nouveau rapport comparatif des offres intégrant l'analyse des documents n'ayant pas été pris en compte par la commission".

On y lit notamment en page 3 que :

" tous les soumissionnaires sont sélectionnés."

III. 13. Le 20 avril 2010, le collège de la Zone de police boraine a décidé ce qui suit :

" […]

DECIDE :

Dans le cadre du marché de service relatif à la mission architecturale, les études de stabilité et des techniques spéciales pour la construction d'un hôtel de police :
1°) d'approuver le rapport définitif de la commission d'évaluation des offres, et de reprendre les considérations de droit et de fait y figurant à son compte, celles-ci faisant partie intégrante de la présente délibération;
2°) de confirmer la désignation de l'Atelier d'Architecture ALLAND-GODIMUS, boulevard Initialis, 15 à 7000 MONS, en qualité d'adjudicataire de ce marché de services, son offre s'avérant la plus intéressante au sens de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

[…]".

Les requérantes déclarent attaquer cette décision dans leur mémoire en réplique.

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Arguments de la partie requérante

Il ressort de la relation des faits qu'à la décision attaquée prise le 13 novembre 2009, la partie adverse a substitué une décision du 20 avril 2010.

Dans leur mémoire en réplique, les requérantes écrivent qu'elles "introduisent un recours en annulation contre :
a) la décision du Collège de police de procéder à une nouvelle analyse des offres et ce, à une date indéterminée;
b) la décision du Collège de police du 20 avril 2010 d'approuver le rapport définitif de la Commission d'évaluation des offres et de confirmer la désignation de l'adjudicataire".

Elles affirment que ces deux décisions ont été portées à leur connaissance lors de la notification du mémoire en réponse par lettre du greffe du 26 avril 2010.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les requérantes sont sans intérêt à attaquer la décision du collège de police de procéder à une nouvelle analyse des offres et ce, à une date indéterminée, cette décision ne constituant qu'un acte préparatoire qui ne leur fait pas grief.

Il n'en est pas de même de la décision du collège de police du 20 avril 2010 d'approuver le rapport définitif de la commission d'évaluation des offres et de confirmer la désignation de l'adjudicataire.

La partie adverse ne dissimule pas que la décision du 20 avril 2010 a été prise à la suite de l'introduction de la requête.

Elle a été substituée à celle du 13 novembre 2009, objet de la requête initiale.

Elles ont le même objet : il s'agit dans les deux cas d'approuver le rapport de la commission d'évaluation des offres et de désigner la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. - S.A. PIRNAY – S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau d'études PS2 S.P.R.L. en qualité d'adjudicataire de ce marché de services, son offre s'avérant la plus intéressante.

En conséquence, dans les circonstances de l'espèce, la décision du 20 avril 2010 a été valablement attaquée.

Par contre, la décision du 13 novembre 2009, initialement seule attaquée, a été implicitement mais certainement retirée par la décision du 20 avril 2010 en ce que la partie adverse y a décidé de procéder à une nouvelle analyse des offres et d'approuver le rapport définitif de la commission d'évaluation des offres.

Il n'y a plus lieu de statuer sur la requête en ce qu'elle poursuit l'annulation de cette décision compte tenu de la disparition de son objet.

V. FONDEMENT DU RECOURS

Figure au dossier de l'instruction, la copie d'un courrier envoyé par le Premier auditeur-rapporteur au conseil de la partie adverse le 2 février 2012 demandant à celui-ci le dépôt au dossier administratif, avant le 10 février 2012, de l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur.

Il s'avère que la partie adverse n'a déposé avec son mémoire en réponse qu'un dossier lacunaire et qu'elle n'a répondu que tardivement à la demande de communication de documents formulée par le Premier auditeur-rapporteur.

Ce n'est en effet qu'à la suite de son dernier mémoire que la partie adverse a communiqué, par deux courriers recommandés à la poste le 25 avril 2012, l'original de l'offre de la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. – S.A. PIRNAY – S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau PS2 d'études S.P.R.L., daté du 7 octobre 2009.

En application de l'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, les faits cités par les requérantes doivent être réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

Le Conseil d'Etat ne peut avoir égard aux nouvelles pièces qui, en vue de compléter le dossier administratif et de satisfaire à la demande du Premier auditeur-rapporteur, ont été communiquées par la partie adverse à l'appui de son dernier mémoire.

A peine de ruiner le caractère contradictoire des débats, les requérantes n'ayant pas pu réagir quant aux dernières pièces produites, ce complément au dossier administratif doit être écarté desdits débats.

Force est de conclure, dans ces conditions, qu'à défaut de dépôt valablement opéré par la partie adverse de l'offre de la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. – S.A. PIRNAY – S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau d'études PS2 S.P.R.L., attributaire du marché, le moyen pris de la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires dans l'appréciation des mérites respectifs de leurs offres est fondé.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision prise le 20 avril 2010 par le collège de la Zone de police boraine d'approuver le rapport définitif de la commission d'évaluation des offres, de reprendre les considérations de droit et de fait y figurant à son compte, et de confirmer la désignation de la société momentanée A&G Atelier d'Architecture S.P.R.L. – S.A. PIRNAY – S.P.R.L. POLY-TECH ENGINEERING – Bureau

d'études PS2 S.P.R.L. en qualité d'adjudicataire du marché de services intitulé "Mission architecturale, études de stabilité et des techniques spéciales de coordination sécurité santé et de surveillance pour la transformation d'un bâtiment industriel situé à Colfontaine en hôtel de police".

Article 2.

Il n'y a plus lieu de statuer sur le recours en tant qu'il poursuit l'annulation de la décision du collège de la Zone de police boraine du 13 novembre 2009.

Article 3.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. Paul LEWALLE.