

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.651 du 27 février 2013

G./A.207.867/VI-19.891

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS,**

ayant élu domicile chez
Mes François VISEUR et
Véronique VANDEN ACKER, avocats,
boulevard Louis Schmidt, n° 29,
1040 Bruxelles,

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
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
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 REQUETE

Par une requête introduite le 4 février 2013, la société privée à responsabilité limitée ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " la décision de la partie adverse du 11 décembre 2012 par laquelle elle décide, dans le cadre d'un marché public de travaux portant sur la construction d'ateliers relais, de bureaux passifs, d'aménagement de parkings et d'aménagement des abords, portant le numéro 2012/32 (CSCh n° 47.950) [lire : 47.590] :
- D'écarter l'offre de la requérante au stade de la sélection qualitative;
 - D'attribuer le marché à un autre soumissionnaire, dont le nom n'est pas connu de la partie requérante."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 février 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 février 2013 à 10 heures 30.

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

Par un courrier recommandé du 15 février 2013 la partie requérante a déposé un complément à sa requête, développant deux nouveaux moyens.

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

Me François VISEUR, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Cyrille DONY, loco Me Jean BOURTEMBOURG, 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

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

Le 14 juillet 2012, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation par adjudication publique d'un marché public concernant des travaux à réaliser dans le périmètre de l'aéropole de Charleroi. Un avis est également publié dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 18 juillet 2012.

Dix offres sont présentées à la partie adverse le 12 octobre 2012.

Le 11 décembre 2012, la partie adverse décide d'écarter l'offre de la requérante en raison du fait qu'elle ne répond pas à certaines exigences relatives à la sélection qualitative et d'attribuer le marché public concerné à la société anonyme BEMAT. Il s'agit de l'acte attaqué.

La partie adverse confirme cette décision le 14 janvier 2013.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen pris "de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste de fait, de la violation de la loi du 24 [lire : 29] juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, en particulier ses articles 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 16 à 20 de l'A.R. du 8 janvier 1996 et du prescrit du Cahier spécial des charges (particulièrement le point 12.2) et du principe général de droit de minutie".

Elle soutient que :

" (a) Exigence du cahier spécial des charges en termes de capacité technique

14. Le Cahier spécial des charges (pièce 5) liste, en pages 10 et 11, les documents à fournir par les différents soumissionnaires pour faire état de leur capacité technique, économique et financière à exécuter le marché.

Pour attester de cette capacité technique, il faut, entre autre, établir une «liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type "passif" ou "basse énergie", cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants».

15. L'exigence du CSCh est donc la suivante :

- Fournir une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années;
- Cette liste doit comporter au moins 5 chantiers;
- Cette liste doit comporter une référence en bâtiment de type passif ou basse énergie;
- Les travaux les plus importants de cette liste doivent être appuyés de certificats de bonne exécution.

Le CSCh ne demande en aucun cas que :

- Les cinq chantiers soient, tous, appuyés de certificats de bonne exécution.

En effet, il est demandé que les travaux les plus importants soient appuyés de certificats de bonne exécution, sans qu'il ne soit précisé combien de certificats devaient être remis.

- La référence en bâtiment de type «passif» ou «basse énergie» soit appuyée par un certificat.

En effet, il n'est absolument pas demandé que la référence en bâtiment de type «passif» ou «basse énergie» soit une référence relative à un chantier parmi les plus importants de la liste, ni qu'un certificat soit remis pour ce chantier en particulier.

16. Par ailleurs, le cahier spécial des charges exige uniquement que ces références soient données par les soumissionnaires. Aucune forme particulière n'est demandée quant à la fourniture de ces références. Ainsi, il n'est pas demandé

d'indiquer quel projet parmi les références données est un projet passif ou basse énergie. Il n'est pas non plus demandé, pour ce projet particulier, d'indiquer en quoi ce projet est passif ou basse énergie.

(b) Documents fournis par la partie requérante dans son offre

17. La partie requérante fait état, dans la 15^e partie de son offre «Liste des travaux de référence + certificats de bonne ex.», d'une liste de référence non limitative des principaux chantiers qu'elle a effectué depuis les années 1990-1991.

La requérante présente une liste de 74 références, dont 12 références pour la période 2008-2012 pour des valeurs allant de 418.133,00 EUR à 7.729.000,00 EUR.

18. Elle présente, à l'appui de ces références, 11 certificats de bonne exécution dont la plupart concernent des travaux d'une valeur de plus d'un million d'euros.

(c) Référence à un immeuble de type passif ou basse énergie

19. Par ailleurs, une des références fournie par la requérante constitue pourtant un chantier de type «basse énergie» : le chantier réalisé pour la construction du siège social de l'ASBL Adhesia Services, en 2009-2010, Rue Antoine de Saint Exupéry 8 à 6041 Charleroi.

Le chantier a une valeur de 1.199.646,63 EUR.

La bonne exécution de ce chantier est attestée par un certificat, joint à l'offre de la requérante.

Le caractère «basse énergie» du projet, qui n'était pas spécifié sur l'attestation annexée à l'offre de la requérante, est confirmé par un courrier du 23 janvier 2013 de Monsieur Robert Bassetto, architecte du projet :

«Suite à votre appel téléphonique de ce 23 janvier 2013, nous vous confirmons que le bâtiment ADHESIA est du type basse énergie, avec isolation, chauffage, ventilation, climatisation double flux, avec récupération d'énergie; le tout alimenté par des pompes à chaleur.

Le bâtiment dispose également de pare-soleil afin d'éviter la surchauffe et la toiture est réalisée avec une membrane blanche qui permet de réduire les apports solaires».

20. C'est donc à tort qu'IGRETEC a considéré que la requérante n'avait pas fourni, comme demandé au point 12.2 du CSCh, une référence en bâtiment de type «basse énergie».

IGRETEC a commis une erreur manifeste de fait. Le moyen est sérieux.

(d) Absence d'indication explicite de l'aspect «basse énergie» du projet

21. Certes, aucune indication particulière dans l'offre de la requérante ne permet de déceler que le projet basse énergie présenté par la requérante est l'immeuble Adhesia.

Cependant, cela ne permet pas à IGRETEC de considérer valablement que la requérante ne répond pas aux conditions minimales émises quant à la capacité technique des soumissionnaires.

En effet :

- Aucune forme particulière n'était exigée dans le CSCh pour faire état de l'expérience dans la construction d'immeubles passifs ou basse énergie;
- IGRETEC devait savoir que l'immeuble Adhésia, repris dans la liste d'expérience de la requérante, était un projet basse énergie compte tenu de son implantation au sein d'une zone d'activité économique gérée par IGRETEC;
- Le CSCh autorisait explicitement IGRETEC à interroger la requérante en cas de doute; les exigences du principe de minuties auraient dû obliger IGRETEC, compte tenu de ce qui précède, à au moins interroger la requérante sur ce point.

(i) Absence d'exigence de forme dans le CSCh pour faire état de l'expérience technique des soumissionnaires

22. Le CSCh est relativement clair à cet égard : les soumissionnaires doivent remettre une liste de références comprenant au moins 5 chantiers au cours des cinq dernières années, dont un au moins est un bâtiment de type passif ou basse énergie.

En aucun cas le CSCh n'exige que ledit projet soit mis en évidence d'une façon ou d'une autre, ni qu'un détail des raisons pour lesquelles l'immeuble construit est de type passif ou basse énergie. Seule la référence est demandée.

Par ailleurs, le CSCh n'impose pas que les certificats de bonne exécution, qui doivent être fournis pour les projets les plus importants, concernent le projet de bâtiment passif ou basse énergie.

23. Dans ces conditions, pour satisfaire aux exigences du CSCh sur ce point, les soumissionnaires devaient uniquement mentionner, dans leur liste de référence, une référence portant sur un projet basse énergie.

En l'espèce, c'est bien ce que la requérante a fait avec l'immeuble Adhésia.

Il ne saurait être reproché à la requérante de n'avoir pas spécifiquement attiré l'attention sur le fait que c'était cet immeuble en particulier qui était basse énergie dès lors qu'elle a répondu littéralement aux exigences du CSCh.

En effet, Votre Conseil s'est prononcé en ce sens que l'exclusion automatique d'un soumissionnaire dont l'offre serait incomplète du point de vue de la sélection ne peut être admise que si les exigences du pouvoir adjudicateur quant aux modes de preuve admissibles sont énoncées avec précision. Dès lors que le CSCh ne définit pas les modes de preuve admissible, si la preuve offerte par le soumissionnaire ne satisfait pas le pouvoir adjudicateur, il ne peut purement et simplement l'écarter sans la renverser ou au moins interroger les soumissionnaires puisque celui-ci peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats ou documents présentés ou à les expliciter.

En excluant l'offre de la requérante pour défaut de référence à un projet basse énergie ou passif sans même demander à la requérante si elle avait bien mis une telle référence dans son offre, la partie adverse crée une sorte de présomption de non fourniture des informations demandées dans l'offre alors qu'au contraire, elle devrait considérer, sauf preuve du contraire, que les soumissionnaires répondent à l'ensemble des conditions posées dans le CSCh.

(ii) IGRETEC devait savoir que l'immeuble Adhésia était un immeuble basse énergie

24. Le chantier Adhésia a pris place Rue Antoine de St Exupéry, 8 à 6041 Charleroi (Gosselies), sur le site de l'aéropole de Charleroi.

Or, le développement et l'exploitation du site de l'aéropole de Charleroi est géré par IGRETEC elle-même.

C'est donc plus que probablement IGRETEC qui a mis le terrain d'implantation de l'immeuble à disposition de l'ASBL Adhésia. Compte tenu de son rôle dans l'exploitation et le développement de l'aéropole, elle n'a pu que constater que l'immeuble d'Adhésia était construit selon des spécificités particulières liées aux économies d'énergie.

En effet, le bâtiment en question est un immeuble de type basse énergie non seulement en raison d'aménagement intérieurs, mais également d'aménagements extérieurs (pare-soleils, toiture réalisée avec une membrane blanche) qui sont visibles de l'extérieur.

Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'IGRETEC est spécialisée dans le développement de projets immobiliers, et est donc au fait des questions liées à l'économie d'énergie. Elle ne pouvait ignorer le caractère basse énergie de l'immeuble Adhésia au vu de son architecture particulière.

25. C'est d'autant plus criant dans le cas d'espèce qu'IGRETEC développe elle-même des projets à proximité immédiate de l'immeuble Adhésia. Par exemple, elle construit actuellement le complexe Saint Exupéry 2 qui constitue un complexe de plus de 2.800 m² de bureaux, situé à quelques mètres seulement de l'immeuble d'Adhésia.

IGRETEC est donc très présente sur le site de l'aéropole et doit forcément connaître l'immeuble Adhésia.

En constatant que cet immeuble figurait parmi les références de la requérante, IGRETEC ne pouvait ignorer que la requérante avait réalisé un projet Basse énergie. Elle a donc commis une erreur de fait.

En effet, Votre Conseil a déjà décidé que l'absence de certains documents n'est pas déterminante quant à la régularité de l'offre et n'exclut pas que le pouvoir adjudicateur ait pu raisonnablement et sans erreur manifeste d'appréciation considérer et juger que le soumissionnaire répondait aux exigences de capacité visées au CSCh sur la base des informations présentes dans son offre ou disponibles par ailleurs.

A contrario, si elle n'a pas remarqué que cet immeuble figurait parmi les références de la requérante, IGRETEC a violé le principe de minutie qui l'oblige à procéder à un examen attentif des offres qui lui sont soumises.

(iii) Violation du principe de minutie

26. Quand bien même IGRETEC aurait eu un doute quant au caractère basse énergie de l'immeuble Adhésia ou, plus généralement, d'une des références présentées par la requérante, elle ne pouvait simplement se contenter d'écarter son offre.

Le principe général de bonne administration de minutie exige en effet de l'administration qu'elle veille, avant d'arrêter une décision, à recueillir toutes les données utiles de l'espèce et de les examiner soigneusement, afin de pouvoir prendre une décision en pleine et entière connaissance de cause.

Le CSCh rappelait ce principe en page 11, au dernier paragraphe :

«Conformément à l'article 20 § 3 de l'AR du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi qu'aux concessions de travaux publics, le pouvoir adjudicateur se réserve expressément la possibilité

d'inviter les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les documents présentés, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation du marché. Cette faculté n'emporte, dans le chef du candidat-soumissionnaire, aucun droit à la régularisation d'une candidature-offre irrégulière».

27. Dans ces conditions, constatant que la requérante avait bel et bien remis une liste de références relativement importante, laquelle comprenait au moins un projet constituant une référence de type «basse énergie», IGRETEC aurait dû interroger la requérante pour savoir si, parmi les références présentées, une des références constituait un immeuble basse énergie.

Force est de constater qu'elle ne l'a pas fait, créant par là une sorte de présomption – erronée – d'absence de ce document.

Or, aucune clause du Cahier spécial des charges n'imposait la fourniture de ces documents à peine de nullité de l'offre, ni surtout n'imposait une identification particulière de cette référence à peine de nullité de l'offre.

Par ailleurs, Votre Conseil a déjà jugé que le pouvoir adjudicateur est tenu d'agir, en matière de sélection qualitative, de manière soigneuse et d'interroger le soumissionnaire en cas de difficultés réelles lors de la prise de connaissance des diverses attestations déposées, la non-sélection étant particulièrement lourde de conséquences.

28. Le manque de soin de la partie adverse est, en l'espèce, d'autant plus caractéristique que la référence demandée est particulièrement imprécise.

En effet, si la notion d'immeuble de type «passif» semble correspondre à une notion relativement précise en Région wallonne, la notion d'immeuble de type «basse énergie» est beaucoup moins précise.

Cette notion ne connaît aucun standard et ne répond à aucune définition légale ou réglementaire.

Les bâtiments de type «basse énergie» sont, sans critère particulier, des bâtiments où une attention particulière a été portée aux économies d'énergie. Ce sont simplement des bâtiments peu énergivores, dont l'isolation thermique est simplement renforcée.

Cela pris en compte, IGRETEC aurait dû être d'autant plus attentif à vérifier si, dans la liste fournie par la requérante, aucun des bâtiments n'avait été construit dans cet esprit, d'autant plus que Votre conseil a déjà considéré explicitement que l'envoi, après l'ouverture des offres, de la liste de références en travaux analogues ne constituait pas une irrégularité substantielle dès lors que cette liste «contient uniquement des données objectives qui ne sont pas sujettes à modification et qui peuvent être contrôlées à tout moment. L'acceptation d'une liste de références envoyée après l'ouverture des soumissions est donc permise et ne porte pas atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires».

IGRETEC a donc bien commis une erreur manifeste de fait ou, à tout le moins, a violé le principe de minutie.

Le moyen est fondé."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

- " 1. Pour rappel, le marché litigieux a pour objet la construction d'un bâtiment comprenant des ateliers «relais» et des bureaux passifs sur le site de Charleroi Airport, rue de Gosselies à Jumet.

Compte tenu de la volonté expresse de la partie adverse de construire un immeuble «passif» ou «basse énergie», le cahier spécial des charges n° 47.590 prévoyait notamment, en son point 12.2 «Documents à fournir» qu'afin de pouvoir évaluer leur capacité technique, les soumissionnaires étaient tenus de remettre (pièce 5, p. 11) [...] :

«[...]»

2. une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type "passif" ou "basse énergie", cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;

[...]»

En son point 12.3 «Evaluation des critères», le cahier spécial des charges contenait les précisions suivantes :

«Les critères de sélection seront évalués selon le processus suivant :

1. Inventaire des documents demandés : le Pouvoir Adjudicateur se réserve d'écarter toute candidature/offre à laquelle il manquerait l'un ou l'autre des documents réclamés au point 12.2
2. Clauses d'exclusion : contrôle de conformité des documents numérotés de 1 à 5.
3. Vérification des capacités techniques, financières et économiques : le Pouvoir adjudicateur se réserve d'écarter tout soumissionnaire dont les capacités techniques, financières et économiques ne seraient pas en adéquation avec le présent marché.»

2. En l'espèce, la partie requérante a joint à son offre 74 références de travaux qu'elle a exécutés. Pour la période des cinq dernières années demandée par le cahier spécial des charges n° 47.590, la partie requérante a remis 12 références de travaux exécutés ainsi que 11 certificats de bonne exécution (pièce 14).

L'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux public prévoit que :

«En cas d'adjudication publique et d'appel d'offres général, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection qualitative des soumissionnaires, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque entrepreneur, ainsi que des renseignements et des documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique, requis en vertu des articles 17 à 20ter du présent arrêté. [...]»

Sur base des renseignements fournis par la requérante dans son offre, rien ne permettait à la partie adverse de considérer que l'une des références présentées concernait un bâtiment «passif» ou «basse énergie»; ce que la requérante reconnaît d'ailleurs elle-même dans sa requête (voy. p. 8, n° 19 et p. 9, n° 21, de la requête en suspension d'extrême urgence).

Par conséquent, la partie adverse n'a commis aucune erreur en constatant que, sur base des renseignements dont elle disposait, l'offre de la requérante ne contenait aucune référence relative à un immeuble «passif» ou «basse énergie» dès lors que la requérante n'a pas cru nécessaire de préciser que l'une de ses références concernerait un immeuble «basse énergie».

Prétendre le contraire reviendrait à considérer que la partie adverse aurait commis une erreur en ne tenant pas compte d'un élément... qui ne figurait pas dans l'offre de la requérante ! En d'autres termes, la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir pas su deviner que l'une de ses références concernait prétendument un bâtiment «passif» ou «basse énergie».

Pareil raisonnement ne saurait évidemment pas être suivi en ce qu'il est notamment contraire à l'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

3. La requérante soutient également qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges n° 47.590 n'imposait pas que les références soient détaillées et que la(les) référence(s) à un immeuble «passif» ou «basse énergie» soi(en)t explicite(s) sur ce point.

En tenant un tel raisonnement, la requérante adopte une position manifestement dépourvue de tout sens logique !

En effet, selon la requérante, lorsque le cahier spécial des charges n° 47.590 sollicitait la production de plusieurs références dont l'une au moins devait avoir trait à un immeuble «passif» ou «basse énergie», rien n'imposait aux soumissionnaires de devoir identifier cette(ces) référence(s) et il suffisait aux soumissionnaires de présenter cette(ces) référence(s) sans la moindre précision.

Dans la mesure où le cahier spécial des charges imposait à chaque soumissionnaire de remettre au moins une référence relative à un immeuble «passif» ou «basse énergie», il allait évidemment de soi que cette référence devait être clairement identifiée par chaque soumissionnaire ; à défaut de quoi cette exigence du cahier spécial des charges n'aurait pas eu d'intérêt dès lors que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas été en mesure d'apprécier son respect par les soumissionnaires.

Le rapport d'analyse des offres (pièce 8, p. 13) et l'acte attaqué précisent d'ailleurs à cet égard que :

«Motivation de la décision :

Il était demandé à la page 11 des clauses administratives :

"une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type «passif» ou «basse énergie», cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;"

La référence en bâtiment de type "passif" ou "basse énergie" a été demandée particulièrement pour ce projet car un bâtiment passif comporte des exigences pointues en matière d'isolation thermique et d'étanchéité à l'air.

Une expérience confirmée dans le domaine nous est indispensable : les détails d'isolation et d'étanchéité doivent être parfaitement pensés et exécutés pour obtenir les résultats escomptés au niveau des tests in situ.

Les certificats de bonne exécution attestent la réalisation correcte, dans les règles de l'art de l'ouvrage, nous ne pouvons donc accepter les références sans attestation ou référence en cours et devons donc exclure les entreprises pour lequel la preuve officielle d'un projet passif ou basse énergie n'a pas été remise.»

En indiquant uniquement que l'immeuble de l'A.S.B.L. ADHESIA était relatif à la «construction d'un siège social» et en omettant ainsi de fournir des indications permettant de considérer que cet immeuble était «passif» ou «basse énergie», la requérante a méconnu le point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590 dès lors qu'elle n'a pas joint à son offre de référence relative à un immeuble «passif» ou «basse énergie» ou, à tout le moins, identifié comme tel.

Le fait que, par un courrier du 23 janvier 2013, l'architecte du projet de l'A.S.B.L. ADHESIA ait confirmé qu'il s'agissait d'un immeuble «basse énergie» ne saurait, par ailleurs, modifier l'appréciation de la partie adverse sur ce point.

En effet, la partie adverse n'ayant pas fait usage de la faculté prévue à l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (voy. infra), elle n'a pas souhaité interroger les différents soumissionnaires n'ayant pas remis les documents sollicités par le cahier spécial des charges dans le cadre de la sélection qualitative.

Dans la mesure où, en l'espèce, plusieurs soumissionnaires n'ont pas remis les références exigées par le cahier spécial des charges (S.A. PEREMANS, S.A. VANDEZANDE, S.A. STRABAG BELGIUM, S.A. Entreprises réunies R. DE COCK et la requérante – voy. pièce 8, p. 13) et ont ainsi vu leur offre écartée au terme de la sélection qualitative, la partie adverse ne saurait accepter qu'un soumissionnaire régularise, de sa propre initiative, son offre après que la décision d'attribution ait été notifiée aux soumissionnaires.

[...]

De plus, procéder de la sorte violerait incontestablement le principe d'égalité entre soumissionnaires dès lors que la partie adverse permettrait à la requérante de régulariser son offre alors qu'une telle opportunité n'aurait pas été offerte aux autres soumissionnaires.

4. La requérante prétend encore que la partie adverse aurait dû savoir que le siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA, figurant parmi les références jointes à l'offre de la requérante, était un bâtiment «basse énergie» dès lors que, d'une part, la partie adverse gère le développement et l'exploitation du site de l'aéroport de Charleroi – où se trouve le siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA – et, d'autre part, la partie adverse est spécialisée dans le développement de projets immobiliers et qu'elle aurait ainsi dû se rendre compte que l'aspect extérieur de l'immeuble de l'A.S.B.L. ADHESIA témoignait de ce qu'il s'agissait d'un bâtiment «basse énergie».

Tout d'abord, s'il n'est pas contesté que la partie adverse assure actuellement la gestion et le développement immobiliers sur le site de l'aéroport de Charleroi, il y a lieu de relever qu'en l'espèce, elle a uniquement procédé à la vente d'un terrain à l'A.S.B.L. ADHESIA pour que celle-ci y construise son siège social. Le fait de vendre un terrain à une A.S.B.L. n'implique évidemment pas que la partie adverse soit tenue informée de la nature des options techniques retenues pour chaque bâtiment construit sur le site de l'aéroport.

Le fait d'avoir vendu un terrain à l'A.S.B.L. ADHESIA pour que celle-ci y construise son siège social ne permet dès lors pas de considérer, comme tente pourtant de le faire accroire la requérante, que la partie adverse savait nécessairement que cet immeuble était un bâtiment «basse énergie».

En outre, le fait d'être spécialisé dans le développement de projets immobiliers ne suffit évidemment pas à démontrer que, vu l'aspect extérieur de l'immeuble de

l'A.S.B.L. ADHESIA (pares-soleil et membrane de ton blanc sur la toiture), la partie adverse devait nécessairement se rendre compte qu'il s'agissait d'un bâtiment «basse énergie».

D'après le courrier du 23 janvier 2013 de l'architecte du siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA (pièce 7 de la requérante), cet immeuble est de type «basse énergie» dès lors qu'il dispose de «isolation, chauffage, ventilation, climatisation, double flux, avec récupération d'énergie; le tout alimenté par des pompes à chaleur» et de «pares-soleil afin d'éviter la surchauffe et la toiture est réalisée avec une membrane blanche qui permet de réduire les apports solaires».

Selon la pièce 9 de la requérante, un bâtiment «basse énergie» respecte les principes de conceptions suivants :

- une grande compacité du bâtiment afin de limiter les surfaces de déperditions thermiques;
- une isolation thermique renforcée de l'enveloppe, allant au-delà de la réglementation en vigueur;
- une étanchéité à l'air soignée;
- une maîtrise des apports solaires afin de favoriser les apports gratuits tout en limitant les surchauffes;
- une gestion de la ventilation;
- une installation de chauffage performante;
- un système de production d'eau chaude sanitaire performant.

En l'espèce, rien ne permet tout d'abord de considérer que les pares-soleil et le choix de la couleur blanche pour le toit de l'immeuble de l'A.S.B.L. ADHESIA (voy. pièce 8 de la requérante) ne sont pas des choix purement pratiques ou esthétiques.

De plus, il y a lieu de relever qu'à la lecture du courrier du 23 janvier 2013 de l'architecte chargé de la réalisation du siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA et du document constituant la pièce 9 de la requérante, un bâtiment «basse énergie» se caractérise par de nombreux éléments qui concernent, notamment, les systèmes d'isolation thermique, de chauffage, de ventilation et de climatisation.

Par conséquent et malgré son expérience, la partie adverse était dans l'impossibilité de déterminer les options techniques retenues pour l'immeuble de l'A.S.B.L. ADHESIA s'agissant de son isolation thermique et de ses systèmes de chauffage, de ventilation et de climatisation ; ce que la requérante ne conteste pas.

[...]

Ne pouvant évidemment pas qualifier un bâtiment de «basse énergie» uniquement parce qu'elle a vendu le terrain sur lequel le siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA a été érigé ou parce que son toit est de couleur blanche et que des pare-soleils ont été installés, la partie adverse n'a absolument pas commis d'erreur en considérant qu'à défaut de disposer d'indications en sens, le siège social de l'A.S.B.L. ADHESIA n'était pas un bâtiment «basse énergie» dès lors qu'elle n'avait aucune information sur son isolation thermique, ses systèmes de chauffage, de ventilation et de climatisation, son étanchéité à l'air, etc.

5. Evoquant la possibilité d'inviter un soumissionnaire à compléter son offre, la requérante relève encore que la partie adverse avait la possibilité de s'adresser à elle afin qu'elle complète les certificats et documents présentés ou qu'elle les explicite, conformément à l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et au point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590.

A cet égard, l'article 20, § 3 dispose que [...] :

«Dans les limites des articles 17 à 20ter, le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter».

Le point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590 précisait encore que «cette faculté n'emporte, dans le chef du candidat-soumissionnaire, aucun droit à la régularisation d'une candidature-offre irrégulière».

Dans la mesure où l'article 20, § 3 n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à compléter les certificats et documents fournis mais qu'il s'agit uniquement d'une faculté dont le pouvoir adjudicateur dispose (C.E., 1^{er} février 2010, n° 200.316, S.A. Etablissements Maurice Wanty et S.A. T.R.B.A.), il ne peut sérieusement être reproché à la partie adverse de ne pas avoir fait usage de cette faculté avant d'écarter l'offre de la requérante.

Par ailleurs, il est curieux de constater qu'à l'appui de son troisième moyen, la requérante estime que la partie adverse était tout à fait en droit d'écarter son offre dès lors que la preuve de son assurance professionnelle – pourtant requise par le cahier spécial des charges – n'avait pas été fournie (voy. p. 18, n° 42 de la requête en suspension d'extrême urgence) mais que s'agissant de l'écartement de la requérante en raison de l'absence de référence relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie», celui-ci ne serait pas justifié.

[...]

En tout état de cause, selon l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, un régime de nullité relative est prévu lorsque des offres (1) dérogent aux dispositions non essentielles du cahier spécial des charges, (2) expriment des réserves ou (3) comportent des éléments qui ne concordent pas avec la réalité.

[...]

Ainsi, le Conseil d'Etat estime que l'absence ou l'irrégularité de documents exigés par le cahier spécial des charges dans le cadre de la sélection qualitative peut entraîner l'irrégularité et, partant, la nullité de l'offre.

[...]

Dès lors, l'on ne saurait sérieusement prétendre qu'en l'espèce, le fait de ne pas avoir joint de référence relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie» ou, à tout le moins, de ne pas avoir permis au pouvoir adjudicateur de constater qu'une telle référence avait été jointe ne pouvait entraîner l'écartement de l'offre de la requérante.

Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 24 janvier 2012, ce n'est pas au pouvoir adjudicateur de rectifier les erreurs ou omissions contenues dans les offres et celui-ci demeure libre de retenir ou d'écarter les offres qui ne sont pas conformes aux clauses non essentielles du cahier spécial des charges.

Partant, la partie adverse n'a absolument pas violé le principe de minutie dès lors qu'elle a adopté l'acte attaqué sur base d'un examen correct et approfondi des offres qui lui ont été remises.

6. Selon le Conseil d'Etat, «Dès lors que tous et chacun des documents requis par le cahier spécial des charges pour prouver la capacité technique du soumissionnaire évincé étaient nécessaires, il s'ensuit que le défaut d'un seul suffisait à justifier la décision de non sélection. En conséquence, l'examen d'une seule des branches des moyens qui critiquent les motifs cette non-sélection n'étant pas sérieux, le soumissionnaire évincé n'a dès lors pas intérêt à invoquer le surplus de ses moyens» (C.E., 8 juillet 2002, n° 108.956, S.A. Varec).

Par conséquent, la seule circonstance qu'une référence d'un bâtiment «passif» ou «basse énergie» n'ait pas été produite par la requérante à l'appui de son offre suffit à justifier la décision de non sélection de la requérante et elle ne dispose pas d'un intérêt à invoquer d'autres moyens.

7. Au vu de ce qui précède, le premier moyen doit être rejeté à défaut de tout caractère sérieux."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Au point 12.3. du cahier spécial des charges, la partie adverse a précisé, au sujet de la sélection qualitative, qu'elle se réservait le droit d'écarter les candidatures ou les offres auxquelles n'étaient pas joints les documents prescrits au point 12.2.

Concernant ces documents prévus au point 12.2, la partie adverse a exigé que les soumissionnaires fournissent, au sujet de leur capacité technique, une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années comportant une "référence en bâtiment de type «passif» ou «basse énergie»".

La notion même de "référence", prévue par le cahier spécial des charges, impliquait que les soumissionnaires devaient indiquer, dans la liste qu'ils produisaient, quel était le travail qui concernait un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie". Il n'était nullement requis que le cahier spécial des charges précisât cette obligation. En l'absence d'une telle indication fournie par les soumissionnaires, la partie adverse ne pouvait savoir quel travail énoncé dans cette liste se référait à un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie".

Or, la requérante n'a nullement mentionné dans la liste qu'elle a communiquée à la partie adverse que le siège social de l'association sans but lucratif ADHESIA qu'elle avait construit, était un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie".

Elle n'a donc pas produit la référence exigée dans le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, à supposer que la partie adverse connaisse l'existence de ce bâtiment abritant le siège social de l'association ADHESIA, la requérante n'établit nullement qu'IGRETEC dispose, à son sujet, d'informations qui lui auraient permis de déterminer de façon évidente que cet immeuble est un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie".

Le fait que la partie adverse aurait mis le terrain sur lequel cet immeuble est construit à la disposition de l'association ADHESIA ou qu'IGRETEC soit spécialisé dans le développement de projets immobiliers, ne suffit pas à établir que la partie adverse aurait eu des informations suffisantes au sujet de ce bâtiment pour en déduire de façon évidente qu'il était du type "passif" ou "basse énergie".

Enfin, le devoir de minutie auquel la partie adverse est astreinte, ne lui impose pas de remédier aux manquements des soumissionnaires en leur demandant de produire une référence qu'ils étaient tenus de communiquer en vertu des exigences prescrites par le cahier spécial des charges.

Le premier moyen n'est donc pas sérieux.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen pris "de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste de fait, de la violation de la loi du 24 [lire : 29] juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, en particulier ses articles 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 16 à 20 de l'A.R. du 8 janvier 1996 et du prescrit du Cahier spécial des charges (particulièrement le point 12.2) et du principe général de droit de minutie".

Elle soutient que :

" (a) Première branche

31. Le CSCh demande que soit fournie «une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type "passif" ou "basse énergie", cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants».

32. Dans la décision litigieuse, IGRETEC écrit que «Les certificats de bonne exécution atteste la réalisation correcte, dans les règles de l'art de l'ouvrage, nous ne pouvons donc accepter les références sans attestation ou référence en cours et devons donc exclure les entreprises pour lequel la preuve officielle d'un projet passif ou basse énergie n'a pas été remise». (sic)

IGRETEC semble donc considérer que la requérante doit être exclue dès lors qu'elle n'a pas remis de certificat pour la construction d'un immeuble passif ou basse énergie.

Or, le CSCh n'exige pas la remise d'un tel certificat pour un immeuble de ce type. Seule une référence relative à un tel immeuble est nécessaire. Nous avons vu ci-dessus que cette référence a été fournie.

La décision litigieuse n'est donc pas conforme au prescrit du cahier spécial des charges en ce qu'elle exclut la requérante pour des motifs non prévus au CSCh.

Sa motivation formelle est donc matériellement inexacte.

(b) Deuxième branche

33. Un des motifs retenus par IGRETEC pour écarter la soumission du requérant est que les détails d'isolation et d'étanchéité doivent être parfaitement pensés, si bien qu'à défaut d'expérience dans la construction d'immeuble passif ou basse énergie, le soumissionnaire ne saurait convenir pour le marché.

34. Ce motif ne saurait fonder la décision attaquée.

En effet, la conception du projet relève des seuls auteurs de projet et bureaux d'études techniques spéciales. L'adjudicataire du marché litigieux n'aura «que» une mission d'exécution des plans qui lui seront soumis.

Par ailleurs, il ne peut être contesté que la réalisation des techniques spéciales (Eau, Air, électricité, chauffage, etc.) est le plus souvent sous-traitée par les entreprises.

En l'espèce, le cahier spécial des charges n'interdit absolument pas à l'adjudicataire de sous-traiter une partie de la mission, comme par exemple la réalisation des techniques spéciales.

Force est donc d'admettre que la capacité à réaliser l'isolation et l'étanchéité reposera en partie, quel que soit l'entreprise adjudicataire.

La motivation de la décision litigieuse est donc entachée d'irrégularité.

(c) Conclusion

35. IGRETEC a donc non seulement commis une erreur manifeste de fait (voy. moyen 1, le certificat en question a bien été remis dans l'offre), mais également une erreur manifeste de droit (violation des articles 16 et 19 de l' AR du 8 janvier 1996 et violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs) en excluant la requérante au stade de la sélection qualitative pour un motif non prévu au cahier spécial des charges."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" Première branche

1. Compte tenu de la volonté expresse de la partie adverse de construire un immeuble «passif» ou «basse énergie», le point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590 prévoyait, pour rappel, que, s'agissant de la capacité technique, les soumissionnaires étaient tenus de remettre (pièce 5, p. 11) [...] :

«[...]»

2. une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type "passif"

ou "basse énergie", cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;

[...]»

Le rapport d'analyse des offres (pièce 8, p. 13) et l'acte attaqué ont considéré que l'offre de la requérante devait être écartée en ce qu'elle n'avait pas remis de référence pour un bâtiment «passif» ou «basse énergie». Cette décision est motivée de la manière suivante :

«Motivation de la décision :

Il était demandé à la page 11 des clauses administratives :

"une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années et comprenant au moins 5 chantiers dont une référence en bâtiment de type «passif» ou «basse énergie», cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces certificats seront transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;"

La référence en bâtiment de type "passif" ou "basse énergie" a été demandée particulièrement pour ce projet car un bâtiment passif comporte des exigences pointues en matière d'isolation thermique et d'étanchéité à l'air.

Une expérience confirmée dans le domaine nous est indispensable : les détails d'isolation et d'étanchéité doivent être parfaitement pensés et exécutés pour obtenir les résultats escomptés au niveau des tests in situ.

Les certificats de bonne exécution atteste la réalisation correcte, dans les règles de l'art de l'ouvrage, nous ne pouvons donc accepter les références sans attestation ou référence en cours et devons donc exclure les entreprises pour lequel la preuve officielle d'un projet passif ou basse énergie n'a pas été remise.»

En l'espèce, le point 12.2 du cahier spécial des charges a repris la formulation de l'article 19, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en exigeant la production des certificats de bonne exécution «pour les travaux les plus importants».

Dans la mesure où la partie adverse a sollicité la production de cinq références dont l'une au moins devait avoir trait à un bâtiment «passif» ou «basse énergie», il convenait bien évidemment de considérer que la(les) référence(s) relative(s) à un bâtiment «passif» ou «basse énergie» devait s'entendre comme faisant partie des travaux les plus importants étant donné l'objet du marché litigieux.

En tout état de cause, à supposer que le cahier spécial des charges n° 47.590 n'était pas suffisamment précis sur ce point – quod non –, il y a lieu de relever que la difficulté rencontrée par la partie adverse en l'espèce ne résidait pas dans le fait que la référence n'était pas accompagnée de son certificat de bonne exécution mais bien dans le fait qu'il n'existait pas de référence ou, à tout le moins, que celle-ci n'était pas identifiée comme étant relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie».

A l'examen du dossier administratif et notamment du rapport d'analyse des offres (pièce 8) et de l'acte attaqué (pièce 11), il apparaît que la motivation reprise dans la

notification adressée aux soumissionnaires (pièce 12) est une motivation générale pour tous les soumissionnaires qui n'ont pas remis de références relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie» et/ou son certificat de bonne exécution.

La motivation de la décision attaquée est donc exacte et conforme au cahier spécial des charges.

Deuxième branche

2. La requérante prétend encore que la partie adverse ne pouvait écarter une offre au motif que les détails d'isolation et d'étanchéité n'auraient pas été parfaitement pensés dès lors que, d'une part, l'adjudicataire du marché litigieux n'aura qu'une mission d'exécution des plans qui lui seront soumis et, d'autre part, la réalisation des techniques spéciales pouvait, en l'espèce, être sous-traitée.

A l'instar de ce que le cahier spécial des charges n° 47.590 prévoyait en l'espèce, l'article 19, alinéa 1^{er}, 2° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur d'exiger la production d'une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années pour justifier la capacité technique des soumissionnaires.

A cet égard, il y a lieu de relever qu'il appartient uniquement au pouvoir adjudicateur de déterminer les références qui devront lui être remises dans le cadre d'un marché public afin de pouvoir apprécier la capacité technique des soumissionnaires.

En l'espèce, le marché litigieux portant sur la construction d'un bâtiment «passif», il n'était absolument pas déraisonnable d'exiger la production d'une référence relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie».

[...]

Ainsi, en exigeant une référence d'un bâtiment «passif» ou «basse énergie» et son certificat de bonne exécution, la partie adverse a souhaité s'assurer que le marché litigieux serait attribué à une entreprise disposant d'une expérience en construction de bâtiment «passif» ou «basse énergie» dont la bonne exécution était certifiée.

Selon l'article 19, in fine, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la capacité technique d'un entrepreneur peut ainsi être évaluée en fonction de son expérience; ce que la partie adverse a souhaité faire en l'espèce.

De plus, le Conseil d'Etat considère que «le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des qualifications techniques des soumissionnaires» (C.E., 24 juin 2009, n° 194.625, S.A. Genetec). Par conséquent, la partie adverse disposait, en l'espèce, d'un certain pouvoir d'appréciation afin de déterminer si, s'agissant de la(les) référence(s) relative(s) à un bâtiment «passif» ou «basse énergie» remises par les soumissionnaires, les détails d'isolation et d'étanchéité étaient ou non bien pensés.

Dans la mesure où il n'était pas déraisonnable, pour la partie adverse, d'apprécier la capacité technique des soumissionnaires sur base de leur expérience dans la construction de bâtiment de type «passif» ou «basse énergie», la motivation de l'acte attaqué ne pourrait être considérée comme irrégulière.

3. Au vu de ce qui précède, le deuxième moyen doit être déclaré non fondé."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la première branche du moyen, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort pas de la motivation de la décision entreprise que la partie adverse l'a écartée de la procédure de passation du marché public en raison du fait qu'elle n'a pas transmis de certificat de bonne exécution pour un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie". Il en découle, comme cela a été exposé lors de l'examen du premier moyen, qu'IGRETEC l'a écartée de cette procédure parce que la requérante n'a pas fourni de référence relative à un tel bâtiment.

La première branche n'est donc pas sérieuse.

Quant à la seconde branche du moyen, concernant le passage, cité partiellement par la requérante et contenu dans la motivation de l'acte attaqué, selon lequel "les détails d'isolation et d'étanchéité doivent être parfaitement pensés et exécutés pour obtenir les résultats escomptés au niveau des tests in situ", il ressort des motifs qui le précèdent que la partie adverse l'a inséré pour justifier, non l'écartement de la requérante de la procédure de passation du marché public, mais pour expliquer les raisons pour lesquelles elle a exigé la référence à un bâtiment de type "passif" ou "basse énergie".

Par ailleurs, contrairement à ce qu'indique la requérante, la partie adverse ne se limite pas à évoquer dans ce passage la conception des détails d'isolation et d'étanchéité mais également leur exécution, laquelle est concernée par le marché public litigieux.

La seconde branche n'est pas sérieuse.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen pris "de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier en ses articles 2 et 3, de l'erreur de fait, de la violation des principes de bonne administration de minutie et de transparence, de la violation de l'article 18 de l'AR du 8 janvier 1996 lu en combinaison avec l'article 38 CGCh".

Elle soutient que :

" (a) Irrégularité du critère de sélection qualitative

38. L'article 18 de l'AR du 8 janvier 1996 dispose que la capacité financière et économique de l'entrepreneur peut, en règle général, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

- Par des déclarations bancaires appropriées;
- Par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels de l'entreprise dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'entrepreneur est établi;
- Par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des trois derniers exercices.

Certes, cette liste n'est pas fermée et le pouvoir adjudicateur peut, le cas échéant, demander d'autres preuves de la capacité économique et financière de l'entrepreneur.

Il faut toutefois que cette demande soit raisonnable et proportionnée au marché en cours.

Il faut par ailleurs que le pouvoir adjudicateur motive les raisons qui le poussent à demander de tels documents. Cette motivation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, l'absence de ce document conduit à la non sélection d'un adjudicataire (c'est d'ailleurs ce que fait IGRETEC relativement à la première condition, en expliquant les raisons pour lesquelles l'exigence d'une référence pour un immeuble passif était primordiale).

39. Or, le marché en question est un marché de travaux qui ne présente, d'un point de vue économique et financier, aucune particularité justifiant des demandes spécifiques en la matière.

Par ailleurs, il faut apprécier l'exigence d'IGRETEC en parallèle avec l'article 38 CGCh, qui exige déjà que, dans les quinze jours qui suivent la conclusion du marché, l'adjudicataire doit présenter au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il a une assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux.

En d'autres termes, il doit présenter une preuve de son assurance professionnelle.

40. En matière de travaux, il faut donc considérer la preuve de cette assurance est une condition d'exécution et non une condition de sélection qualitative.

Cette exigence était donc irrégulière, d'autant plus qu'en aucun cas IGRETEC ne motive cette exigence spécifique, manifestement redondante avec les conditions d'exécution fixées au CGCh.

Comme cette condition de sélection était irrégulière, le pouvoir adjudicateur ne pouvait exclure la requérante pour cette raison.

Le moyen est sérieux.

(b) Possibilité de demander à la requérante de compléter son dossier de sélection qualitative

(i) Exigences du CSCh

41. En page 11, relativement aux documents à fournir pour démontrer la capacité financière et économique, le CSCh demande aux soumissionnaires d'apporter «la

preuve de la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de chaque membre de l'équipe proposée pour le projet et la preuve du paiement de la dernière prime».

Il est exact que, alors qu'elle en disposait, la requérante n'a pas fourni cette preuve dans son offre.

(ii) Absence de volonté de la partie adverse de faire application de l'article 12.3.1, p. 12 du CSCh

42. L'article 12.3.1 «Evaluation des critères» du CSCh, p. 12, dispose comme suit

«Les critères de sélection seront évalués selon le processus suivant : 1. Inventaire des documents demandés : le Pouvoir adjudicateur se réserve d'écarter toute candidature/offre à laquelle il manquerait l'un ou l'autre des documents réclamés au point 12.2».

Alors qu'elle aurait manifestement pu le faire dans le cas d'espèce, la partie adverse n'a pas souhaité faire application de cette disposition.

C'est tout à fait son droit et la requérante ne l'en blâmera certainement pas.

43. Par contre, dès lors qu'elle n'utilise pas le pouvoir discrétionnaire que lui donne l'article 12.3.1. du CSCh, il convient que la partie requérante motive adéquatement les raisons pour lesquels elle choisit néanmoins de ne pas permettre à la requérante de compléter son dossier de sélection.

Or, il sera démontré ci-dessous que la motivation formelle de l'acte est entachée d'erreurs manifestes de fait, de droit et d'appréciation qui entachent celle-ci d'irrégularités manifestes.

(iii) Possibilité, pour la partie adverse, de demander à la requérante de compléter son offre

44. Le cahier spécial des charges ne prescrit pas la fourniture des documents demandés, en ce compris la preuve de l'assurance, à peine de nullité.

L'absence de celui-ci dans le dossier de sélection qualitative ne saurait être considérée comme une irrégularité substantielle.

Conformément à l'article 20, § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter. Cette disposition est explicitement rappelée au dernier paragraphe de la page 11 du CSCh.

A l'égard des dossiers de sélection qualitative incomplets, la Région wallonne a publié une circulaire le 14 juillet 2008, qui explique la marche à suivre conseillée par la Région :

«Une situation qui donne souvent lieu à des pratiques divergentes concerne le sort à réserver aux candidatures ou offres comportant un dossier de sélection qualitative incomplet.

Il existe des instructions dans les circulaires précitées à ce propos. Ainsi :

- la circulaire du premier Ministre du 10 février 1998 (point I, 3.6) prévoit que, lorsqu'un candidat ou soumissionnaire a remis un dossier de sélection qualitative incomplet, le pouvoir adjudicateur peut, si les documents déjà transmis permettent d'avoir une première appréciation positive de ce candidat ou soumissionnaire, lui demander les documents manquants;

- la circulaire du Gouvernement wallon du 21 mai 2001 (point I, 2.1) précise qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier, en fonction du degré effectif de concurrence et de la nature du document manquant, tout en tenant compte des éléments déjà disponibles, s'il convient d'exclure le candidat ou le soumissionnaire ou de lui demander de compléter son dossier. Elle indique qu'il faut faire preuve de plus de sévérité lorsque le document manquant résulte de la seule initiative du soumissionnaire (ex : déclaration sur l'honneur) que lorsque sa production dépend d'un tiers (ex : déclaration bancaire).

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire a remis un dossier incomplet ou des documents non conformes à ce qui était exigé (par exemple, une déclaration bancaire non conforme au modèle imposé) et pour autant que l'on ait une première appréciation positive de ce candidat ou soumissionnaire, il est recommandé de l'inviter à compléter son dossier, sauf urgence particulière à justifier dans le rapport d'analyse des candidatures ou des offres ou dans la décision motivée d'attribution.

(...)» [...]

La faculté de la partie adverse de demander à la requérante de compléter son dossier de sélection qualitative ne fait donc aucun doute en l'espèce.

(iv) Prétendue rupture du principe d'égalité

45. A l'appui de sa décision litigieuse, la partie adverse écrit que comme l'ensemble des autres soumissionnaires ont remis le document requis, «le respect du principe d'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires ne permet pas de relever l'irrégularité de l'offre de ABC sur ce point».

En prétendant cela, la partie adverse commet une erreur manifeste de droit.

En effet, le respect des principes d'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires exige uniquement que les soumissionnaires qui sont dans une situation semblable, soient traités de manière semblable.

En l'espèce, tous les soumissionnaires dont le dossier de sélection était incomplet auraient pu être invités à compléter leur dossier par la partie adverse, sans que cela ne porte atteinte au respect d'égalité entre soumissionnaires.

Le fait qu'il n'y ait, en l'espèce, qu'un seul soumissionnaire dans ce cas ne modifie en rien cet état de fait.

La rupture du principe d'égalité n'aurait pu être décelée que dans l'hypothèse où plusieurs soumissionnaires auraient remis un dossier de sélection incomplet mais où seuls certaines d'entre eux auraient été invités à le compléter.

46. Il nous semble d'ailleurs que cette faculté du pouvoir adjudicateur de demander à la requérante de compléter son dossier de sélection qualitative est d'autant plus importante en l'espèce que le document demandé a trait à une information immuable, sur un fait préexistant à la remise de l'offre et que le Conseil d'Etat considère comme non substantielle.

47. IGRETEC a donc commis une erreur de droit en considérant qu'elle ne pouvait pas demander à la requérante de compléter son dossier de sélection qualitative.

Or, la rédaction du CSCh, et le rappel explicite de l'article 20, § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996 démontrent la volonté du pouvoir adjudicateur de permettre aux soumissionnaires dont le dossier de sélection qualitative se révélerait incomplet de pouvoir compléter celui-ci.

Par ailleurs, la lecture de la motivation semble montrer qu'IGRETEC aurait souhaité permettre à ABC de «relever l'irrégularité sur ce point», mais qu'elle s'est crue – à tort – empêchée de le faire.

C'est donc sur base d'une appréciation erronée de la législation applicable, et en particulier du principe d'égalité entre soumissionnaire, que le pouvoir adjudicateur s'est cru contraint de ne pas demander à la requérante de compléter son dossier.

Le moyen est donc sérieux.

(c) L'absence d'assurance ne peut se déduire de l'absence de certificat dans le dossier de sélection qualitative

48. IGRETEC motive sa décision en déclarant que «la couverture d'assurance nécessitant le concours d'un tiers (la compagnie d'assurance), le pouvoir adjudicateur ne disposera d'aucun moyen d'action ultérieurement pour imposer à un tiers d'assurer les responsabilités susceptibles d'être encourues.»

IGRETEC fait ici un amalgame entre l'absence de document prouvant que la requérante est assurée et le fait que la requérante ne soit pas assurée.

Or, il a été démontré que la requérante est bien assurée.

Le fait que la requérante n'a pas remis la preuve d'assurance ne prouve rien d'autre que le fait que la requérante n'ait pas remis ce document. Toute déduction faite par IGRETEC de cette absence de document sans interroger plus avant le soumissionnaire concerné constitue une violation flagrante du principe général de droit de minutie.

Pour pouvoir conclure que la requérante n'était pas assurée, et donc qu'elle ne pourrait pas exiger d'un tiers d'assurer les responsabilités susceptibles d'être encourues, la partie adverse aurait donc dû l'interroger sur ses couvertures d'assurances, ce qu'elle n'a pas fait en l'espèce.

La partie adverse commet donc une erreur manifeste de fait et une violation du principe général de droit de minutie.

49. Par ailleurs, il est inexact de prétendre, comme le fait IGRETEC, que «le pouvoir adjudicateur ne disposera d'aucun moyen d'action ultérieurement pour imposer à un tiers d'assurer les responsabilités susceptibles d'être encourues».

50. D'abord, conformément à l'article 38 du Cahier général des charges, «L'entrepreneur présente au pouvoir adjudicateur, dans les quinze jours de calendrier qui suivent celui de la conclusion du marché, les documents établissant qu'il a contracté une assurance couvrant, dès le début des travaux, sa responsabilité en matière d'accidents du travail et également une assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux; chaque fois qu'il en est requis, il fournit la preuve que les primes échues ont été payées».

Conformément au CGCh, l'adjudicataire du marché devait donc être assuré en responsabilité professionnelle (responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux) pour pouvoir exécuter le marché.

Le défaut d'assurance pouvait donc toujours être sanctionné par le pouvoir adjudicateur au stade de l'exécution du marché, quitte à résilier celui-ci à défaut pour l'adjudicataire de présenter une assurance dans les quinze jours de l'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un moyen imparable pour obliger l'adjudicataire à être assuré dans le cadre de l'exécution du marché.

L'acte attaqué est donc entaché d'une erreur manifeste de droit.

51. Par ailleurs, il est faux de prétendre à l'impossibilité, pour un entrepreneur, d'être assuré postérieurement à l'attribution d'un marché.

En effet, de nombreuses assurances ne concernent qu'un chantier en particulier, et non l'entreprise en général. Il en est ainsi des assurances TRC (tous risques chantier), décennale, mais aussi, lorsque cela est nécessaire, d'assurances responsabilité civiles particulières à un chantier en particulier.

La conclusion d'IGRETEC selon laquelle le fait de ne pas pouvoir vérifier que la requérante est assurée en responsabilité professionnelle emporte automatiquement qu'elle ne pourra jamais être assurée dans le cadre du chantier en cause est donc manifestement erronée.

L'acte attaqué est donc également entaché d'une erreur manifeste de fait.

52. Il ressort de la motivation de la décision attaquée qu'IGRETEC confond manifestement les conditions d'exécution du marché et celles de sélection qualitative.

Pour rappel, les conditions de sélection qualitative ne peuvent avoir trait qu'aux caractéristiques de l'entreprise soumissionnaire sans avoir égard à la manière dont celle-ci compte exécuter le marché.

Or, lorsqu'IGRETEC fait un lien entre l'absence de preuve d'assurance et l'impossibilité, pour la requérante, d'être «correctement» assurée pendant dans le cadre du marché, elle confond manifestement exigences de sélection qualitative et exigences d'exécution.

53. En tout état de cause, dès lors que la requérante est bien assurée, cet aspect de la motivation n'est, en l'espèce, pas pertinent. En aucun cas le pouvoir adjudicateur ne devra se retourner vers des tiers pour faire assurer la responsabilité professionnelle du soumissionnaire.

(d) Erreur dans la motivation relativement au fait que le soumissionnaire soit «correctement» assuré

54. Force est encore de constater que la décision litigieuse est entachée d'irrégularité en ce que la partie adverse considère que «l'absence du document empêche le pouvoir adjudicateur d'évaluer si le soumissionnaire sera correctement assuré pour le marché à exécuter» [...].

En effet, si, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne fixe pas de seuil dans les exigences de sélection qualitative, il ne peut, au stade de la décision, en imposer un.

Concrètement, dès lors qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas demandé de seuils d'assurance mais uniquement la preuve de l'existence de celle-ci, il ne peut, dans sa décision, considérer qu'un soumissionnaire n'est pas «correctement» assurée.

La décision est donc entachée d'une erreur manifeste d'appréciation

55. On le constate, en excluant la soumission de la requérante pour défaut de capacité économique et financière, la partie adverse a commis diverses erreurs

manifestes d'appréciations, principalement en droit, qui entachent la décision litigieuse d'irrégularité.

Le moyen est sérieux ou, à tout le moins, fondé."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" 1. En l'espèce, le point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590 exigeait que la capacité économique et financière des soumissionnaires soit justifiée par (pièce 5, p. 11) [...] :

«1. Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des trois derniers exercices;

2. La preuve de la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de chaque membre de l'équipe proposée pour le projet et la preuve du paiement de la dernière prime.»

Le point 12.2, in fine, du cahier spécial des charges disposait également que :

«Conformément à l'article 20 paragraphe 3 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi qu'aux concessions de travaux publics, le pouvoir adjudicateur se réserve expressément la possibilité d'inviter les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les documents présentés, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation du marché. Cette faculté n'emporte, dans le chef du candidat-soumissionnaire, aucun droit à la régularisation d'une candidature-offre irrégulière.»

En son point 12.3 «Evaluation des critères», le cahier spécial des charges contenait également les précisions suivantes :

«Les critères de sélection seront évalués selon le processus suivant :

1. Inventaire des documents demandés : le Pouvoir Adjudicateur se réserve d'écarter toute candidature/offre à laquelle il manquerait l'un ou l'autre des documents réclamés au point 12.2
2. Clauses d'exclusion : contrôle de conformité des documents numérotés de 1 à 5.
3. Vérification des capacités techniques, financières et économiques : le Pouvoir adjudicateur se réserve d'écarter tout soumissionnaire dont les capacités techniques, financières et économiques ne seraient pas en adéquation avec le présent marché.»

En l'espèce, la requérante a omis de fournir la preuve de la souscription d'une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle; ce qu'elle admet d'ailleurs sans réserve dès lors qu'elle précise elle-même qu'«il est exact que, alors qu'elle en disposait, la requérante n'a pas fourni cette preuve dans son offre» (voy. p. 18, n° 41 de la requête en suspension d'extrême urgence).

Par conséquent, la partie adverse a écarté l'offre de la requérante en raison de l'absence de ce document et a motivé sa décision de la manière suivante (pièce 8, p. 14 et pièce 9) :

«L'absence de ce document empêche le pouvoir adjudicateur d'évaluer si le soumissionnaire sera correctement assuré pour le marché à exécuter. De plus, la couverture d'assurance nécessitant le concours d'un tiers (la compagnie d'assurance), le pouvoir adjudicateur ne disposera d'aucun moyen d'action ultérieurement pour imposer à un tiers d'assurer les responsabilités susceptibles d'être encourues.

Par ailleurs, l'ensemble des autres soumissionnaires ayant remis le document requis, le respect du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ne permet pas de relever l'irrégularité de l'offre de ABC sur ce point.»

2. Selon la requérante, dans la mesure où l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne prévoit pas explicitement que la preuve de la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle d'un entrepreneur puisse être demandée pour évaluer la capacité financière et économique des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur aurait dû motiver «les raisons qui le poussent à demander de tels documents» (voy. p. 17, n° 38 de la requête en suspension d'extrême urgence).

L'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que [...] :

«Sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément d'entrepreneurs de travaux, la capacité financière et économique de l'entrepreneur peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

1° par des déclarations bancaires appropriées;

2° par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels de l'entreprise dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'entrepreneur est établi;

3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires en travaux de l'entreprise au cours des trois derniers exercices.

Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition de l'entrepreneur.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre, celles des références citées aux 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.

Si pour une raison justifiée, l'entrepreneur n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.»

La liste des documents énoncée à l'article 18 précité n'est donc absolument pas limitative et fermée; ce que la requérante reconnaît d'ailleurs elle-même (voy. p. 17, n° 38 de la requête en suspension d'extrême urgence).

[...]

La requérante considère toutefois que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur exige d'autres documents que ceux énoncés à l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, celui-ci serait tenu de motiver les raisons qui le poussent à demander de tels documents.

Il convient toutefois de relever qu'une telle exigence n'est absolument pas prévue par la réglementation relative aux marchés publics. Un pouvoir adjudicateur peut ainsi valablement exiger d'autres documents que ceux énumérés aux articles 16 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 pour autant que cette exigence ne soit pas manifestement déraisonnable.

A cet égard, il y a lieu de relever que, s'agissant des marchés publics de services dans les secteurs classiques, l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que [...] :

«La capacité financière et économique du prestataire de service peut, en règle générale, être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes :

1° par des déclarations bancaires appropriées ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;

2° par la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes annuels dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le prestataire de services est établi;

3° par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices.

Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir.

Si, pour une raison justifiée, le prestataire de services n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.»

Ainsi, il a été considéré qu'il n'était pas déraisonnable d'exiger, à l'instar de ce qu'a fait la partie adverse en l'espèce, la preuve d'une assurance des risques professionnels afin d'apprécier la capacité financière et économique d'un soumissionnaire dans le cadre d'un marché public de services.

Dans la mesure où rien ne semble justifier que cette exigence soit propre aux marchés publics de services, l'on peut raisonnablement considérer que la production d'un tel document puisse également être demandée dans le cadre de la sélection qualitative de marchés publics de travaux ou de fournitures afin d'évaluer la capacité financière et économique des entrepreneurs ou fournisseurs amenés à remettre une offre.

En outre, la requérante estime que, dans la mesure où l'article 38 du Cahier général des charges impose que l'adjudicataire présente, dans les quinze jours qui suivent la conclusion du marché, la preuve qu'il dispose d'une assurance couvrant sa responsabilité civile en cas d'accidents survenant à des tiers par le fait des travaux, l'exigence prévue au point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590 fait double emploi avec cette disposition.

Ce n'est évidemment pas parce que la preuve d'une assurance couvrant la responsabilité civile de l'adjudicataire doit être fournie au stade de l'exécution du marché que ceci empêche le pouvoir adjudicateur d'exiger la preuve d'une assurance au stade de la sélection qualitative en vue d'évaluer sa situation économique et financière.

En l'espèce, rien n'empêchait la partie adverse d'exiger la preuve d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle des soumissionnaires dans le cadre de la sélection qualitative.

Au vu de ce qui précède, il ne saurait être considéré que le critère de sélection qualitative en cause était irrégulier.

3. Evoquant la possibilité d'inviter un soumissionnaire à compléter son offre, la requérante relève encore que la partie adverse avait la possibilité de s'adresser à elle afin qu'elle complète les certificats et documents présentés ou qu'elle les explicite, conformément à l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et au point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590.

A cet égard, l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que [...] :

«Dans les limites des articles 17 à 20 ter, le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter».

Le point 12.2 du cahier spécial des charges n° 47.590, qui rappelle la faculté prévue à l'article 20, § 3 précité, précisait encore que «cette faculté n'emporte, dans le chef du candidat-soumissionnaire, aucun droit à la régularisation d'une candidature-offre irrégulière».

Tout d'abord, il y a lieu de relever que la requérante n'a remis aucun document attestant qu'elle bénéficiait d'une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle et que, partant, la partie adverse n'aurait pas pu lui demander de compléter ou d'expliquer un document... qu'elle n'avait pas remis !

De plus, dans la mesure où l'article 20, § 3 n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à compléter les certificats et documents fournis mais qu'il s'agit uniquement d'une faculté dont le pouvoir adjudicateur dispose (C.E., 1^{er} février 2010, n° 200.316, S.A. Etablissements Maurice Wanty et S.A. T.R.B.A.), il ne peut sérieusement être reproché à la partie adverse de ne pas avoir fait usage de cette faculté avant d'écarter l'offre de la requérante.

Par ailleurs, la requérante estime que la partie adverse était tout à fait en droit d'écarter son offre dès lors que la preuve de son assurance professionnelle n'avait pas été fournie (voy. p. 18, n° 42 de la requête en suspension d'extrême urgence) mais elle soutient que, dans ce cas, la partie adverse aurait dû motiver sa décision de ne pas faire usage de la faculté prévue à l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et aux points 12.2 et 12.3 du cahier spécial des charges n° 47.590.

[...]

En tout état de cause, selon l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, un régime de nullité relative est prévu lorsque des offres (1) dérogent aux dispositions non essentielles du cahier spécial des charges, (2) expriment des réserves ou (3) comportent des éléments qui ne concordent pas avec la réalité.

[...]

Ainsi, le Conseil d'Etat estime que l'absence ou l'irrégularité de documents exigés par le cahier spécial des charges dans le cadre de la sélection qualitative peut entraîner l'irrégularité et, partant, la nullité de l'offre.

4. La requérante évoque encore plusieurs circulaires ministérielles qui, selon elle, imposeraient aux pouvoirs adjudicateurs d'inviter les soumissionnaires ayant remis une offre incomplète à compléter celle-ci.

A cet égard, il convient tout d'abord de relever que les deux circulaires ministérielles invoquées par la requérante ne sont pas contraignantes; ce que le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler s'agissant de la circulaire du premier Ministre du 10 février 1998 :

«Dans la mesure où la partie demanderesse invoque la violation de la circulaire du 10 février 1998 du Premier ministre "Marchés publics - Sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services", il est constaté qu'elle n'affirme pas et qu'il n'apparaît pas non plus à première vue que cette circulaire présenterait un caractère contraignant qui ferait que sa violation pourrait être invoquée comme un moyen.» (C.E., 23 décembre 2011, n° 217.010)

En outre, à supposer que de telles circulaires soient contraignantes – quod non –, il y a lieu de constater que celles-ci indiquent que le pouvoir adjudicateur «peut» demander les documents manquants (circulaire du 10 février 1998) ou qu'il est «recommandé» d'inviter un soumissionnaire à compléter son dossier (circulaire du 21 mai 2001). Il ne s'agit dès lors absolument pas d'une obligation qui s'imposerait aux pouvoirs adjudicateurs mais uniquement d'une faculté.

Enfin, ces deux circulaires recommandent de mettre en œuvre cette faculté si le pouvoir adjudicateur a une première appréciation positive du candidat ou du soumissionnaire. En l'espèce, dans la mesure où la requérante n'avait déjà pas remis de référence relative à un bâtiment «passif» ou «basse énergie», force est de constater que la partie adverse ne disposait pas d'une première appréciation positive de la requérante.

Par conséquent, il ne saurait être sérieusement reproché à la partie adverse de ne pas avoir tenu compte de la recommandation énoncée dans les circulaires du 10 février 1998 et du 21 mai 2001.

5. La requérante affirme encore que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste de droit en considérant qu'elle ne pouvait relever l'irrégularité de l'offre de la requérante compte tenu du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

[...]

Ainsi, lorsque des dispositions claires et impératives du cahier spécial des charges sont méconnues, le pouvoir adjudicateur ne saurait réclamer les pièces omises à l'un des soumissionnaires; à défaut de quoi il méconnaîtrait le respect de l'égalité des soumissionnaires.

En l'espèce, la partie adverse a ainsi considéré que, de toute façon, l'offre de la requérante était incomplète dès lors qu'il n'y était pas joint de preuve de son assurance professionnelle et qu'en tout état de cause, elle ne pouvait exiger la

production ultérieure de ce document sans violer le principe de l'égalité entre soumissionnaires.

La partie adverse n'a dès lors commis aucune erreur manifeste de droit en ne sollicitant pas de la requérante qu'elle complète son offre.

6. S'agissant de la prétendue violation, par la partie adverse, du principe de minutie, il est rappelé que l'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux public prévoit que :

«En cas d'adjudication publique et d'appel d'offres général, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection qualitative des soumissionnaires, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque entrepreneur, ainsi que des renseignements et des documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique, requis en vertu des articles 17 à 20ter du présent arrêté. [...]

Sur base des renseignements fournis par la requérante dans son offre, rien ne permettait à la partie adverse de considérer que la requérante disposait d'une assurance couvrant sa responsabilité professionnelle ; ce que la requérante reconnaît d'ailleurs elle-même dans sa requête (voy. p. 18, n° 41, de la requête en suspension d'extrême urgence).

Par conséquent, la partie adverse n'a absolument pas violé le principe de minutie en constatant que, sur base des renseignements dont elle disposait, l'offre de la requérante ne contenait aucune preuve de son assurance couvrant sa responsabilité professionnelle.

[...]

Par conséquent, le fait de ne pas avoir interrogé la requérante et d'avoir tenu compte de l'ensemble des éléments contenus dans l'offre de la requérante ne saurait entraîné, dans le chef de la partie adverse, de «violation flagrante du principe général de droit de minutie» dès lors que la requérante n'a pas remis le document demandé et que la partie adverse ne disposait d'aucun moyen pour vérifier, par elle-même, si la requérante était bien couverte pour sa responsabilité professionnelle.

7. Enfin, le Conseil d'Etat considère que «le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des qualifications techniques des soumissionnaires» (C.E., 24 juin 2009, n° 194.625, S.A. Genetec). Par conséquent, la partie adverse disposait, en l'espèce, d'un certain pouvoir d'appréciation afin de déterminer si, s'agissant de la preuve d'assurance en responsabilité professionnelle remise par les soumissionnaires, ceux-ci étaient «correctement» assurés pour le marché à exécuter.

Compte tenu du professionnalisme des soumissionnaires ayant participé au marché litigieux, ceux-ci étaient tout à fait en mesure d'évaluer les risques que pouvaient entraîner un tel marché et, partant, la couverture en responsabilité professionnelle qui s'imposait.

Face à des professionnels du métier, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne fixant pas de seuil minimal pour l'assurance en responsabilité professionnelle requise de la part de chaque soumissionnaire.

Par conséquent, une telle exigence pouvait valablement être prévue au stade de la sélection qualitative.

8. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la requérante n'a pas remis de preuve de son assurance couvrant sa responsabilité professionnelle à l'appui de son offre et que la partie adverse a valablement pris la décision de ne pas faire usage de la faculté offerte par l'article 20, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et par les points 12.2 et 12.3 du cahier spécial des charges n° 47.590.

En considérant que l'offre de la requérante devait dès lors être écartée au stade de la sélection qualitative, la partie adverse n'a violé aucun principe ou disposition visé au moyen.

Le moyen doit ainsi être déclaré comme étant non fondé."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'examen des premier et deuxième moyens que la partie adverse a pu légalement écarter la requérante de la procédure de passation du marché public en raison du fait qu'elle n'avait pas établi sa capacité technique conformément aux exigences prescrites par le cahier spécial des charges.

La requérante n'a donc pas d'intérêt à contester la légalité de la décision attaquée en ce que la partie adverse a estimé qu'elle n'établissait pas, en outre, sa capacité économique et financière. A supposer que l'acte entrepris soit illégal sur ce point, la partie adverse pouvait néanmoins écarter régulièrement la requérante de la procédure de passation du marché public dès lors qu'elle n'avait pas établi sa capacité technique.

Le troisième moyen est donc irrecevable.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII. 1. Arguments de la requérante

La requérante soulève un quatrième moyen pris " de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation des principes de transparence et d'égalité de traitement, de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 16 à 20 de l'AR du 8 janvier 1996".

Elle soutient que :

" 57. Il a été démontré ci-dessus, relativement aux moyens 1 et 2, que c'est à tort que la partie requérante a été exclue de la procédure d'attribution du marché litigieux.

Or, la décision attaquée montre que la requérante était moins disante à la procédure en cause.

C'est donc à elle qu'aurait dû être attribué le marché.

58. L'attribution du marché à un autre soumissionnaire constitue une violation des dispositions reprises au moyen, et en particulier des principes d'égalité entre soumissionnaires et de l'article 15 CGCh.

Le moyen est donc fondé."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité du présent moyen, il suffit de constater qu'il n'est pas sérieux. En effet, il ressort de l'examen des premier, deuxième et troisième moyens que la partie adverse a pu légalement écarter la requérante de la procédure de passation du marché public en raison du fait qu'elle n'avait pas établi sa capacité technique conformément aux exigences prescrites par le cahier spécial des charges.

Le marché public litigieux ne devait donc pas lui être attribué.

VIII. MOYENS NOUVEAUX

VIII. 1. Arguments de la requérante

Dans un courrier du 15 février 2013 ainsi qu'à l'audience, la requérante a développé deux moyens nouveaux.

Elle fait valoir que :

" [...] Par courriel du 13 février 2013, le conseil d'IGRETEC nous a adressé la note d'observation qu'il a rédigée dans le cadre de ce dossier ainsi que les pièces non confidentielles de son dossier administratif, parmi lesquelles le rapport d'analyse des offres du 7 décembre 2012 qui en constitue la pièce 8.

Vous en trouverez une copie ci-joint, ainsi qu'une copie de la pièce 11 du dossier administratif qui constitue la décision d'attribution du marché à la SA BEMAT.

La lecture de ces deux documents révèle que la décision litigieuse est également entachée d'irrégularités en ce qu'elle attribue le marché (premier nouveau moyen) et également en ce qu'elle attribue le marché à la SA BEMAT (deuxième nouveau moyen).

Par la présente, la partie requérante souhaite vous présenter deux moyens nouveaux.

Il est de jurisprudence constante devant Votre Conseil que des moyens nouveaux, qui n'ont pas été exposés dans la requête, sont admissibles en prosécution de cause lorsqu'ils sont fondés sur des éléments que la partie requérante ne pouvait pas connaître avant d'avoir pu consulter le dossier administratif.

[...]

1. Premier nouveau moyen, qui devient idéalement le quatrième moyen de la requête, pris de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de droit, de l'incohérence dans les motifs de l'acte et de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 88, 89, 96 et 110 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.

1.1 Résumé du moyen

1. La vérification du caractère anormalement bas des prix n'a pas été correctement réalisée par IGRETEC.

1.2 Développement

2. Au point 8.2. «Analyse des prix unitaires» du rapport d'analyse des offres qui constitue la pièce 8 du dossier administratif, p. 38/50, IGRETEC écrit ce qui suit :

«En raison du nombre d'offres restantes, nous avons déterminé pour chaque poste la moyenne des prix unitaires des trois offres sans en écarter.

Nous avons considéré comme étant anormaux les prix s'écartant de plus de 15 % de cette moyenne en plus ou en moins.

Toutefois, nous n'avons interrogé les soumissionnaires pour obtenir leurs justifications de prix uniquement pour les postes pour lesquels cela s'avérait pertinent selon les éléments suivants :

[...]

Les 3 soumissionnaires ont répondu à la demande de justification dans le délai imparti.

Les réponses fournies par les soumissionnaires ne sont pas très éclairantes et n'emportent pas la conviction du pouvoir adjudicateur quant à la normalité des prix proposés.

Cependant, le pouvoir adjudicateur constate que la méthodologie pour le calcul de la moyenne à prendre en compte pour déterminer les prix unitaires anormaux n'est pas clairement indiquée dans les clauses administratives du cahier des charges; il considère dès lors qu'il ne peut pas pénaliser les entreprises et renonce à sa prérogative de déclarer les offres irrégulières pour ce motif.

Dès lors, les offres des trois soumissionnaires sont considérées comme régulières et seront prises en compte pour le classement».

Cet extrait nous apprend que :

- IGRETEC a considéré que certains des prix proposés par les soumissionnaires étaient anormaux;
- IGRETEC a interrogé les soumissionnaires à cet égard;
- Les explications fournies par les soumissionnaires n'étaient pas convaincantes;
- Pourtant, IGRETEC n'a pas écarté les offres des soumissionnaires.

3. Il est de jurisprudence constante que l'appréciation du caractère normal ou anormal d'un prix relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

L'appréciation du caractère anormalement bas d'un prix n'est pas conditionnée par la détermination d'une méthodologie d'appréciation du caractère normal ou anormal des prix dans le cahier spécial des charges.

L'article 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996 autorise, à lui seul et sans autre condition, les pouvoirs adjudicateurs à considérer qu'un prix proposé est anormal.

Dans ces conditions, IGRETEC se trompe lorsqu'elle considère qu'elle ne pouvait pas considérer les offres des trois soumissionnaires interrogés comme étant irrégulières compte tenu de l'absence de «méthodologie pour le calcul de la moyenne à prendre en compte pour déterminer les prix unitaires anormaux» dans le CSCh.

Dans son arrêt n° 220.544 du 10 septembre 2012, Votre Conseil a jugé concernant la vérification des prix anormaux que «Lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise. De surcroît, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de qualifier de satisfaisantes des justifications dont les pièces du dossier démentent la pertinence.» Dans ce cas d'espèce, Votre conseil a considéré comme sérieux le moyen pris de la violation de l'article 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996 à défaut pour le pouvoir adjudicateur d'avoir écarté l'offre de l'adjudicataire alors que la justification des prix n'était manifestement pas satisfaisante.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur lui-même affirme que la justification des prix n'est pas satisfaisante. Le moyen est donc sérieux.

4. Pour le surplus, la jurisprudence de Votre Conseil ne souffre aucune équivoque quant au fait que le caractère anormal des prix doit être apprécié poste par poste par le pouvoir adjudicateur (C.E., n° 214.047 du 22 juin 2011).

Il suffit donc d'un seul prix anormal pour que le pouvoir adjudicateur doive écarter l'offre d'un soumissionnaire, pour autant qu'il ait interrogé celui-ci conformément à l'article 110, § 3 A.R. 8 janvier 1996 (C.E., n° 220.718, 24 septembre 2012).

Dans l'arrêt du 24 septembre 2012 précité, Votre Conseil ajoute que «La circonstance que les justifications apportées par le soumissionnaire interrogé à cette fin soient soumises à l'appréciation du pouvoir adjudicateur auquel le Conseil d'Etat ne peut se substituer, ne fait nullement obstacle à l'application de cette règle. Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière.»

5. Dans le cas d'espèce, l'acte litigieux précise que «les réponses fournies par les soumissionnaires ne sont pas très éclairantes et n'emportent pas la conviction du pouvoir adjudicateur quant à la normalité des prix proposés».

Il est donc incontestable que les justifications de prix ont été considérées comme insatisfaisantes par le pouvoir adjudicateur, pour les trois soumissionnaires interrogés.

Le moyen est donc sérieux.

6. Par ailleurs, la partie adverse ne pourrait, par un jeu de retrait-réfection de l'acte attaqué, attribuer le marché à la SA FRANKI ou à la SA GALERE dès lors qu'elle précise bien que «les trois soumissionnaires ont répondu à la demande dans le délai imparti. Les réponses fournies par LES SOUMISSIONNAIRES ne sont pas très éclairantes et n'emportent pas la conviction du pouvoir adjudicateur quant à la normalité des prix proposés».

Force est alors de constater que, à ce stade, les trois offres en questions sont donc irrégulières conformément à l'article 110 de l'A.R. du 8 janvier 1996 et que, même si l'offre de la requérante doit être considérée comme irrégulière, IGRETEC ne peut attribuer le marché en l'état.

La présente requête est donc bien recevable *ratione personae*.

2. Deuxième moyen nouveau, qui deviendra idéalement le cinquième moyen, pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 89, 110 et 111 de l'A.R. du 8 janvier 1996, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de droit, de la contradiction dans les motifs de l'acte et de la violation du poste I.1.3 du Cahier spécial des charges et des articles 7.1 et 14 des clauses administratives et de la violation du principe d'égalité entre soumissionnaires

2.1 Résumé du moyen

7. BEMAT a introduit une réserve dans son offre aux prescriptions du Cahier spécial des charges, au poste I.1.3 (isolation sous chape).

De la sorte, son offre ne pouvait être considérée comme régulière par IGRETEC.

2.2 Développement

8. BEMAT prévoit dans son offre, au poste I.1.3 – Isolation sous chape – une projection de PIR de 12cm d'épaisseur.

Or, le CSCh demandait une isolation en polystyrène extrudé.

Par ailleurs, le coefficient thermique proposé par BEMAT pour le matériau qu'il entend mettre en œuvre n'est pas identique (et est inférieur) à celui demandé dans le CSCh.

L'offre de BEMAT n'est donc manifestement pas conforme aux prescriptions du CSCh.

9. IGRETEC le reconnaît d'ailleurs expressément en page 18 du rapport d'analyse des offres :

«Il apparaît donc clairement de cette note que, pour ce poste, l'entreprise BEMAT déclare avoir remis une offre non conforme aux spécifications techniques du CSCh.

(...)

Le coefficient thermique de chaque paroi étant calculé précisément pour répondre aux exigences liées aux bâtiments passifs, il n'est pas possible, sous risque de ne pas obtenir le coefficient global nécessaire, de placer un isolant moins performant.

(...)

L'offre de BEMAT est donc considérée comme irrégulière puisqu'elle est non conforme aux spécifications techniques du CSCh.

Toutefois, vu l'importance minime de ce poste par rapport à l'ensemble de la soumission (5500€ sur 3.241.884,92€ HTVA soit 0,17 % du marché), le pouvoir adjudicateur considère que cette irrégularité est non substantielle.

Il n'en reste pas moins que l'exigence en terme de coefficient thermique demeure essentielle et que l'entreprise, si elle est adjudicataire du marché, devra se

conformer aux exigences fixées dans le Cahier spécial des charges à ce sujet tout en maintenant le prix annoncé dans son offre».

10. Pour IGRETEC, l'isolation sous chape est un élément essentiel du marché dès lors qu'elle s'inscrit dans le caractère passif du bâtiment à construire.

Elle écrit, toujours p. 18/50 du rapport d'analyse des offres, «il n'en reste pas moins que l'exigence en terme de coefficient thermique demeure essentielle...»

D'ailleurs, le caractère passif de l'immeuble semble en constituer une caractéristique à ce point essentielle que la motivation de l'acte attaqué – en ce qu'il considère l'offre de la requérante irrégulière, est principalement fondée sur ce point (et l'absence prétendue de référence à un immeuble passif).

11. L'article 89 de l'A.R. du 8 janvier 1996 est clair : les conditions techniques constituent l'une des conditions essentielles du marché.

Certes, Votre Conseil reconnaît au pouvoir adjudicateur un large pouvoir d'appréciation quant au caractère substantiel ou non substantiel d'une méconnaissance d'une disposition technique du CSCh.

Néanmoins, comme en l'espèce IGRETEC déclare explicitement que la prescription à laquelle BEMAT déroge est essentielle dans le cadre du projet, il lui appartenait de déclarer l'offre de BEMAT irrégulière.

12. Au lieu d'écarter l'offre de BEMAT pour irrégularité, IGRETEC corrige l'offre de BEMAT, ce qui constitue une application abusive de l'article 111 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

En effet, IGRETEC ne fait pas que déclarer l'irrégularité comme étant non substantielle, elle précise que «si [BEMAT] est adjudicataire du marché, [elle] devra se conformer aux exigences fixées dans le CSCh à ce sujet tout en maintenant le prix annoncé dans son offre».

Une telle manière de procéder constitue à n'en pas douter une correction de l'offre de BEMAT par le pouvoir adjudicateur.

Or, en matière de correction des offres en adjudication, l'A.R. du 8 janvier 1996, et en particulier son article 111, est clair : seules les erreurs arithmétiques et purement matérielles dans les offres peuvent être corrigées. Par ailleurs, lorsqu'il corrige l'offre d'un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur doit rechercher l'intention réelle du soumissionnaire.

En l'espèce, la modification apportée par BEMAT à son offre par rapport au CSCh n'est pas une erreur matérielle mais est bien une réserve posée volontairement par celle-ci. Quelle que soit la valeur du poste ainsi modifié par BEMAT, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas y apporter une correction comme il l'a fait dans le cas d'espèce.

Le moyen est donc sérieux.

13. Le moyen est d'autant plus sérieux que le CSCh précise que «Toute offre établie sur d'autres documents que ceux fournis par le CSCh se fait sous l'entière responsabilité du soumissionnaire qui mentionne, sous peine d'irrecevabilité de l'offre, en tête de chaque document concerné, la formule suivante suivie de sa signature...».

Force est de constater, en l'espèce, que l'offre n'était pas conforme aux documents annexés.

L'offre devait donc être déclarée irrecevable.

14. De plus, l'article 14 précise également qu'«il est défendu aux soumissionnaires, à peine d'irrecevabilité d'apporter des modifications aux quantités présumées (QP) et aux quantités forfaitaires (FFT) indiquées au métré récapitulatif de la soumission».

A fortiori, toute modification aux spécifications techniques de la soumission devrait être considérée comme irrégulière.

15. L'attitude particulièrement bienveillante d'IGRETEC vis-à-vis de BEMAT en l'espèce est d'autant plus problématique qu'elle constitue manifestement une rupture du principe d'égalité entre soumissionnaires : IGRTEC ne peut, d'une part, se montrer extrêmement sévère avec la requérante lorsqu'il s'agit d'apporter des informations immuables et objectives dans le cadre de la procédure de contrôle de régularité «administrative» des offres et, d'autre part, se montrer particulièrement laxiste avec BEMAT dans le cadre du processus de contrôle de régularité «technique» des offres.

Le moyen est donc également sérieux en ce qu'il est pris de la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires."

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ces deux moyens nouveaux, soulevés dans le cadre de la présente procédure, sont irrecevables en raison de l'absence d'intérêt de la requérante à s'en prévaloir.

En effet, ce n'est pas en considération de l'irrégularité de son offre que la partie adverse l'a écartée de la procédure de passation du marché public concerné. La requérante en a été écartée légalement, comme cela ressort de l'examen des moyens qui précèdent, parce qu'elle ne répondait pas à certaines exigences relatives à la sélection qualitative.

Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ne lui confère donc pas l'intérêt requis pour critiquer, par ces moyens nouveaux, le fait que l'offre de l'adjudicataire aurait été jugée illégalement régulière dès lors que l'offre de la requérante n'a pas été déclarée irrégulière.

En outre, la requérante ne soutient pas, dans les moyens nouveaux, que la partie adverse aurait considéré à tort que l'adjudicataire respectait les exigences de sélection qualitative.

IX. CONFIDENTIALITE

IX. 1. Arguments des parties

La requérante joint à sa requête son offre écartée par la partie adverse, qu'elle qualifie de pièce confidentielle.

La partie adverse a également joint ce document au dossier administratif.

Elle en soutient le caractère confidentiel par les considérations suivantes :

- " Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, en principe, le dossier déposé par l'autorité adjudicatrice doit contenir les différentes offres et celles-ci, en règle, ne sont pas confidentielles (C.E., n° 213.306, 17 mai 2011, S.A. Phonecom).

En l'espèce, l'offre de la requérante est déposée par la partie adverse mais celle-ci tient à ce que cette offre demeure confidentielle et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et 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, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.

L'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit ainsi que [...] :

«L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération.

Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.»

En effet, les offres des différents soumissionnaires sont couvertes par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1993) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).

Le droit au respect du secret des affaires, consacré en droit belge et européen, vise à protéger, notamment, les informations techniques et/ou financières relatives au savoir-faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marché, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure de coûts et de prix ou encore la politique de vente d'une entreprise (article 18 de la Communication 2005/C325/07 de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

De façon générale, ce secret couvre donc toutes les données qui sont importantes pour l'entreprise et dont la publication est de nature à lui causer un préjudice (P.-O.

DE BROUX, «La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique», R.D.C., 2007, p. 555).

En vertu de l'article 65/26, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, c'est au juge qu'il revient de mettre en balance le droit au respect des secrets d'affaires et le droit au respect des droits de la défense.

Pour ce faire, il doit au préalable apprécier le caractère secret des informations commerciales produites devant lui, notamment en examinant les conséquences de l'éventuelle divulgation de ces informations.

A ce stade de la procédure, si – par impossible – votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres des différents soumissionnaires sont déposées et accessibles à tous, les parties à la présente procédure auront connaissance des offres d'autres compétiteurs, ce qui altérera irrémédiablement la concurrence dans le cadre de ce marché ou d'autres marchés à venir.

Votre Conseil a déjà donné droit à pareille demande dans le cadre d'un dossier Delta Thermic/CHU Mons Borinage ayant donné lieu à un arrêt n° 218.446 en date du 13 mars 2012 :

«Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'État, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires. Pour le même motif, il y lieu de soustraire, à ce stade, à la consultation des autres parties, comme le sollicite la partie adverse, les offres de la société anonyme DELTA THERMIC et de la société anonyme CLOSE.» (C.E., 13 mars 2012, n° 218.446, S.A. Delta Thermic; voy. également : C.E., 27 avril 2012, n° 219.088, S.P.R.L Adem et S.A. Piron Etudes en construction)

Par conséquent, la partie adverse souhaite légitimement que l'offre déposée – relevant du secret d'affaires – ne soit pas mise en possession des autres parties à la cause et des éventuelles parties intervenantes.

C'est pourquoi la partie adverse dépose la pièce 14 à titre confidentiel et donc à l'attention unique de votre Conseil."

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter à la connaissance des parties l'offre de la société ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS, il convient, à ce stade, de la soustraire à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'offre de la société privée à responsabilité limitée ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS est soustraite, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

Article 3.

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 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-sept février deux mille treize par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Charles-Henri VAN HOVE.

Yves HOUYET.