CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.479 du 19 août 2013

G./A.209.533/VI-20.016

En cause : **1. la société coopérative à responsabilité limitée L'ESCAUT ARCHITECTURES,**
2. la société de droit français SARL TAKTYK,

ayant élu domicile chez
Me Pierre-François VAN DEN DRIESCHE, avocat,
drève des Renards, n° 6/3,
1180 Bruxelles,

contre :

la commune de Hotton,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 22 juillet 2013, la société coopérative à responsabilité limitée L'ESCAUT ARCHITECTURES et la société de droit français SARL TAKTYK sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution des décisions suivantes prises dans le marché de "Désignation d'un auteur de projet pour l'aménagement des bords de l'Ourthe à Hotton" :

" • La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton, communiquée par courrier daté du 5 juillet 2013 aux parties requérantes, de considérer l'offre de JNC complète et régulière;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton d'approuver la proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 12 avril 2013 pour le marché;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton de considérer le rapport d'attribution comme faisant partie intégrante de la présente délibération;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton d'attribuer ce marché à JNC AWP, rue du gérant, 2/5 à 1400 Nivelles pour un honoraire de 8,11 % et d'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 août 2013 à 10 heures.

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

M^me^ le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes Pierre-François VAN DEN DRIESCHE, Philippe VANDE CASTEELE, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

Par des avis publiés au Bulletin des adjudications le 10 octobre 2012 et au Journal officiel de l'Union européenne le 13 octobre 2012, le marché de services d'auteur de projet pour l'aménagement des bords de l'Ourthe à Hotton a été mis en concurrence. La procédure d'attribution du marché est celle de l'appel d'offres général.

Selon la partie adverse, le "cahier spécial des charges identifie l'étude réalisée par la s.a. JNC International et précise les aménagements proposés qu'elle souhaite mettre en œuvre".

Le 2 mai 2013, le conseil communal de la commune de Hotton a attribué le marché à la société anonyme JNC INTERNATIONAL. Il s'agit de la décision attaquée.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le moyen unique est pris de la violation des dispositions suivantes :

" Méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution

Méconnaissance de l'article 78 de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics

Méconnaissance des articles 65/4, 65/5 et 65/8 [de] la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Méconnaissance des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs."

Après avoir fait la "synthèse des rétroactes", les parties requérantes énoncent les griefs suivants :

" • L'offre de JNC aurait dû être écartée car l'article 78 de l'A.R. du 8 janvier 1996, cité dans la motivation de la délibération communale, dispose qu'il y a obligation d'écarter le bureau d'études-lauréat «si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence». Cette obligation est ici méconnue.

• A tout le moins, pour accepter la participation de JNC au marché, le dossier transmis au requérants [sic], faisant office de administratif [sic] du pouvoir adjudicateur, devait-il établir «par écrit, les justifications pertinentes qui lui permettraient d'établir que cette personne ne bénéficie pas d'un tel avantage», mais il n'est pas possible d'en déduire que la vérification a eu lieu. Autrement dit, la partie adverse n'établit pas avoir respecté cette réglementation impérative.

• L'évaluation des critères architecturaux des offres de JNC d'une part et des requérantes d'autre part étaient identiques (exactement le même nombre de points) alors que JNC avait préalablement réalisé l'étude dite «plan qualité tourisme» à la base du marché.

JNC a clairement eu un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence puisqu'elle avait déjà connaissance du style et des orientations souhaité[e]s par la commune.

Les pièces transmises n'infirment pas cet avantage de nature à fausser la concurrence normale.

• Dans le rapport d'évaluation, les offres des requérantes d'une part et de JNC d'autre part se distinguent uniquement par le critère des honoraires.

Or JNC avait déjà connaissance du site qu'elle avait pu précédemment analyser grâce à son étude (préalable) dite «plan qualité tourisme».

Cette analyse lui a permis de faire l'économie de ces frais dans l'établissement de son budget pour le marché litigieux. C'est un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence et la motivation formelle n'établit pas qu'il en aurait été autrement."

Les parties requérantes soutiennent encore que le principe d'égalité entre soumissionnaires a été violé. Elles exposent, sans plus, que le lauréat a bénéficié d'un avantage de nature à fausser la concurrence normale.

Enfin, elles invoquent une violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que des articles 65/4, 65/5 et 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 susvisée. Elles font valoir que le pouvoir adjudicateur n'a pas fourni de justifications pertinentes qui permettraient d'établir que l'attributaire du marché n'a pas bénéficié d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

B. Note d'observations

La partie adverse rappelle en premier lieu les principes applicables. En substance, elle expose que pour que l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 susvisé soit applicable il faut que la mission précédemment effectuée par l'attributaire du marché litigieux soit "directement liée" à ce marché. Elle souligne qu'à supposer même que la prestation antérieure aurait placé l'attributaire du marché litigieux dans une situation plus avantageuse que celle de ses concurrents, encore faut-il que cet avantage n'ait pas été "neutralisé", ce qui est le cas lorsque tous les soumissionnaires ont disposé de la même information pour établir leur offre. Elle étaie ses arguments par de la jurisprudence notamment.

Elle estime qu'en l'espèce, il n'a été dérogé à aucune de ces règles. Elle fait observer que l'étude qui a été réalisée préalablement est tout à fait générale et qu'elle a été communiquée en entier à tous les soumissionnaires. Elle illustre son argumentation par le renvoi à des dispositions du cahier spécial des charges relatif au marché litigieux.

Elle soutient que les parties requérantes ne démontrent pas concrètement que l'éventuel avantage dont aurait bénéficié l'attributaire du marché aurait été de nature à fausser les conditions normales de concurrence.

Quant au défaut de motivation formelle, la partie adverse expose en substance ce qui suit : "Il n'y a d'obligation de motiver que s'il y a une décision. Or, la situation de la s.a. JNC International n'appelait pas de décision de la partie adverse."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 78, § 1er, alinéas 1er et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit ce qui suit :

" Doit être écartée, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Toutefois, avant d'écarter pour ce motif la demande de participation ou l'offre de cette personne, le pouvoir adjudicateur invite cette dernière, par lettre recommandée, à fournir, par écrit, les justifications pertinentes qui lui permettraient d'établir que cette personne ne bénéficie pas d'un tel avantage. Cette formalité ne s'impose pas si ces justifications ont été jointes à la demande de participation ou à l'offre."

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, il ressort clairement de cette disposition que le pouvoir adjudicateur est tenu, avant de décider s'il écarte, ou non, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, d'apprécier, sur la base des justifications écrites fournies par cette personne, si celle-ci bénéficie d'un avantage résultant de ses prestations antérieures et, le cas échéant, si cet avantage est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

La lecture de l'ensemble du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 février 2004 modifiant l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 confirme cette lecture de la disposition, contrairement à ce que tente de faire valoir la partie adverse sur la base d'extraits isolés.

Cette disposition doit encore s'interpréter en ce sens qu'elle est applicable à l'auteur d'une prestation de services antérieure à une nouvelle prestation de services lorsque la seconde apparaît comme le développement de la première.

En l'espèce, la nouvelle prestation apparaît clairement comme le prolongement partiel de la prestation déjà fournie par l'attributaire du marché litigieux. En effet, il s'agit, à ce stade, de mettre en œuvre l'une des actions recommandées par le "plan qualité pôle touristique de Hotton" ainsi qu'il apparaît du cahier spécial des charges du marché litigieux. Il faut aussi relever que les soumissionnaires ont dû, conformément au cahier spécial des charges, intégrer dans

leur offre certains critères d'attribution concernant l'étude et que les résultats de l'étude antérieure ont été mis à la disposition de tous les soumissionnaires.

L'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est donc indubitablement applicable à la présente espèce.

Les éléments du dossier administratif établissent que la partie adverse a invité l'auteur de l'étude à fournir, par écrit, les justifications lui permettant d'établir qu'il ne bénéficie pas d'un avantage anticoncurrentiel.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur ne s'est nullement prononcé sur la pertinence de cette justification. Sans qu'il faille dès lors se prononcer sur l'éventuelle existence d'un avantage anticoncurrentiel, il y a lieu de constater que le défaut de motivation de ne pas écarter l'offre de l'auteur de l'étude antérieure au marché litigieux est manifeste.

Le moyen est donc sérieux dans cette mesure.

La partie adverse ne demande pas de procéder à une balance des intérêts.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution des décisions suivantes prises dans le marché de "Désignation d'un auteur de projet pour l'aménagement des bords de l'Ourthe à Hotton" :

" • La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton, communiquée par courrier daté du 5 juillet 2013 aux parties requérantes, de considérer l'offre de JNC complète et régulière;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton d'approuver la proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 12 avril 2013 pour le marché;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton de considérer le rapport d'attribution comme faisant partie intégrante de la présente délibération;
• La décision du 2 mai 2013 du conseil communal de Hotton d'attribuer ce marché à JNC AWP, rue du gérant, 2/5 à 1400 Nivelles pour un honoraire de 8,11 % et d'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget."

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres déposées par les sociétés coopérative à responsabilité limitée L'ESCAUT ARCHITECTURES, de droit français SARL TAKTYK et JNC AWP, département de JNC International SA demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre des vacations siégeant en référé, le dix-neuf août deux mille treize par :

Mmes Odile DAURMONT, Président de chambre,
Béatrice DRAPIER, Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Béatrice DRAPIER. Odile DAURMONT.