CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.443 du 14 février 2014

G./A.211.133/VI-20.117

En cause : **la société anonyme STUDIEBUREAU VOOR BOUWKUNDE EN EXPERTISES**, en abrégé S.B.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Marco SCHOUPS, Kris LEMMENS
et Myriam LAHBIB, avocats,
de Burburestraat, nos 6-8,
2000 Anvers,

contre :

la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO,

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

Parties intervenantes :

1. la société anonyme BUREAU D'ETUDES GREISCH,
2. la société anonyme TRACTEBEL ENGINEERING,
ayant formé une société momentanée,

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

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 décembre 2013, la société anonyme STUDIEBUREAU VOOR BOUWKUNDE EN EXPERTISES, en abrégé S.B.E., sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" - la décision du 10 décembre 2013 de la SOFICO d'attribuer le marché de services relatif à l'étude des ouvrages de génie civil d'une écluse de 225m x 25m (CSC n° 02.06.01-12G14) à la SM Bureau d'études Greisch - Tractebel Engineering.

- la décision du 10 décembre 2013 de la SOFICO de la non-sélection et de l'éviction de l'offre de la SA SBE concernant le marché de services relatif à l'étude des ouvrages de génie civil d'une écluse de 225m x 25m (CSC n° 02.06.01-12G14).".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 décembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 février 2014 à 10 heures.

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

La société anonyme BUREAU D'ETUDES GREISCH et la société anonyme TRACTEBEL ENGINEERING, ayant formé une société momentanée, ont, par une requête introduite le 31 janvier 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Mes Kris KEMMENS et Myriam LAHBIB, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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

III. 1. La SOCIETE WALLONNE DE FINANCEMENT COMPLEMENTAIRE DES INFRASTRUCTURES, en abrégé SOFICO, a lancé une procédure d'appel d'offres général en vue de l'attribution d'un marché public de services intitulé "Meuse - Huy - Amay - Ampsin - Neuville. Etude des ouvrages de génie civil d'une écluse de 225m x 25m".

L'objet du marché est défini en ces termes par le cahier spécial des charges :

" Etude détaillée des ouvrages de génie civil et suivi, durant l'exécution des travaux, de la construction d'une écluse de 225 m de longueur utile sur 25 m de large et des ouvrages annexes. Ce nouveau sas s'inscrit sur le site occupé actuellement par un pertuis du barrage et une écluse de 55 m de long et 7,5 m de large. L'ouvrage est principalement complété par un évacuateur de crue, une frayère et une échelle à poissons de type rivière artificielle".

III. 2. Un avis de marché, envoyé le 14 septembre 2012, a été publié à cette fin au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne du 19 septembre 2012.

III. 3. Le cahier spécial des charges portant le numéro 02.06.01-12G14, applicable au marché litigieux, fait référence expresse à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi qu'aux arrêtés royaux du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Selon l'article 115 des clauses administratives de ce cahier spécial des charges, les critères d'attribution sont pondérés ainsi qu'il suit :
- Coûts - Valeur du critère : 54 points;
- Qualité de la méthode (46 points), appréciée en fonction des sous-critères suivants :
  - Méthode de travail - Valeur du critère : 29 points;
  - Organisation de l'équipe - Valeur du critère : 7 points;
  - Prestations complémentaires - Valeur du critère : 5 points;
  - Enjeux environnementaux - Valeur du critère : 5 points.

III. 4. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 6 novembre 2012, les trois entreprises suivantes ont déposé une offre :

1. la société Arcadis Belgium, pour un montant de 2.620.900,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée,
2. la société momentanée Bureau d'Etudes Greisch - Tractebel Engineering, pour un montant de 4.121.240,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée,
3. la société anonyme S.B.E., pour un montant de 3.076.288,50 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

III. 5. Par des courriers datés du 17 septembre 2013, les trois soumissionnaires ont été invités à apporter des précisions à leurs offres.

III. 6. Par un courrier daté du 1er octobre 2013, la requérante a fait parvenir un dossier complémentaire établi le 30 septembre 2013.

III. 7. Le rapport d'analyse des offres, daté du 26 novembre 2013, conclut à la non-sélection des offres des sociétés ARCADIS BELGIUM et S.B.E. et au caractère apparemment anormalement bas du montant respectif des offres de ces sociétés. Il procède toutefois à une comparaison des offres de ces deux sociétés et de l'offre de la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING.

A cet égard, le rapport précise notamment :

" 6.2 METHODE D'EVALUATION

La méthode d'évaluation utilisée dans le cas de la présente analyse a nécessité la détermination, préalablement à l'ouverture des offres, pour chaque critère et à chaque stade de l'appréciation deux niveaux de référence :
- un niveau «neutre» correspondant à un niveau de qualité que l'on désire au moins voir atteint eu égard au critère considéré (la cote de référence correspondante vaut 60);
- un niveau «bon» correspondant à un niveau de qualité que l'on juge tout à fait satisfaisant eu égard au critère considéré (même si on peut imaginer des niveaux de performance encore meilleurs) et qu'il serait donc bon de voir atteint (la cote de référence correspondante vaut 90).

La définition de ces deux niveaux «bon» et «neutre» permet d'expliciter les aspects concernés par le critère considéré. Ils constituent des références pour la comparaison des offres.".

Le rapport retient les notes globales suivantes :

- ARCADIS BELGIUM : 66,71/100;
- S.B.E. : 67,71/100;
- GREISCH-TRACTEBEL Engineering : 70,12/100.

Il conclut en ces termes :

" Considérant que l'offre de la société momentanée Bureau d'études Greisch - Tractebel Engineering est la plus intéressante, et que l'offre de cette société est en adéquation avec la mission, je vous propose, Monsieur l'Administrateur délégué et Monsieur le Président, d'approuver l'offre de la société momentanée Bureau d'études Greisch pour un montant de 4 121 240 euros HTVA".

III. 8. Faisant sienne la motivation du rapport d'analyse des offres, le conseil d'administration de la partie adverse a pris, le 10 décembre 2013, une décision dont la conclusion est la suivante :

" Pour ces motifs, le Conseil d'Administration décide, sous réserve de l'avis favorable de la DGO2 :
- de ne pas sélectionner les sociétés Arcadis Belgium et S.B.E.;

• d'attribuer le présent marché à la société momentanée Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering pour un montant de 4 121 240 € HTVA (4 986 700,40 € TVAC).
Il charge le Président et l'Administrateur délégué de l'exécution de la présente décision".

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

III. 9. Par télécopie et par courrier recommandé du 12 décembre 2013, la partie adverse a informé la requérante en ces termes :

" Messieurs,

[…]

Nous avons le regret de vous informer que dans le cadre du marché susvisé, votre entreprise n'a pas été sectionnée.

Vous trouverez ci-joint, un extrait du procès-verbal du Conseil d'Administration de la SOFICO du 10 décembre 2013 comportant la décision motivée d'attribution du marché en ce compris les motifs de la non-sélection de votre entreprise. Conformément à l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, un délai d'attente de 15 jours, avant la conclusion du marché, sera observé afin de vous permettre d'introduire éventuellement un recours en suspension au Conseil d'Etat contre la décision qui vous est communiquée par la présente.

[…]".

III. 10. Selon l'extrait joint du procès-verbal de la décision du conseil d'administration de la SOFICO du 10 décembre 2013, les motifs de la non-sélection de la requérante sont les suivants :

" Etant donné que la société SBE ne satisfait pas aux conditions imposées pour la sélection qualitative pour les motifs suivants :
• Le coordinateur de sécurité et de santé ne dispose pas de l'expérience professionnelle prescrite pour mener la mission de coordinateur-projet et réalisation en vertu de l'arrêté-royal du 25 janvier 2001;
• La preuve que le soumissionnaire dispose d'au moins une licence du logiciel informatique Flac/Flac3D n'est pas fournie;

Etant donné que la société SBE ne peut dès lors être sélectionnée".

Par la même décision, la SOFICO a entendu constater l'anormalité apparente des prix offerts par la requérante en s'exprimant ainsi qu'il suit :

" Les taux T offerts par les sociétés Arcadis Belgium et S.B.E. sont irréalistes pour mener à bien les missions demandées dans le cadre de ce marché vu la complexité ainsi que la durée des étude (27 mois) et travaux (environ 45 mois).

Le taux normal pour les études faisant l'objet du poste 1 devrait être très proche de 4,70% et non de 2,94 et 2,6%.

Les autres prix des offres sont normaux.

Conclusions
- Le montant de l'offre de la société Arcadis Belgium apparait anormalement bas.
- Le montant de l'offre de la société momentanée Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering est normal.
- Le montant de l'offre de la société S.B.E. apparaît anormalement bas.".

Les offres ont fait l'objet d'une comparaison détaillée et celle de la requérante a été classée en deuxième position comme l'indique le tableau suivant, qui figure à la page 38/39 de l'extrait du procès-verbal de la décision attaquée :

" Considérant qu'il appert de l'offre de la société momentanée Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering est plus intéressante que celle des sociétés Arcadis Belgium et S.B.E, en effet la comparaison des offres amène la cotation suivante :

	Coût	Méthode	Organisation de l'équipe	Prestations complémentaires	Enjeux environnementaux	Pondéré/100
Poids	54%	29%	7%	5%	5%	
S.A.Arcadis Belgium	100	34	25	0	22	66,71
SM Bureau d'études Greisch-Tractebel-Engineering	58	85	85	86	78	70,12
S.A. S.B.E.	94	30	50	73	22	67,71

Par conséquent, en vertu des dispositions spécifiques du cahier spécial des charges relatives à l'arrondi des nombres résultants du calcul des points relatifs au coût, les offres sont classées de la manière suivante et recueillent les points suivants :

Offre de la S.M. Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering : 70,12 points
Offre de la société S.B.E. : 67,71 points
Offre de la société Arcadis Belgium : 66,71 points.
Etant donné que l'offre de la société momentanée Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering est en très bonne adéquation avec la mission ;
Pour ces motifs, le Conseil d'Administration décide, sous réserve de l'avis favorable de la DG02
• De ne pas sélectionner les sociétés Arcadis Belgium et S.B.E.;
• D'attribuer le présent marché à la société momentanée Bureau d'études Greisch-Tractebel Engineering pour un montant de 4.121.240€ HTVA (4.986.700,40€ TVAC).".

IV. INTERVENTION

Par une requête introduite le 31 janvier 2014, les sociétés anonymes BUREAU D'ETUDES GREISCH et TRACTEBEL ENGINEERING, ayant formé

une société momentanée, ont demandé à intervenir dans la présente procédure.

Ces sociétés étant les attributaires du marché, elles ont intérêt à se porter parties intervenantes.

Rien ne s'oppose à ce que leur requête soit accueillie.

V. EXTREME URGENCE

La partie adverse a fait savoir à la requérante par télécopie du 12 décembre 2013 que son offre n'avait pas été sélectionnée.

La présente requête a été introduite par courrier recommandé ainsi que par télécopie le 26 décembre 2013.

La requête a été introduite dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

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

VI. PREMIER MOYEN

VI.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 110, § 3 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, du principe de la légalité des motifs et de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de proportionnalité et de bonne administration, de l'insuffisance, de l'absence et de l'erreur dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

En une première branche, elle fait valoir le caractère anormalement élevé de l'offre de la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING. Elle se réfère à l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et énonce que cette disposition reconnaît au pouvoir adjudicateur un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans l'attribution du marché, tempéré par certains mécanismes visant à

sanctionner le dépôt d'offres aberrantes et non réalistes, qu'elles soient anormalement basses ou anormalement élevées.

Elle rappelle que, lors de la séance d'ouverture des offres, le 6 novembre 2012, trois entreprises ont remis les prix suivants :

1. la société Arcadis Belgium, pour un montant de 2.620.900,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée,
2. la société momentanée Bureau d'Etudes Greisch - Tractebel Engineering, pour un montant de 4.121.240,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée,
3. la société anonyme S.B.E., pour un montant de 3.076.288,50 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Elle rappelle encore que le cahier spécial des charges prévoit plusieurs critères pour évaluer le prix, qui joue pour cinquante-quatre points sur cent dans l'appréciation des offres :

" Coûts-Valeur du critère : 54 points :

L'attractivité de l'offre, si le montant M total de l'offre HTVA est inférieur ou égal à 3 500 000 € est régie par l'équation suivante :

$Att \leq_{3500000} = 130{,}00\text{-}1{,}143*10^{-5}*M$

Et si le montant M total de l'offre HTVA est supérieur à 3 500 000 € l'attractivité est régie par l'équation suivante :

$Att >_{350000} = 268{,}57\text{- }5{,}102*10^{-5}*M$

La valeur de l'attractivité ainsi calculée est arrondie à l'unité inférieure.

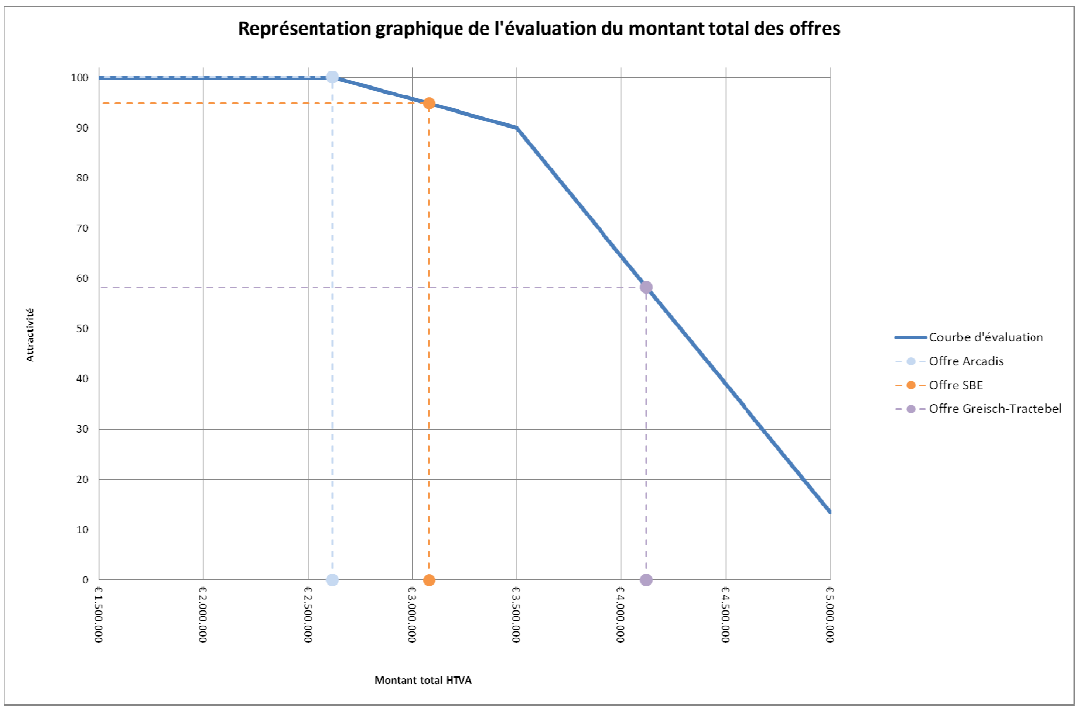
Ainsi, 60% des points de ce critère sont accordés lorsque le montant total de l'offre HTVA atteint 4 088 000 € et 90% des points de ce critère sont accordés lorsque le montant total de l'offre HTVA atteint 3 500 000 €.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'apprécier l'anormalité de la valeur d'une offre et des prix".

La requérante soutient que, sur la base des principes de droit rappelés par le moyen, la partie adverse devait procéder à une analyse sérieuse des prix remis par chacun des soumissionnaires et les comparer en fonction des formules qu'elle avait elle-même arrêtées pour juger de leur "attractivité".

S'appuyant sur un "graphique d'attractivité", la requérante affirme qu'"il ressort de ces formules que, pour obtenir un nombre de points correct, soit situé entre 90 et 100, et avoir des chances d'obtenir le marché, le critère du prix jouant pour 54 points sur 100, la SOFICO a fort probablement estimé, sur la base de son

expérience pour les écluses similaires de Ivoz-Ramet et Lanaye, que le prix normal du marché devait raisonnablement se situer dans une fourchette de 2,5 à 3,5 millions d'euros.



"

S'appuyant sur cette représentation graphique, la requérante dit constater que la société ARCADIS a remis le prix le plus bas pour obtenir cent points, qu'elle même a arrêté son prix global pour obtenir une évaluation de nonante-cinq points et que la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING a, quant à elle, "manifestement remis un prix anormalement élevé puisque, selon les analyses mêmes de la SOFICO, son offre se situait 26 % au-delà de la moyenne des trois offres déposées" alors que sa propre offre est "parfaitement dans la moyenne puisque se situant seulement 6% au-delà".

La requérante conclut que le prix remis par la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING paraît excessif, que "la SOFICO aurait dès lors dû, à l'issue d'une comparaison effective des prix, avoir son attention attirée et l'interroger sur son prix global qui aurait dû être suspecté d'être anormalement élevé, ce qu'elle s'est bien gardé de faire".

Elle estime que, si elle avait des doutes, la SOFICO aurait dû être plus prudente et approfondir ses recherches par rapport à l'anormalité des prix en demandant à l'ensemble des soumissionnaires la justification de leurs prix.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la première branche du moyen qu'en affirmant que le prix normal du marché aurait raisonnablement dû se situer dans une fourchette de prix située entre 2,5 et 3,5 millions d'euros hors taxe sur la valeur ajoutée, la requérante avance une prémisse erronée, puisque la partie adverse s'est, quant à elle, basée sur une valeur estimée du marché de l'ordre de 3,5 millions d'euros hors taxe sur la valeur ajoutée, que la requérante confond prix attractif et prix anormal, qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un marché de travaux passé par adjudication, mais d'un marché de services passé par appel d'offres dans lequel, par hypothèse, d'autres critères que celui du prix entrent en considération, que la manière dont la requérante semble avoir établi ses prix "est étonnante et peu orthodoxe au regard de la réglementation des marchés publics", qu'elle indique, en effet, qu'elle a arrêté son prix global "pour obtenir une évaluation de 95 points" et non en fonction de son estimation du volume de travail ou encore de ses coûts de revient, qu'une telle manière de procéder est purement artificielle, que la décision attaquée se réfère à la motivation du rapport d'analyse des soumissions à propos de la régularité des prix, que cette motivation fait apparaître, d'une part, qu'elle a procédé à un examen rigoureux des prix offerts par les différents soumissionnaires et qu'elle a, pour ce faire, appliqué la même méthode à toutes les soumissions et que, d'autre part, elle a considéré que le prix offert par la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING était normal et que le montant global de l'offre l'était tout autant.

C. Requête en intervention

Les parties intervenantes font valoir, quant à la première branche du moyen, que la décision attaquée révèle "une analyse précise des montants offerts et des taux appliqués et ce, par référence au tableau de classification des pourcentages applicables aux missions usuelles de conception, d'études, de contrôle et d'exécution des travaux et de collaboration réception en fonction en outre de la spécificité de la difficulté des ouvrages".

Elles affirment que, "pour l'étude d'un ouvrage exceptionnel, une écluse de 225 m x 25 m là où l'écluse actuelle est de 55 m de long sur 7,5 m de large, la partie adverse a, de manière très précise, détaillé l'objet et la description de la mission dans l'article 1er des clauses techniques page 2/43 à 4/43, dans l'article 2 Coordination générale des études page 5/43 à 8/43, dans l'article 3 La chronologie et le contenu des études page 9/43 à 32/43, dans l'article 4 Les exigences de format des documents et procédure, page 33/43 à 40/43 et dans l'article 5 Les contraintes de conception, page 41/43 à 43/43".

Elles soutiennent qu'elles ont remis un prix leur permettant d'exécuter de manière sérieuse et responsable l'ensemble de la mission dans tous ses aspects, qu'elles ont retenu le taux de 4,70 pour cent qui constitue la fourchette minimale des pourcentages applicables aux missions usuelles de conception, d'études, de contrôle et d'exécution de travaux et de collaboration réception en fonction de la complexité de l'ouvrage.

Elles constatent que, dans son tableau n°1 en page 2/39, la SOFICO relève que le montant de l'offre de 4.121.240 euros hors taxe sur la valeur ajoutée est plus élevé de dix-huit pour cent par rapport à son estimation tandis que par référence au taux d'honoraires, l'écart est de deux pour cent.

Elles soutiennent que la partie adverse a pu, dans les limites de l'exercice sérieux de son pouvoir, apprécier le caractère normal ou non du montant des offres par rapport à son estimation et aux éléments de référence en sa possession.

Elles affirment que le régime de la Meuse est considéré comme turbulent voire torrentiel, dans la mesure où son débit peut varier en quelques jours de 25m^3 par seconde à 2.500 m^3 par seconde, soit un rapport de 1 à 100, que son niveau peut s'élever pendant la même période de plus de 5 mètres et qu'au surplus, l'ouvrage à aménager présente les particularités suivantes :

" - la construction de la nouvelle écluse d'Ampsin nécessite la suppression d'un des cinq pertuis du barrage éponyme ; cela nécessite des interventions délicates et donc, des études et prestations particulièrement pointues (transformation d'un ouvrage et d'équipements et services) afin d'anticiper tous les problèmes possibles et ainsi de garantir la bonne réussite du projet;

- la construction sur la rive opposée (à côté de la centrale hydroélectrique en service) d'un évacuateur de crue avec ouvrage routier de franchissement et d'une échelle à poissons".

Elles soutiennent qu'il a été tenu compte de ces particularités par la SOFICO, notamment dans l'appréciation du prix remis par la société momentanée GREISCH - TRACTEBEL ENGINEERING, comme cela résulte de la décision motivée du 10 décembre 2013.

Elles concluent que la requérante a analysé le critère "prix" et sa méthode de valorisation des points en cherchant à déterminer au départ des formules comment "obtenir le nombre de points corrects situés entre 90 et 100" et "avoir des chances d'obtenir le marché, le critère du prix jouant pour 54 points sur 100", qu'elle a supposé que la SOFICO avait estimé "que le prix normal du marché devait raisonnablement se situer dans une fourchette de prix entre 2,5 et 3,5 millions d'euros" et qu'ainsi, elle ne

tente de justifier son prix que par son analyse et son interprétation de l'importance du critère prix et de son mode de cotations.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, la partie adverse paraît pouvoir être suivie en ce qu'elle oppose que, par la première branche de son premier moyen, la requérante énonce une prémisse erronée.

Il n'apparaît pas, en effet, que le prix offert par la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING aurait dû être considéré comme anormalement élevé par la partie adverse.

En l'affirmant, la requérante paraît bien ne pas tenir compte de ce que le marché en cause est un marché de services passé par appel d'offres, dans le cadre duquel, ainsi que le soutient la partie adverse, d'autres éléments que celui du prix entrent en considération.

De manière plus déterminante, la requérante paraît omettre que la valeur du marché a été estimée par la partie adverse à 3.500.000 euros, aux termes du rapport d'analyse des offres, en manière telle que le prix de 4.121.240 euros hors taxe sur la valeur ajoutée offert par la société momentanée GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING a pu lui apparaître comme n'étant pas anormalement élevé.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa première branche.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen "fondé sur la violation de l'obligation de motivation formelle et matérielle, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la légalité des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.".

Elle fait valoir que "dès que l'autorité adjudicatrice prend sa décision d'attribution, elle se doit de communiquer à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été sélectionnée ou a été jugée irrégulière, les motifs de sa non-sélection ou de son éviction, et les extraits de sa décision motivée.".

Elle affirme que la décision d'évincer ou de ne pas sélectionner une offre doit, comme toute décision administrative à portée individuelle, être formellement motivée, qu'elle doit contenir l'indication des éléments de droit et de faits lui servant de fondement, que la motivation exigée doit être adéquate et que "la vérification des motifs contient successivement : l'examen sur l'existence des motifs, ensuite sur l'exactitude réelle des motifs, sur la vérification juridique de la justesse des motifs et finalement, sur le rapport raisonnable ou non entre les motifs et le contenu de la décision".

Elle soutient que l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration de la SOFICO du 10 décembre 2013 ne comporte aucune motivation ni aucune considération de fait valable pouvant servir de fondement à la décision de ne pas sélectionner son offre et que c'est en totale contradiction avec le contenu même de son offre qu'elle a pris la décision de ne pas la retenir dans le cadre de la phase de sélection qualitative.

La requérante affirme que, pour ce qui concerne le coordinateur de sécurité et de santé, en page 6/33 des clauses administratives du cahier spécial des charges, les documents suivants étaient requis par le pouvoir adjudicateur :

" Une copie du diplôme délivré par un organisme agréé, conforme aux exigences de l'Arrêté royal du 25 janvier 2001 et ses modifications ultérieures, la preuve que le coordinateur satisfait aux exigences en matières d'expérience professionnelle posée par l'article 56 § 1er dudit arrêté, et la fiche d'identité du coordinateur de sécurité santé complétée et signée.".

Elle rappelle que l'article 56, § 1er, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles précise ce qui suit :

" Les personnes qui veulent exercer la fonction de coordinateur sur un chantier temporaire ou mobile pour lequel un plan de sécurité et de santé est exigé en application de l'article 26, § 1er ou § 2, doivent pouvoir apporter la preuve qu'ils satisfont aux exigences suivantes en matière d'expérience professionnelle utile et de diplômes:

1° deux ans d'expérience professionnelle pour les titulaires d'un diplôme d'ingénieur ou d'un diplôme de fin d'études de l'enseignement technique supérieur de niveau universitaire ou de l'enseignement technique ou artistique supérieur de type long;

2° cinq ans d'expérience professionnelle pour les titulaires d'un diplôme de fin d'études de l'enseignement technique supérieur de type court;

3° dix ans d'expérience professionnelle pour les titulaires d'un diplôme de l'enseignement secondaire supérieur.".

Elle affirme que le dossier de compétences de Fabrice GYSENS, proposé

comme coordinateur de sécurité et de santé de niveau A, fait apparaître que celui-ci satisfait à ces obligations légales et contractuelles puisque, d'une part, il dispose du diplôme requis (coordinateur sécurité et santé de niveau A depuis 1999) et que, d'autre part, il jouit d'une expérience professionnelle "relevante" et en parfaite adéquation avec ce qui est requis par le pouvoir adjudicateur et par l'arrêté-royal précité.

La requérante énonce que :

" il échet de mettre en exergue que le «dossier de compétences avec copie des diplômes» démontre clairement que Monsieur F. Gysens :
- Possède le diplôme de base de coordinateur sécurité et santé obtenu en 1999 (annexe A)
- A clairement réussi l'examen relatif à la formation spécifique pour coordinateur sécurité santé sur les chantiers temporaires ou mobiles régie par l'arrêté royal du 25 janvier 2001 modifié par l'arrêté-royal du 19 décembre 2001 (annexe B)
- En 2000, a été formateur dans le cadre de « chantiers temporaires ou mobiles » (AICF et IFCC)
- A suivi et réussi en juillet 1999 un cours de formation complémentaire chantiers temporaires ou mobiles de niveau A (annexe C)

En outre, étant titulaire d'un diplôme d'ingénieur industriel, il jouit bien de l'expérience professionnelle de deux ans telle qu'exigée par l'article 56 de l'arrêté-royal du 25 janvier 2001, puisqu'il présente de nombreuses références en coordination de chantier et ce, depuis 2001 :

Références en coordination de chantier
2006-2007 Nouveau siège de l'OTAN, Evère
2005-2006 Swap & Refresh Mobistar
2005-2006 Chantiers pour le Groupe BESIX
2004-2005 Rue Charlemagne-L'Esplanade, Louvain-La-Neuve
2002-2003 City-Atrium, Bruxelles
2002-2003 Réseau TGV-Projet 2353, Bruxelles
2002-2003 Bureaux Hôpital Militaire, Ixelles
2001-2002 Rénovation de bâtiment administratif, Bruxelles

De plus, Monsieur F. Gysens affirme également expressément disposer d'une expérience professionnelle en conception et gestion de chantiers depuis 1998 :

Capacité d'exercer la coordination sécurité et santé de niveau A

Article 56 de A.R.
• Diplôme d'ingénieur industriel obtenu en 1997 (annexe A)
• Expérience professionnelle (conception et gestion de chantiers) depuis 1998.

En bref, Monsieur F. Gysens possède une expérience professionnelle relevante de plus 15 ans et jouit bien de l'expérience telle que demandée et spécifiée par l'arrêté-royal du 25 janvier 2001, ce que le pouvoir adjudicateur ne peut valablement contester.".

La requérante poursuit en admettant que dans le dossier de sélection qualitative qu'elle a déposé, la "fiche d'identité-déclaration sur l'honneur" signée par Fabrice GYSENS "souffre d'une erreur matérielle au niveau de sa page 2 dans la mesure où il a été indiqué zéro année d'expérience pour la conception d'un projet

d'ouvrage ou à l'ingénierie, et concernant la direction d'un chantier temporaire ou mobile ou à la gestion et au suivi des travaux sur un tel chantier".

Elle affirme que "la réalité est bien évidemment toute autre et l'existence d'expérience dans le chef de Monsieur F. Gysens ne pouvait en aucun cas être niée par la SOFICO car à suffisance démontrée par le dossier de compétences de Monsieur F. Gysens ainsi que par l'ensemble des documents qui lui ont été remis", que "cette expérience n'est en outre pas inventée de toutes pièces pour les besoins de la cause puisque, dans un dossier d'offre introduit par la SA SBE le 26 novembre 2009 auprès de la Direction des Voies hydrauliques de Tournai (SPW) - C.S.Ch. n°02.04.01-09 E 24, Monsieur F. Gysens avait d'ores et déjà été présenté comme coordinateur sécurité santé et sa fiche d'identité, à cette époque, avait été remplie sans erreur, indiquant ainsi une expérience de 11 ans relative à la conception d'ouvrage ou à l'ingénierie et de également 11 ans relative à la direction d'un chantier temporaire ou mobile ou à la gestion et au suivi des travaux sur un tel chantier, précisant comme expérience : nouveau siège de l'OTAN, réseau TGV, bureaux de l'hôpital militaire à Ixelles".

Pour ce qui concerne la preuve de la détention de la licence pour le logiciel informatique Flac/Flac3D, la requérante soutient qu'elle n'était aucunement exigée par les documents du marché, qu'en page 5/33 des clauses administratives du cahier spécial des charges il est uniquement indiqué que "deux des ingénieurs des constructions membres de l'équipe doivent disposer de l'aptitude à utiliser un ou des logiciels de modélisation et de calcul de structures utiles à la réalisation de la mission pour lesquels le prestataire dispose de licences d'exploitation" sans que l'apport de la preuve de la détention de ces licences d'exploitation ne soit explicitement demandé.

Elle ajoute que la fiche mentionnée en page 20/21 du cahier spécial des charges (qualification professionnelle) concernant ces deux ingénieurs n'a pas été déposée dans l'offre de base mais a été apportée par le biais d'un dossier complémentaire en son point 2.2, ce qui était en tout point conforme au cahier spécial des charges, que cette fiche mentionne, pour ce qui concerne J-P. PECQUET, une aptitude à l'utilisation du logiciel FLAC/FLAC3D et indique que celui-ci dispose bien de la licence d'exploitation de ce logiciel, sans toutefois en apporter la preuve, dans la mesure où une telle production n'était absolument pas imposée par le cahier spécial des charges, qu'en outre, en page 7/33, les clauses administratives prévoient que doit être jointe, pour les applications informatiques :

" La preuve que le soumissionnaire dispose d'au moins une licence de chaque logiciel informatique, valable à la date de dépôt de l'offre pour le présent marché, suffisamment évolué pour accomplir la mission et notamment pour :
- La planification Gantt et son suivi;
- La modélisation et le calcul électro-plastique de rideaux de palplanches ou de parois moulées ;

- La modélisation et le calcul de talus.".

La requérante affirme qu'elle a apporté toutes les preuves demandées au point 6.2. de son dossier de sélection qualitative, via deux déclarations sur l'honneur très complètes de son directeur technique J. MEERSSCHAERT et d'un représentant de la société COSEP, B. VAN HOYE :

"

Nom du logiciel	Nombre de licence
Microsoft® Office project Standard 2003	1 licence
Scia Engineer y compris contrat d'assistance et de mise à jour du logiciel	21 licences
D-Sheet Piling y compris contrat d'assistance et de mise à jour du logicel	5 licences
SLOPE/W TALREN 4 PLAXIS 2D PLAXIS 3D y compris contrats d'assistance et de mise à jour des logiciels	1 licence 1 licence 2 licences 1 licence

Nom du logiciel	Nombre de licences
Microsoft® Office 2007	4 licences
Microsoft® Office 2010 Pro	7 licences
Microsoft® Office Home & Business 2010	4 licences
MS Project 2010	2 licences
Autocad 2008 complet	1 licences
Autocad 2013	2 licences

"

Elle déclare qu'"il a été jugé utile de ne pas apporter la preuve de la licence du logiciel Flac/Flac3D, destiné à de la modélisation géotechnique, à la stabilité et aux déformations du terrain, dans la mesure où d'autres logiciels étaient jugés par la SA SBE plus opportuns pour accomplir la mission demandée par le pouvoir adjudicateur et notamment pour le calcul de talus" et qu'"il a ainsi été fait choix de fournir la preuve de licence pour l'ensemble des logiciels suivants, ce qui était tout-à-fait conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges :

" 1. Logiciel de planification Gantt et son suivi

MICROSOFT PROJECT 2010 COSEP
MICROSOFT® OFFICE PROJECT STANDARD 2003 SBE

2. Logiciel de modélisation et de calcul des structures en trois dimensions
SCIA ENGINEER 2012 SBE
(http://www.scia-online.com/fr/scia-engineer.html)

3. Logiciel de modélisation et de calcul E-P
de rideaux palplanches/parois moulées
D-SHEET PILING SBE
(http://www.deltaressystems.com/geo/product/400236/d-sheet-piling1)

4. Logiciel de modélisation et de calcul de talus SBE
SLOPE/W (http://www.geo-slope.com/products/slopew.aspx)
TALREN 4 (http://www.terrasol.com/fr/logiciels/logiciels-terrasol/talren-4)
PLAXIS 2D (http://www.plaxis.nl/shop/135/info//PLAXID+2D/)
PLAXIS 3D (http://www.plaxis.nl/shop/113/info//PLAXID+3D/)

"

La requérante conclut en ces termes :

" quand bien même la preuve de la licence d'exploitation pour le logiciel Flac/Flac3D aurait été imposée, quod non, encore conviendrait-il d'indiquer que dans la présentation globale de la société SBE, en introduction de son dossier de sélection qualitative, il est clairement indiqué qu'elle possède cette licence :

- modèles géotechniques numériques aux différences finies explicites 2D et 3D:
  • Flac (1 licence) - modélisation 2D;
  • Flac3D (1 licence);
  • 3DShop (1 licence) – mailleur automatique 3D (éléments hexaédriques);

- modèles numériques d'écoulements souterrains, couplage avec le calcul géotechnique, détermination de la surface libre de la nappe:
  • PlaxFlow (1 licence) - modélisations 2D;
  • Flac (1 licence) - modélisations 2D;
  • Flac3D (1 licence);

Eu égard à ces développements, la SOFICO ne pouvait imposer la production par la SA SBE de la preuve de détention de la licence d'exploitation pour le logiciel Flac/Flac3D et que, même si il devait être affirmé le contraire, cette preuve était quand même apportée dans l'offre.

La SOFICO ne pouvait dès lors retenir la non-sélection de l'offre de la SA SBE pour ce motif.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le choix opéré par la SOFICO de ne pas sélectionner l'offre de la SA SBE viole l'obligation de motivation formelle et matérielle ainsi que l'ensemble des dispositions visées au moyen".

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse commence par rappeler que le cahier spécial des charges prévoit parmi les conditions de la sélection qualitative, au titre de la qualité technique, la présence d'un coordinateur en matière de sécurité et de santé de niveau A avec comme référence de qualification professionnelle :

" une copie du diplôme délivré par un organisme agréé, conforme aux exigences de l'Arrêté royal du 25 janvier 2001 et ses modifications ultérieures, la preuve que le coordinateur satisfait aux exigences en matières d'expérience professionnelle posée par l'article 56 § 1er dudit arrêté, et la fiche d'identité du coordinateur de

sécurité santé complétée et signée".

Elle fait valoir que le même cahier spécial des charges précise, quant aux applications informatiques, qu'est demandée :

" La preuve que le soumissionnaire dispose d'au moins une licence de chaque logiciel informatique, valable à la date de dépôt de l'offre pour le présent marché, suffisamment évolué pour accomplir la mission […]".

La partie adverse soutient que s'agissant du coordinateur de sécurité et de santé, la soumission déposée par la requérante le 6 novembre 2012 mentionne en cette qualité Fabrice GYSENS, que cependant le formulaire "Fiche d'identité du coordinateur de sécurité et de santé - Déclaration sur l'honneur" est incomplet, seules les pages 1 et 3 étant jointes à l'offre, qu'il est accompagné d'une fiche, non datée et non signée par l'intéressé, intitulée "dossier de compétences de Fabrice GYSENS", que ce document ne fournit aucune précision quant à l'expérience professionnelle alléguée en conception et gestion de chantiers, que ces indications et précisions ne se retrouvent pas davantage dans les autres documents produits par la requérante, que ce constat aurait pu suffire à écarter l'offre de la requérante au stade de la sélection qualitative, les exigences posées par le cahier spécial des charges en cette matière n'étant pas remplies, que ces éléments devaient être obligatoirement joints à l'offre, mais qu'en outre, compte tenu de l'importance des travaux envisagés et de la mission confiée dans le cadre du marché à l'adjudicataire, il ne pouvait être raisonnablement reproché à la partie adverse de se montrer particulièrement exigeante à propos du choix du coordinateur de sécurité et de santé posé par les soumissionnaires, qu'alors qu'elle n'en avait pas l'obligation, elle a néanmoins décidé d'interroger la requérante en vue d'obtenir des informations complémentaires et que parmi les informations complémentaires communiquées par la requérante le 1er octobre 2013 figure le formulaire complet de la fiche d'identité du coordinateur de sécurité et de santé dont la page 2, manquante dans la soumission déposée le 6 novembre 2012, mentionne notamment ce qui suit :

" Expérience professionnelle

Le coordinateur possède une expérience professionnelle :

4. de 0 ans relative à la conception d'un projet d'ouvrage ou à l'ingénierie

5. de 0 ans relative à la direction d'un chantier temporaire ou mobile ou à la gestion et au suivi des travaux sur un tel chantier".

La partie adverse conclut que les indications et précisions fournies par la requérante ne permettent pas d'établir l'existence, dans le chef de Fabrice GYSENS, de l'expérience professionnelle requise par l'arrêté royal du 25 janvier 2001

concernant les chantiers temporaires ou mobiles et par le cahier spécial des charges et qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir tenu compte d'informations à ce sujet communiquées en 2009 à un autre pouvoir organisateur dans le cadre d'un autre marché, a fortiori postérieurement à la décision entreprise.

La partie adverse entend faire observer encore que "le motif tiré de l'absence de preuve de détention d'une licence afférente au logiciel informatique Flac/Flac3D n'est pas plus contestable et/ou critiquable et permet également de fonder valablement la décision de non-sélection".

Elle fait valoir que "la fiche reprise en page 20/21 du modèle de «déclaration relative à la qualification professionnelle de l'équipe dans le cadre de la sélection qualitative» joint au C.S.Ch., imposait d'identifier le ou les logiciels de modélisation et de calcul de structures utiles à la réalisation de la mission dont l'ingénieur mentionné sur la fiche possède l'aptitude à l'utilisation et dont le prestataire dispose de licences d'exploitation", que cette fiche ne figurait pas dans l'offre déposée par la requérante le 6 novembre 2012, que plutôt que d'écarter son offre dès ce moment, comme elle aurait pu le faire, elle a demandé à la requérante des précisions complémentaires, que par sa réponse adressée le 1er octobre 2013, la requérante est restée en défaut d'établir qu'elle détient une licence d'exploitation du logiciel Flac/Flac3D alors qu'il lui appartenait dans le cadre du dossier de sélection qualitative de fournir la preuve qu'elle dispose d'au moins une licence de chaque logiciel informatique, valable à la date de dépôt de l'offre pour le présent marché.

La partie adverse conclut que cette preuve n'étant pas rapportée, c'est à juste titre qu'elle a considéré que la requérante ne remplissait pas les conditions de la sélection qualitative sur ce point et que celle-ci fait vainement valoir, à la page 22 de sa requête, qu'"il a été jugé utile de ne pas apporter la preuve de la licence du logiciel Flac/Flac3D (…), dans la mesure où d'autres logiciels étaient jugés par la SA SBE plus opportuns pour accomplir la mission demandée par le pouvoir adjudicateur et notamment pour le calcul de talus", alors qu'elle a mentionné explicitement dans son offre, sans que le cahier spécial des charges le lui impose, qu'elle utiliserait le logiciel Flac/Flac3D pour la modélisation et le calcul de structures utiles à la réalisation de la mission.

C. Requête en intervention

Les intervenantes opposent que la requérante ne justifie pas de son intérêt au deuxième moyen qui revient à critiquer l'appréciation de la partie adverse quant au premier volet de sa décision d'écarter l'offre pour non-sélection, qu'il résulte de la décision d'attribution qu'en toute hypothèse, l'offre de la requérante a été comparée

par rapport aux critères d'attribution et qu'à supposer qu'elle puisse être considérée comme régulière, elle ne peut être classée en ordre utile pour faire l'objet d'une décision d'attribution.

A titre subsidiaire, les intervenantes font valoir que le moyen ne porte que sur un problème de motivation non sur la violation des dispositions de la loi, de l'arrêté royal ou du cahier spécial des charges en tant qu'ils régissent la sélection, que, pour le surplus, les développements sont fondés sur des éléments propres à l'offre de la requérante et qu'il résulte des termes mêmes de la requête que la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation sur les documents justificatifs des capacités tels que présentés par la requérante elle-même, qu'elle était tenue de prendre en compte.

Elles affirment que la requérante doit assumer les conséquences de toute erreur ou imprécision à cet égard dès lors qu'en prenant en compte les documents tels que produits, la partie adverse ne peut avoir méconnu le principe de bonne administration ni commis une erreur manifeste d'appréciation.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Par son deuxième moyen, la requérante soutient, en substance, que la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner son offre en contredisant le contenu de celle-ci et, dès lors, sans aucun motif ni motivation valable.

Elle constate que la partie adverse déclare qu'elle ne satisfait pas aux conditions de la sélection qualitative pour deux motifs qui sont, d'une part, le défaut d'expérience prescrite par l'article 56, § 1er, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 de son coordinateur de sécurité et, d'autre part, le défaut de preuve qu'elle dispose au moins d'une licence du logiciel informatique Flac/Flac3D.

La requérante ne conteste pas que la première condition soit imposée par le cahier spécial des charges, en page 6/33.

Elle reproduit l'énoncé de l'article 56, § 1er, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001, qui fait dépendre le nombre d'années d'expérience requis du diplôme, soit d'ingénieur ou de fin d'études de l'enseignement technique supérieur de niveau universitaire ou de l'enseignement technique ou artistique supérieur de type long, soit de l'enseignement technique supérieur de type court, soit de l'enseignement secondaire supérieur.

Elle affirme que la personne qu'elle propose comme "coordinateur sécurité santé de niveau A" remplit ces conditions parce qu'elle dispose "du diplôme

requis (coordinateur sécurité et santé de niveau A depuis 1999)" et parce qu'elle jouit d'une expérience professionnelle en parfaite adéquation avec ce qu'exige le pouvoir adjudicateur et l'arrêté royal précité.

Malgré le développement qu'elle donne à cette argumentation, la requérante reconnaît que dans le dossier de sélection qualitative qu'elle a déposé, la fiche d'identité signée par la personne présentée comme coordinateur "souffre d'une erreur matérielle au niveau de sa page 2 dans la mesure où il est indiqué zéro année d'expérience pour la conception d'un projet d'ouvrage ou à l'ingénierie et concernant la direction d'un chantier temporaire ou mobile ou à la gestion et au suivi des travaux sur un tel chantier".

La requérante soutient toutefois que, "la réalité étant toute autre", la partie adverse ne pouvait décider de ne pas sélectionner son offre sur le fondement de cette seule erreur, les compétences de la personne présentée étant, à son estime, démontrées à suffisance par le dossier et l'ensemble des documents transmis.

Elle déclare que l'expérience requise est attestée en outre par le dossier d'offre qu'elle a introduit le 29 novembre 2009 auprès de la direction des voies hydrauliques de Tournai, en faisant état d'une expérience de onze ans relative à la conception d'ouvrage ou à l'ingénierie et également de onze ans relative à la direction d'un chantier temporaire ou mobile.

La requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en cette argumentation.

Prima facie, c'est à juste titre que la partie adverse lui oppose que, compte tenu de l'importance des travaux envisagés, elle devait se montrer particulièrement exigeante à propos du choix du coordinateur de sécurité et de santé.

Les pièces de la procédure font apparaître que la soumission déposée par la requérante le 6 novembre 2012 comportait certes le formulaire "fiche d'identité du coordinateur de sécurité et de santé - Déclaration sur l'honneur", mais que seules les pages 1 et 3 étaient jointes à l'offre, ce document étant accompagné d'une fiche, non datée et non signée, qui ne comportait aucune précision quant à l'expérience professionnelle alléguée.

La partie adverse souligne, prima facie à juste titre, qu'alors qu'elle n'en n'avait pas l'obligation, elle a décidé néanmoins d'interroger la requérante en vue d'obtenir des informations complémentaires.

Elle relève et il se vérifie que, dans le dossier complémentaire daté du

30 septembre 2013 que lui a communiqué la requérante, figure le formulaire de la fiche d'identité du coordinateur de sécurité et de santé, cette fois complète puisqu'elle comporte la page 2 initialement manquante dans la soumission déposée le 6 novembre 2012, mais que celle-ci mentionne :

" Expérience professionnelle

Le coordinateur possède une expérience professionnelle :
4. de 0 ans relative à la conception d'un projet d'ouvrage ou à l'ingénierie
5. de 0 ans relative la direction d'un chantier temporaire ou mobile ou à la gestion et au suivi des travaux sur un tel chantier".

Dans ces conditions, la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle affirme qu'il ne s'agit que d'une erreur matérielle, que le pouvoir adjudicateur pouvait aisément corriger par la consultation du dossier.

Il apparaît bien plutôt que la partie adverse a pu, prima facie, décider que la requérante ne remplissait pas l'une des conditions de la sélection qualitative sans méconnaître aucune des dispositions et principe visés au moyen.

C'est à juste titre encore, prima facie, que les parties intervenantes affirment que la requérante doit assumer les conséquences de toute erreur ou imprécision et qu'en prenant en compte les documents tels qu'elle les a produits, la partie adverse n'a ni manqué au principe de bonne administration ni commis une erreur manifeste d'appréciation.

Pour le surplus, c'est en vain que la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir tenu compte, dans l'appréciation qu'elle a portée sur son offre dans le cadre du présent marché, d'informations communiquées en 2009 à un autre pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un autre marché.

En l'espèce, prima facie, le seul motif tiré de l'absence de preuve de l'expérience professionnelle requise dans le chef du coordinateur de sécurité et de santé a suffi à justifier la non-sélection de la requérante.

A cela s'ajoute que l'offre de la requérante ne paraît pas répondre à la seconde condition de sélection énoncée par la partie adverse, étant d'apporter la preuve que le soumissionnaire dispose d'au moins une licence de chaque logiciel informatique valable à la date du dépôt de l'offre pour le présent marché.

Il se vérifie en effet, ainsi qu'il l'est mentionné à la page 16/84 du rapport d'analyse des offres, que la déclaration de la requérante relative à sa capacité technique – applications informatiques, point 6.2 de son dossier, ne mentionne pas le

logiciel Flac/Flac3D et que la "fiche qualification professionnelle p 20/21 de son dossier complémentaire du 30 septembre 2013 " ne paraît pas suffire à établir qu'elle dispose en propre de ce logiciel.

Compte tenu du point 3.5 Applications informatiques des clause administratives du cahier spécial des charges, qui précise que le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il dispose d'au moins une licence de chaque logiciel informatique, la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle affirme qu'elle a jugé utile de ne pas apporter la preuve de la disposition de la licence du logiciel Flac/Flac3D dans la mesure où elle estimait que d'autres logiciels étaient plus opportuns pour accomplir la mission demandée.

Il apparaît, dès lors, au terme d'un examen en extrême urgence, que la partie adverse a pu décider, le 10 décembre 2013, que la requérante ne remplissait pas les conditions de la sélection qualitative.

Le deuxième moyen ne paraît pas sérieux.

En conséquence, prima facie, la requérante, se trouve du même coup hors jeu.

On n'aperçoit pas quel pourrait être son intérêt à son premier moyen, en ses deuxième et troisième branche, par lesquelles elle entend justifier la régularité de son offre quant à son prix.

On n'aperçoit pas davantage quel pourrait être son intérêt à son troisième moyen, par lequel, sous différents angles d'analyse, elle met en cause l'appréciation de son offre et de celle de l'adjudicataire par la partie adverse, en alléguant que son offre a été sous évaluée par comparaison à celle de l'adjudicataire, qu'elle prétend, à l'inverse, surévaluée.

Quant bien même ce moyen serait reconnu sérieux, il n'apparaît pas que la requérante puisse en tirer quelqu'avantage, à défaut de remplir les conditions de la sélection qualitative.

VIII. BALANCE DES INTERETS

Aucun des moyen de la requête n'apparaissant recevable ou sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner si les conséquences négatives de l'éventuelle suspension de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

IX. CONFIDENTIALITE DES PIECES

IX.1. Thèse des parties

La requérante demande que les pièces reprises dans sa farde IV, étant une copie de son offre complète, soient considérées comme confidentielles.

Elle fait valoir que le traitement confidentiel de ces pièces est demandé pour les raisons suivantes :

" L'offre présente de nombreuses données confidentielles d'entreprise dont notamment la structure des prix de la SA SBE. Ce motif est d'autant plus important que le critère du prix, dans le cadre de l'appel d'offre litigieux, est déterminant pour 54 points sur 100.

Les données reprises dans l'offre doivent être considérées comme des informations commerciales très sensibles et relevant dès lors du secret des affaires consacré par l'article 8 de la CEDH et l'article 22 de la Constitution.

La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'instance chargée d'examiner le recours (le Conseil d'Etat) 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.

La publicité de ces données offrirait un avantage déraisonnable à d'autres parties ou à des tiers lors de marchés futurs. Un spéculateur pourrait ainsi obtenir des informations commercialement très sensibles, et prendre connaissance de la méthode appliquée par les parties sur le marché. La divulgation des offres serait pour les deux parties extrêmement préjudiciable et nuirait gravement à leurs intérêts commerciaux.

Compte tenu des éléments repris ci-dessus, l'intérêt de la publicité du contenu des documents dont question ne peut en aucun cas l'emporter sur les intérêts commerciaux légitimes des parties concernées. Ces derniers intérêts doivent être protégés en gardant confidentielles les offres de toutes les autres parties et les tiers".

La partie adverse demande pour sa part que soient soustraites à la consultation de la requérante ou de tout tiers intéressé les trois offres déposées dans le cadre du marché litigieux, ainsi que les compléments y apportés, en précisant que ces différents documents figurent dans la sous-farde II du dossier administratif.

IX.2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'y a pas lieu de lever la confidentialité des offres des sociétés ARCADIS BELGIUM, GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING et STUDIEBUREAU VOOR BOUWKUNDE EN EXPERTISES.

PAR CES MOTIFS
DECIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme BUREAU D'ETUDES GREISCH et par la société anonyme TRACTEBEL ENGINEERING, ayant formé une société momentanée, est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres des sociétés ARCADIS BELGIUM, GREISCH-TRACTEBEL ENGINEERING et STUDIEBUREAU VOOR BOUWKUNDE EN EXPERTISES demeureront 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 liquidés à la somme de 425 euros sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatorze février deux mille quatorze par :

M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.