

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 226.883 du 25 mars 2014

A.211.746/VI-20.157

En cause :

la s.a. Strabag Belgium,
ayant élu domicile chez
Mes F. JUDO & A. VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,

contre :

**l'Insitut wallon de Formation en Alternance
et des Indépendants et Petites et Moyennes Entreprises,
(IFAPME)**
ayant élu domicile chez
Mes B. LOMBAERT & M. THOMAS, avocats,
rue de Loxum, Central Plaza 25
1000 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT DE LA XV^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 24 février 2014 par la s.a. Strabag Belgium, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision du 5 février 2014 prise par l'administrateur général de l'Institut wallon de Formation en Alternance et des indépendants et Petites et Moyennes Entreprises – IFAPME – d'attribuer le marché de travaux portant sur la construction d'un centre de compétence à Verviers – réalisation du gros-œuvre et aménagement des abords à la s.a. Franki pour un montant de 2.150.427,13 € HTVA (2.602.016,83 € TVAC), qui lui a été notifiée par pli recommandé du 7 février;

Vu l'ordonnance du 25 février 2014 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 19 mars 2014 à 9 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me A. VANDEBURIE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Mes B. LOMBAERT & M. THOMAS, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. L. JANS, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Faits

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

La partie adverse a publié le 22 juin 2013 au *Bulletin des Adjudications* et le 26 juin au *Journal Officiel de l'Union européenne* un avis de marché relatif à un marché public de travaux intitulé «construction d'un centre de compétence à Verviers-réalisation du gros-œuvre et aménagement des abords», ayant pour objet les travaux, la fourniture, le transport, la main d'œuvre et tous les moyens nécessaires aux travaux de réalisation du gros-œuvre fermé et d'aménagement des abords d'un bâtiment destiné à héberger son nouveau centre de compétence *Construform*. Il s'agit d'un marché passé par appel d'offres et soumis à la publicité européenne. Les critères d'attribution sont définis et pondérés de la manière suivante par l'article 3.11 du cahier spécial des charges:

«1. Montant de l'offre (85 points)

Suivant le cahier spécial des charges et le métré descriptif établis par l'auteur de projet.

2. La planification (15 points) (délais d'exécution exprimés en jours calendriers) subdivisée en:

a) Le planning d'intention (10 points)

Ce planning mentionnera au moins les principales phases d'exécution c'est-à-dire: fondations, égouttages, maçonneries portantes, couverture, pose des menuiseries, revêtements des façades et abords.

Il sera établi par le soumissionnaire en tenant compte des délais mentionnés dans les deux sous-critères visés au point b et c ci-après.

Les points seront attribués en fonction des deux sous-sous-critères suivants:

- la cohérence du planning fourni (5 points)

- la clarté du document fourni (5 points)

b) Le délai minimal d'exécution des travaux nécessaires pour permettre l'accessibilité au bâtiment par les entreprises de techniques spéciales (3 points)

Le soumissionnaire proposera un délai (compris dans le délai global) pour la fermeture du gros-œuvre, offrant au bâtiment une étanchéité à l'eau et à l'air. Le but de ce critère est d'assurer les conditions nécessaires et suffisantes pour permettre l'exécution des travaux HVAC, sanitaire et électricité du marché qui sera publié ultérieurement.

Le soumissionnaire qui proposera le délai le plus court obtiendra la totalité des points.

c) La réduction du délai global d'exécution maximal (2 points)

Sachant que les travaux doivent débiter 30 à 40 jours calendrier après la notification et que le délai d'exécution maximal du présent marché est de 350 jours calendrier, le soumissionnaire peut proposer une réduction d'exécution en

jours calendrier. Le soumissionnaire qui ne proposera aucune réduction du délai d'exécution n'obtiendra aucun point pour ce sous-critère».

L'ouverture publique des offres a eu lieu le 25 septembre; dix entreprises ont déposé une offre, dont la requérante et la s.a. Franki. Le 16 octobre la partie adverse a demandé des documents complémentaires à certains soumissionnaires, et notamment:

- à la requérante: un plan d'implantation générale du chantier comme défini dans un document annexé et une liste des travaux semblables et d'une ampleur similaire réalisés au cours des trois dernières années, ainsi qu'un certificat de bonne exécution de travaux similaires à ceux faisant l'objet du marché et pour lequel la réception provisoire a été accordée;
- à la s.a. Franki: un document appelé «annexe 1», portant sur la description des mesures et moyens de prévention et d'exécution prévus par l'entreprise, et un plan d'implantation générale du chantier comme défini dans le document annexé.

Ces documents ont été fournis.

Le 5 février 2014, la partie adverse a attribué le marché à la s.a. Franki. C'est la décision attaquée. Sa motivation relate la procédure suivie, constate que toutes les offres sont régulières et, après analyse des critères fixés par le cahier spécial des charges, attribue les points suivants à la requérante et à la s.a. Franki:

	Franki	Strabag
Montant de l'offre:	83,92 /85	85 /85
Planning d'intention:	10 /10	9,5 /10
Délai:	3 /3	2,23 /3
Réduction du délai:	1,7 /2	1,05 /2
Total:	98,62 /100	97,78 /100

- Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation
- des articles 10 et 11 de la Constitution;
 - des principes d'égalité et de non discrimination;
 - des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
 - de l'article 16 et de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
 - des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit de motivation interne et externe des actes administratifs, ainsi que du principe de diligence, de prudence et de minutie;
 - du principe *patere legem quam ipse fecisti*;

- des articles 89, 110 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de l'article A.3.10 et A.3.11 du cahier spécial des charges;
- et de l'excès de pouvoir, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation;

en ce que, première branche, l'offre de la s.a. Franki est nulle en raison du caractère irréaliste du délai minimal d'exécution des travaux nécessaire pour permettre l'accessibilité au bâtiment par les entreprises de techniques spéciales;

en ce que, deuxième branche, l'offre de la s.a. FRANKI n'est pas l'offre économiquement la plus avantageuse, puisqu'elle ne peut être prise en considération dans le cadre du (sous) critère 2.b;

en ce que, troisième branche, l'IFAPME n'a pas fait preuve lors de l'examen des offres de la diligence, de la prudence et de la minutie requise;

en ce que, quatrième branche, la décision attaquée ne repose pas sur une motivation suffisante;

Considérant, sur la première branche, que la requérante soutient que le délai de 180 jours proposé par la s.a. Franki pour l'exécution des travaux nécessaires pour permettre l'accessibilité au bâtiment par les entreprises de techniques spéciales, est irréaliste; qu'elle expose que le démarrage des techniques spéciales nécessite un bâtiment étanche et fermé, dont la construction se divise en douze phases qu'elle détaille (terrassement, fondation spéciale, égouttage intérieur sous bâtiment, terrassement particulier, fondation, structure béton maçonnerie, complément structure acier, complément structure lamellé-collé, tôle de toiture sur lamellé-collé, bardage béton support des finitions de façade, finition des façades, fourniture et pose des châssis, ferronnerie, finitions diverses, ligne de vie, abords); que selon l'évaluation qu'elle estime raisonnable des cinq premières phases, celles-ci nécessitent déjà 214 jours; qu'elle en conclut que l'offre de la s.a. Franki aurait dû être considérée comme irrégulière et écartée, et qu'en ne le faisant pas la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, ou qu'à tout le moins le dossier administratif, devrait faire ressortir précisément les motifs pour lesquels un tel délai a été estimé acceptable;

Considérant que les délais présentés comme réalistes par la requérante sont, au moins pour certains d'entre eux, supérieurs – jusqu'au double – à ceux qu'elle-même propose dans son offre; que l'évaluation qu'elle présente comme réaliste est manifestement surestimée; que ces délais peuvent en outre, se chevaucher, comme elle l'admet dans la requête; que le temps nécessaire à la réalisation de travaux dépend aussi en partie des moyens matériels et humains mis en œuvre;

Considérant que la soumission de la s.a. Franki comporte un planning des travaux et un exposé des moyens qu'elle propose de mettre en œuvre; qu'il en ressort qu'elle projette d'occuper en moyenne vingt personnes sur le chantier, et d'entamer la réalisation de certaines phases de travaux sur des parties du chantier où les phases précédentes sont achevées, quoiqu'elles se poursuivent encore en un autre endroit du chantier; que le planning des travaux présenté dans cette soumission ne comporte aucune aberration qui aurait dû conduire la partie adverse à le considérer comme irréaliste et, partant, à écarter la soumission comme irrégulière; qu'aucune suspicion d'anormalité ne pesant sur cette soumission et sur le planning qu'elle contient, la partie adverse n'était pas tenue de motiver sa décision autrement que par la mention «aucune incohérence n'a été identifiée dans le planning proposé» qui figure en page 17 de la décision attaquée; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la deuxième branche, que la requérante estime que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en prenant l'offre de la s.a. Franki en considération dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère d'attribution relatif au délai, et que ce soumissionnaire aurait dû recevoir la note de 0/3 pour ce critère;

Considérant qu'il résulte de l'examen de la première branche que le délai d'exécution proposé par la s.a. Franki n'est pas manifestement déraisonnable, et que la partie adverse a pu attribuer à cette soumission le maximum des points pour ce critère; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la troisième branche que le «principe de diligence, de prudence et de minutie» n'est pas en soi une règle de droit positif, mais seulement une ligne de conduite à suivre en vue d'éviter de commettre des illégalités, qui, elles, sont la violation de règles de droit; qu'en tant qu'il est pris de la violation de ces règles, le moyen manque en droit; qu'en tant qu'il est pris de l'erreur manifeste d'appréciation, il se confond avec les deux premières branches; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la quatrième branche se confond avec une partie de l'argumentation développée dans la première branche; que, pour les mêmes raisons que celle-ci, en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation:

- des articles 10 et 11 de la Constitution;
- des principes d'égalité et de non-discrimination;

- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de l'article 16 et de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit de motivation interne et externe des actes administratifs;
- des articles 89, 110 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles;
- du principe d'intangibilité des offres;
- du principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- des articles A.3.3., A.3.10. et A.3.11 du cahier spécial des charges et de son annexe II «plan de sécurité et de santé»;
- de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation;

en ce que, première branche, l'offre de la s.a. FRANKI est nulle en raison de l'absence, dans son offre initiale, de l'annexe I «Document à compléter par l'entrepreneur» à l'annexe II du CSC;

et en ce que, seconde branche, l'IFAPME ne pouvant, sans rompre l'égalité de traitement entre soumissionnaires, prendre contact avec la s.a. FRANKI pour qu'elle dépose, après l'ouverture des offres, l'annexe I «Document à compléter par l'entrepreneur» à l'annexe II du CSC, la prise en considération de ce document ne peut être admise, de sorte que l'offre de la requérante ne peut être tenue pour régulière;

qu'au sujet de la première branche, elle cite l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et expose:

- que l'article A.3.3. du cahier spécial des charges mentionne que parmi les documents à joindre à l'offre, se trouvent les documents requis au plan de sécurité et de santé, lequel constitue l'annexe II du cahier spécial des charges;
- que l'article 4 du plan de sécurité et de santé, intitulé «document à fournir par l'entrepreneur», est rédigé comme suit:

«À la soumission

Au stade de la soumission, l'entrepreneur devra compléter le document se trouvant en annexe I et transmettre un plan d'implantation générale de l'installation de chantier. L'offre sera déclarée conforme en matière de sécurité et de santé si et seulement si toutes les conditions ci-dessous sont rencontrées:

- le document “annexe I” comme présenté ci-joint est remis et complété;
- un plan d'implantation générale de chantier comme défini dans le document «annexe I» est remis et satisfait le CSS;
- au minimum 50 % des réponses données dans les documents satisfont le CSS;
- le calcul du prix de la sécurité comme repris dans le document “annexe I” est remis.

Dans tout cas contraire, l'offre sera déclarée non conforme en matière de sécurité et de santé et pourra être dès lors écartée par le Maître de l'Ouvrage.»;

- que le document «annexe I» contient:
 - une déclaration d'intention;
 - une description des mesures et moyens de prévention et d'exécution prévus par l'entreprise;
 - le calcul du prix de la sécurité;
 - un questionnaire portant sur l'entreprise et les interactions avec le chantier;
- qu'en l'espèce, il ressort de l'acte attaqué que l'offre initiale déposée au jour de l'ouverture des offres par la s.a. Franki ne comprenait pas l'annexe I à l'annexe 2 du cahier spécial des charges dûment complétée, et que, par conséquent, l'offre de Franki aurait dû être tenue pour nulle, étant entachée d'irrégularité substantielle;
 - qu'au sujet de la seconde branche, elle indique que la partie adverse, après avoir constaté que l'offre de la s.a. Franki ne contenait pas l'annexe I à l'annexe 2 du cahier spécial des charges, a demandé à ce soumissionnaire de remettre ce document, ce qui fut fait, ensuite de quoi l'offre de ce soumissionnaire a été déclarée régulière;
- que l'article 115, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 autorise le pouvoir adjudicateur à «prendre contact» avec les soumissionnaires, mais seulement «pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre», et que les précisions ou compléments ne peuvent permettre de couvrir une quelconque irrégularité affectant une offre déposée;
 - qu'elle cite de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil d'État en ce sens, et conclut que l'offre de Franki devait être tenue pour irrégulière, que la partie adverse ne pouvait lui demander de transmettre un document dont l'absence constituait une cause de nullité absolue de son offre, et qu'en agissant de la sorte, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen;

Considérant sur la première branche que la soumission de la s.a. Franki comporte sur deux pages un tableau intitulé «Coût des mesures et moyens de prévention du plan de sécurité et de santé», et, sur vingt-deux pages, un document intitulé «Plan de sécurité et de santé»; que le document intitulé «Annexe 1» comprend notamment un tableau de «description des mesures et moyens de prévention et d'exécution prévus par l'entreprise» et un tableau de «calcul du prix de la sécurité» dont le total correspond à celui du document inclus dans la soumission;

Considérant que sur les quatre conditions mentionnées à l'article 4 du plan de sécurité et de santé, seule la première (« le document “annexe 1” comme présenté ci-joint est remis et complété») faisait défaut dans la soumission de la s.a. Franki, mais que la teneur de la plupart des informations à mentionner dans cette annexe y figuraient, et particulièrement le prix fixé pour les mesures contenues dans

le plan de sécurité et de santé; que le défaut de la soumission de la s.a. Franki apparaît dès lors purement formel;

Considérant que la partie adverse a pu, sans violer les dispositions visées au moyen, ne pas considérer cette soumission comme irrégulière, et inviter cette société à déposer ultérieurement, en complément à son offre, un document qui y manquait mais dont la teneur y figurait, présentée d'une autre manière; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la seconde branche, que la partie adverse a invité tous les soumissionnaires qui avaient remis des offres auxquelles certains documents manquaient, à les déposer, nécessairement après la remise des offres; qu'il résulte de l'examen de la première branche que l'irrégularité en cause, purement formelle, n'est pas substantielle; que tous les soumissionnaires ont été traités de la même manière; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation:

- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,
- de l'article 16 et de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services,
- des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit de motivation interne et externe des actes administratifs,
- de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services,
- de l'article 24 du règlement d'ordre intérieur du comité de gestion de l'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises,
- de l'arrêté du Gouvernement wallon du 1^{er} avril 2004 portant approbation du règlement d'ordre intérieur du comité de gestion de l'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises, tel que modifié par l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mars 2012,
- du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*,
- de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation,
- et de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué;

que, se référant à l'article 24 du règlement d'ordre intérieur du comité de gestion de la partie adverse, elle indique que rien dans les documents du marché ni dans la décision d'attribution ne permet de savoir si la proposition du choix du mode de passation et du cahier des charges a été soumise, au préalable pour approbation au

comité de gestion valablement convoqué et réuni, et que si cette formalité n'a pas été accomplie, l'acte attaqué est illégal;

Considérant que le dossier contient un extrait du procès-verbal de la réunion du comité de gestion de la partie adverse du 27 juin 2013, au cours de laquelle ce comité a marqué son accord «sur la procédure d'appel d'offres avec publication européenne, le cahier spécial des charges ainsi que sur les critères d'attribution du marché relatif à la réalisation des travaux du gros-œuvre et abords du nouveau Centre de Compétence de Verviers»; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen qu'elle expose comme suit:

«La partie requérante n'a pas, avant d'introduire son recours, pu prendre connaissance des offres déposées par les autres soumissionnaires, ni du dossier administratif. Il n'est donc pas improbable que l'acte attaqué serait (*sic*) entaché d'autres irrégularités que celles déjà dénoncées.

Si ces irrégularités devaient se confirmer à la lecture des offres des autres soumissionnaires, il faudrait constater la violation, isolément ou de manière combinée:

- des articles 10 et 11 de la Constitution;
- des principes d'égalité et de non discrimination;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de l'article 16 et de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit de motivation interne et externe des actes administratifs;
- des articles 89 à 110 et 114 à 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- du cahier spécial des charges;
- du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*;
- de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation;

L'acte attaqué serait nécessairement entaché d'illégalité s'il devait se confirmer que, l'offre de la s.a. Franki est irrégulière, ou n'est pas la plus avantageuse.

En outre, la lecture de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre pour quels motifs, qu'alors qu'elle apparaissait douteuse (p. 11 de l'acte attaqué), compte tenu de la confusion entre le délai global et la réduction du délai global, l'offre de FRANKI a pu être déclaré régulière et appréciée plus favorablement.

S'il devait se confirmer que les précisions apportées par FRANKI au plus tard par courrier du 17 décembre 2013 ont eu pour effet de modifier le contenu de l'offre de ce soumissionnaire, la décision attaquée serait entachée d'illégalité, compte tenu du principe d'intangibilité des offres consacré par l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.»;

Considérant qu'un moyen consiste en l'indication de la règle de droit dont la violation est alléguée, et celle de la manière dont cette règle a été violée; qu'en l'occurrence, le moyen est formulé de manière entièrement hypothétique, et

n'article à l'encontre de la décision attaquée aucune critique précise qui n'ait fait l'objet des autres moyens; que le moyen n'est pas sérieux;

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre siégeant en référé, le vingt-cinq mars deux mille quatorze, par :

M.	M. LEROY,	président de chambre,
Mme	N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY