

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.922 du 27 mars 2014

G./A.211.720/VI-20.154

En cause : **la société anonyme ELLYPS,**

ayant élu domicile chez
Mes Pierre HENRY et Thierry WIMMER, avocats,
rue du Palais, n° 64,
4800 Verviers,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
CENTR'HABITAT,**

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

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 21 février 2014, la société anonyme ELLYPS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision adoptée par le Conseil d'administration de la SCRL CENTR'HABITAT en sa séance du 28 novembre 2013 déclarant d'une part comme irrégulière et partant nulle de plein droit l'offre de la S.A. ELLYPS et, d'autre part, attribuant le marché public de services pour la désignation d'un bureau d'étude en techniques spéciales pour le remplacement des installations de chauffage dans diverses cités à la SPRL bureau Adem".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 février 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 mars 2014 à 11 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Pierre HENRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, 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

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit:

- " 1. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, la S.C.R.L. CENTR' HABITAT a lancé en septembre 2013 un marché public de services portant sur «la désignation d'un bureau d'étude en techniques spéciales pour le remplacement des installations de chauffage dans diverses cités».
- Ce marché est passé en appel d'offres avec publicité européenne; un avis a été publié au Bulletin des Adjudications du 9 septembre 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne du 13 septembre 2013 [...].
- Il est donc notamment régi par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que par ses arrêtés d'exécution.
- Il est également régi par un cahier spécial des charges portant la référence CSC 013.020 [...].
2. Les critères d'attribution sont définis comme suit :
- «Critère n°1 (40%) : Le montant global des honoraires;
- Critère n°2 (30%) : Les délais cumulés pour les deux phases;
- Critère n°3 (15%) : 1 - Méthodologie et capacité d'analyse (20%);
- 2 - Accompagnement des locataires (10%)»
- [...]
3. Le cahier spécial des charges définit l'objet du marché comme suit :
- «Mission globale de services comprenant aussi bien pour la phase de faisabilité que d'étude et de réalisation :
- Missions
- A. Mission d'auteur de projet
1. techniques spéciales – Chauffage
- B. Mission de coordinateur sécurité
1. Phase projet
2. Phase réalisation

La société de logements de service public, CENTR' HABITAT, possède dans son patrimoine plus de 700 logements, répartis sur divers sites, munis de systèmes de chauffage par générateurs d'air chaud. Ces systèmes présentent par rapport aux normes actuelles des déficiences. Il a été décidé de les désaffecter progressivement aux profits d'autres systèmes plus économiques et plus sûrs.

Dans le cadre de ce marché, il s'agit d'une mission globale en techniques spéciales et de coordination sécurité-santé en vue de l'étude et la réalisation d'un marché de travaux, étalé sur plusieurs années et par phases, visant au remplacement de ces générateurs d'air chaud actuellement en place.

La phase "ETUDE" de la mission aura comme point de départ le rapport d'analyse réalisé en octobre 2012 par le service Entretien de CENTR' HABITAT, joint en annexe, sur la situation des générateurs du parc immobilier.

Cette phase est constituée des étapes suivantes:

- diagnostic de la situation existante (par logement et par site),
- analyse et propositions (en fonction des urgences sécuritaires, de la configuration et typologie des logements, de l'audit énergétique, du budget disponible, etc.),
- estimation des travaux projetés,
- échelonnement/phasage des travaux dans le temps,
- rédaction des cahiers spéciaux des charges en vue des travaux

Cette étude devra permettre au pouvoir adjudicateur d'élaborer un plan d'action global visant au remplacement des générateurs d'air chaud, en proposant une alternative de chauffage, cohérente et durable, adaptée à chaque cas rencontré» [...].

4. Le 28 novembre 2013, la S.C.R.L. CENTR' HABITAT a approuvé le rapport d'examen des offres et a attribué le marché en cause conformément à ce rapport, indiquant expressément qu'il faisait « partie intégrante de la présente délibération» [...].

Ainsi, la S.C.R.L. CENTR' HABITAT a décidé :

«de considérer comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit les offres de :

ELLYPS S.A., cette offre est considérée comme [irrégulière] en regard de la première irrégularité substantielle de l'analyse formelle ainsi que des réserves relevées par le pouvoir adjudicateur quant aux délais d'exécution remis dans le critère n° 2

(...)

d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, en tenant compte des critères d'attribution, soit le bureau ADEM S.P.R.L. ...» [...].

Il s'agit de l'acte attaqué ; il convient d'observer dès à présent que la décision concluant à l'irrégularité repose sur deux [...] motifs distincts.

5. Le rapport d'examen des offres précise :

«4. Examen formel et matériel des offres des candidats sélectionnés

Résumé de l'examen formel (exigences auxquelles les offres doivent satisfaire)

N°	Nom	Régularité formelle
(...)		
7	ELLYPS S.A.	OK - A l'analyse formelle de l'offre, il appert que l'inventaire récapitulatif et de formulaire de soumission sont bien signés par la personne habilitée à signer les documents au nom du soumissionnaire mais ne mentionnent pas de montant final des honoraires, ce qui constitue une irrégularité substantielle en soi. Toutefois, l'inventaire reprend toutes les sommes partielles ce qui rend le calcul possible. A ce stade, le pouvoir adjudicateur considère l'offre comme régulière afin de l'analyser dans sa globalité.
(...)		

Examen matériel des offres

Correction des erreurs de calcul, des erreurs matérielles, ... :

N°	Nom	Remarques
(...)		
7	ELLYPS S.A.	<p>Pas OK</p> <p>1-11 est constaté une erreur dans le calcul des réunions supplémentaires. Le prix doit être multiplié par la quantité, soit 5.000 € HTVA.</p> <p>2 - Les délais d'exécution proposés dans le cadre de ce marché paraissent très courts et peu adaptés en regard de la mission décrite au CSC et des délais usuels rencontrés dans ce type de projet. Les 32 JC [= jours calendriers] prévus laissent peu de place aux imprévus et il est considéré que cette offre exprime des réserves qui ne concordent pas avec la réalité. Cette offre est dès lors irrégulière au sens de l'article 95 de l'AR du 15/07/2011.</p>
(...)		

[...]

6. Conformément à la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information, et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la S.C.R.L. CENTR' HABITAT a communiqué la décision attaquée à la requérante, à la fois par un courrier recommandé et par un courrier électronique – respectivement datés du 5 et du 6 février 2014 [...].

Ce courrier précise chaque fois :

«Conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché précité a été attribué par le Conseil d'Administration le 28 novembre 2013 à un autre soumissionnaire. Vous trouverez, en annexe, la décision motivée du 28 novembre 2013.

Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre offre :

(...)

Cette offre est considérée comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit en regard de la première irrégularité substantielle de l'analyse formelle ainsi que des réserves relevées par le pouvoir adjudicateur quant aux délais d'exécution remis dans le critère n° 2.

Conformément à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous accordons un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de l'envoi de la présente lettre, afin que vous puissiez éventuellement introduire un recours en suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence» [...].

IV. DEUXIEME MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, pris "de l'incohérence et de la contradiction des motifs, de la violation de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matières de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de la violation du principe général de droit de la motivation matérielle et de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et notamment ses articles 2 et 3, du principe général de transparence, du principe de légitime confiance des administrés et de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation". Elle le formule comme suit:

- " En ce que l'acte attaqué considère l'offre de la S.A. ELLYPS comme irrégulière et partant nulle de plein droit en regard de la première irrégularité substantielle de l'analyse formelle ainsi que des réserves relevées par le pouvoir adjudicateur quant aux délais d'exécution remis dans le critère n° 2, sans motiver adéquatement en quoi l'irrégularité susvisée doit être considérée comme substantielle ni le fondement des réserves exprimées;
Alors que l'acte attaqué doit être motivé adéquatement et ne pas contenir de contradiction dans les motifs;
Que le moyen unique est donc sérieux".

Les développements du moyen se présentent comme suit:

- " Attendu que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs précise en ses articles 2 et 3 :
«Art. 2 : Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.
Art. 3 : La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate.»
Qu'ainsi, tout acte doit contenir une motivation suffisante et adéquate en ce qu'elle permet de comprendre le raisonnement de droit et de fait qui a conduit l'autorité administrative à prendre la décision qui fait l'objet de l'acte attaqué ;
Que «motiver une décision, c'est l'expliquer, c'est exposer le raisonnement de droit et de fait, le syllogisme qui lui sert de fondement»; «c'est extérioriser dans son corps même les prémisses logiques, en droit comme en fait, c'est de la part de l'auteur de l'acte, faire apparaître à l'intention des intéressés, la justification de la mise en œuvre de sa compétence en fonction d'une situation déterminée»;
Que la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante en ce qu'elle considère que l'obligation de motivation formelle des actes administratifs définie par la loi précitée du 29 juillet 1991 impose à l'autorité d'indiquer dans le corps de l'acte les considérations de droit et de fait servant de fondement à la mesure qu'elle prend;
Qu'ainsi, «l'exigence de motivation formelle imposée à toute autorité administrative par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs requiert que la motivation exigée soit adéquate et consiste en l'indication, dans l'acte lui-même, des considérations de droit et de fait lui servant de fondement» ;

Attendu en l'espèce qu'il existe une contradiction dans les motifs en ce que le rapport d'examen des offres auquel se réfère le pouvoir adjudicateur en attribuant le marché précise d'une part, lors de l'examen formel de l'offre, que celle-ci est régulière afin de l'examiner dans sa globalité, mais écarte néanmoins in fine ladite offre en raison de «la première irrégularité substantielle de l'analyse formelle»; Que ce revirement de position constitue une contradiction dans les motifs et n'est nullement motivé;

Qu'en outre, l'acte attaqué ne motive en quoi l'irrégularité qu'elle invoque pourrait être considérée comme substantielle, a fortiori quand il précise que l'omission du montant final des honoraires peut être compensée par l'inventaire qui reprend toutes les sommes partielles et qui rend le calcul possible;

Qu'enfin, l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé en ce qui concerne la problématique des délais d'exécution; que la motivation de l'acte ne permet pas de comprendre en quoi les délais d'exécution proposés par la requérante dans son offre ne permettraient pas d'exécuter correctement la mission visée par le marché public litigieux; que, de même, la partie adverse expose que l'offre de la requérante contient des réserves qui ne concorderaient pas avec la réalité, mais sans exposer plus amplement ce point;

Attendu qu'au vu de ces différents éléments, le second moyen est sérieux".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants:

" b) Réfutation : absence d'intérêt au moyen

23.La requérante n'a aucun intérêt au second moyen, en tant qu'il incrimine la motivation de la décision attaquée.

L'article 19, al. 1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat énonce que les recours en suspension peuvent être introduits «par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt». Selon la jurisprudence de votre Conseil, l'intérêt d'un soumissionnaire évincé «à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même».

Or, à supposer que le second moyen de la requérante soit fondé, quod non, un arrêt de suspension (ou d'annulation) fondé sur celui-ci n'emportait aucune obligation pour la S.C.R.L. CENTR' HABITAT de conclure à la régularité de son offre. Un tel arrêt n'imposerait donc pas à la S.C.R.L. CENTR' HABITAT de revoir le classement des offres. En clair, la S.P.R.L. ADEM demeurerait de toute façon l'auteur de l'offre régulière la plus intéressante et la requérante – auteur d'une offre irrégulière – ne retrouverait pas même « une chance » de se voir attribuer le marché.

c) Réfutation (suite et fin) : la motivation est adéquate

24.Au demeurant, la S.C.R.L. CENTR' HABITAT a en l'espèce parfaitement respecté son obligation de motivation formelle déduite des dispositions visées au moyen ; la motivation de la décision attaquée est adéquate.

D'une part, comme indiqué ci-dessus [...], il n'y a en l'occurrence aucune contradiction dans la motivation, puisque la décision attaquée prend soin de préciser qu'elle conclut dans un premier stade du contrôle de la régularité des offres à la régularité de l'offre de la requérante malgré l'absence de montant global des honoraires, puis conclut finalement à l'irrégularité de celle-ci eu égard à l'incertitude touchant au calcul de ce montant global et au caractère irréaliste du délai proposé constatés dans un second stade dudit contrôle.

D'autre part, chacun des deux [...] motifs invoqués par la décision attaquée (montant global des honoraires manquant et incertain ; délai total d'exécution irréaliste) suffit à lui seul à justifier que la S.C.R.L. CENTR' HABITAT ait conclu à l'irrégularité de l'offre de la requérante [...]. Ces motifs sont pertinents, clairs et suffisants. A supposer que l'un d'eux ne le soit pas, quod non, l'autre suffit à fonder la décision attaquée.

En juger autrement reviendrait à imposer à la S.C.R.L. CENTR' HABITAT de préciser les motifs des motifs de sa décision.
25. Le second moyen n'est donc pas recevable ou, de toute façon, n'est pas sérieux".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'auteur du rapport d'examen des offres annexé à l'acte attaqué et considéré comme faisant partie intégrante de celui-ci avait, au stade de l'analyse formelle des offres, constaté que ni l'inventaire récapitulatif ni le formulaire de soumission de la requérante ne mentionnaient le montant global des honoraires, ce qui – à son estime – affectait son offre d'une irrégularité substantielle.

Ayant néanmoins observé que l'inventaire reprenait tous les montants partiels, ce qui rendait possible le calcul du montant global, il a considéré l'offre de la requérante régulière, "afin de l'analyser dans sa globalité".

Enfin, après que cet auteur eut constaté une erreur "dans le calcul des réunions supplémentaires" qu'il a pu corriger et dont il n'a tiré aucune conséquence, l'acte attaqué énonce que l'offre de la requérante est "considérée comme [irrégulière] en regard de la première irrégularité substantielle de l'analyse formelle".

La lecture de l'acte attaqué et du rapport d'examen des offres ne permet pas de comprendre le double revirement opéré par la partie adverse à la suite du constat initial d'absence d'indication du montant global de l'offre déposée par la requérante.

Il n'y a, en toute hypothèse, pas lieu d'avoir égard à l'explication donnée par la partie adverse, selon laquelle le revirement final serait justifié par l'erreur de l'inventaire qui rendrait le calcul du montant aléatoire. Outre qu'elle ne ressort ni de l'acte attaqué, ni du rapport d'examen des offres, cette explication paraît contredite par ledit rapport qui ne manque pas de mentionner le montant corrigé.

L'acte attaqué retient comme deuxième motif d'irrégularité de l'offre de la requérante "les réserves relevées par le pouvoir adjudicateur quant aux délais d'exécution remis dans le critère n° 2". Le rapport d'examen des offres se réfère à "des réserves qui ne concordent pas avec la réalité", ce qui laisse entendre qu'il est ainsi reproché à la requérante de ne pas avoir proposé des délais réalistes. Il est également exposé ce qui suit:

" Les délais d'exécution proposés dans le cadre de ce marché paraissent très courts et peu adaptés en regard de la mission décrite au CSC et des délais usuels rencontrés dans ce type de projet. Les 32 JC prévus laissent peu de place aux imprévus [...]"

De telles explications qui se bornent à faire référence, de manière aussi générale, et sans la moindre justification concrète, à la "mission décrite au [cahier spécial des charges]", aux "délais usuels rencontrés dans ce type de projet" et aux "imprévus" ne satisfont pas à l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse.

Enfin, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle dénie l'intérêt de la requérante au moyen. Dès lors qu'à défaut de satisfaire "prima facie" à l'obligation de motivation qui lui incombe, la partie adverse n'a pas permis à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles elle a été évincée, l'illégalité ainsi dénoncée lui cause grief, de sorte que son intérêt au moyen paraît devoir être admis, à tout le moins dans le cadre de la procédure en extrême urgence.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen doit être déclaré sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VI. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces 5 et 8, versées au dossier administratif, à savoir les offres de la requérante, ainsi que celle de la société privée à responsabilité limitée ADEM à laquelle le marché litigieux a été attribué.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision adoptée par le Conseil d'administration de la S.C.R.L. CENTR'HABITAT en sa séance du 28 novembre 2013 déclarant d'une part irrégulière et partant nulle de plein droit l'offre de la S.A.

ELLYPS et, d'autre part, attribuant le marché public de services pour la désignation d'un bureau d'étude en techniques spéciales pour le remplacement des installations de chauffage dans diverses cités à la S.P.R.L. ADEM.

Article 2.

Les offres de la partie requérante et de la S.P.R.L. ADEM, à savoir la pièce n° 2 jointe à la requête et les pièces n° 5 et 8 du dossier administratif, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Charles-Henri VAN HOVE.

David DE ROY.