

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.200 du 14 août 2014

G./A.213.136/VI-20.237

En cause : **la société civile sous forme de société anonyme
BUREAU ARCHITECTURE ENGINEERING
VERHAEGEN,**

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

contre :

l'Université de Liège, en abrégé l'Ulg,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 juillet 2014, la société civile sous forme de société anonyme BUREAU ARCHITECTURE ENGINEERING VERHAEGEN demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "des décisions du 2 juillet 2014 de la partie adverse

- d'exclure son offre de la procédure d'attribution du marché de services portant sur la désignation d'un auteur de projet pour le projet de construction d'une nouvelle clinique pour sa faculté de médecine vétérinaire,
- et de poursuivre la procédure d'attribution du marché avec les cinq candidats dont elle a jugé les demandes de participation recevables et les mieux classées en application des critères de sélection" ainsi que l'annulation de ces actes.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 juillet 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 août 2014 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Renaud SIMAR et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Le marché litigieux, qui est un marché de services, est soumis à la procédure de l'appel d'offres restreint. Il a fait l'objet de publications belge et européenne.

IV. PREMIER ET SECOND MOYENS

IV. 1. La partie requérante expose, comme suit le premier moyen :

" Pris de la violation de : la directive 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, articles 48, § 2, a, ii, et 51; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier les articles 58, § 1^{er}, 59, et 72, 7°; le principe de proportionnalité; le principe du raisonnable (ou : du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation);

En ce que la partie adverse a exclu la candidature de la requérante au motif qu'elle n'avait pas joint à son dossier la fiche signalétique de ses références, considérée comme une condition de régularité de la candidature;

Alors que l'irrecevabilité n'est concevable que pour sanctionner le défaut d'un élément d'une candidature, un document, nécessaire pour l'apprécier au regard des causes d'exclusion légales ou prescrites aux documents du marché et des conditions de participation à la procédure d'attribution du marché, en particulier les conditions de capacité technique;

Que l'on ne conçoit pas raisonnablement de sanctionner par l'irrecevabilité l'absence d'un document qui ne sert pas l'appréciation de la candidature;

Que, reprenant sous la forme d'une synthèse et de manière partielle des éléments dont la production est exigée par ailleurs aux documents du marché, la fiche signalétique des références ne sert pas, elle ne le peut pas, l'appréciation des qualités des candidatures;

Que le pouvoir adjudicateur peut être soumis à une obligation de demander au candidat qu'il complète son dossier par un document manquant, lorsque cette absence ne constitue qu'une erreur matérielle évidente, qui peut être aisément réparée sans modification du contenu de la candidature;

De sorte que la partie adverse ne pouvait pas considérer ex abrupto que le défaut de fiche signalétique des références constitue une cause d'irrégularité de la candidature de la requérante;

Qu'elle devait, au contraire, l'inviter à compléter son dossier par la fiche signalétique des références".

Elle développe longuement ce moyen faisant notamment valoir, d'une part, que pour ce qui concerne les critères de capacité technique, ce sont les références produites par le candidat qui permettent d'apprécier sa capacité à exécuter la prestation faisant l'objet du marché; en outre, la fiche signalétique ne reprend que certains des éléments attendus des références. D'autre part, elle soutient que la partie adverse devait lui demander de compléter son dossier par la fiche signalétique manquante.

IV. 2. La partie requérante invoque, à titre subsidiaire et comme suit, un second moyen :

" III.2.1. Exposé du moyen

Pris de la violation de : la directive 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, articles 48, § 2, a, ii, et 51; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier les articles 58, § 1^{er}, 59. et 72, 7^o; le principe de proportionnalité; le principe du raisonnable (ou : du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation);

En ce que la partie adverse a exclu la candidature de la requérante au motif qu'elle n'avait pas joint à son dossier la fiche signalétique de ses références, considérée comme une condition de régularité de la candidature;

Alors que la sanction de l'irrecevabilité n'est concevable que pour un élément d'une candidature, un document, nécessaire pour l'apprécier au regard des conditions de

participation à la procédure d'attribution du marché, en particulier les conditions de capacité technique;

Que l'on ne conçoit pas raisonnablement de sanctionner par l'irrecevabilité l'absence d'un document qui ne sert pas l'appréciation de la candidature;

Que, reprenant sous la forme d'une synthèse et de manière partielle des éléments dont la production est exigée par ailleurs aux documents du marché, la fiche signalétique des références ne sert pas, elle ne le peut pas, l'appréciation des qualités des candidatures;

De sorte que la partie adverse ne pouvait pas faire du défaut de fiche signalétique des références une cause d'irrégularité de la candidature et ne pouvait pas, par conséquent, rejeter la candidature de la requérante pour ce motif-là".

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat sur les deux moyens réunis.

Les articles 58, § 1^{er}, et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques disposent comme suit :

" Art. 58. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".

Art. 72. Dans le cas d'un marché de services, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des services :

1° par la preuve que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité conformément à l'article 77;

2° par l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

3° par l'indication des titres d'études ou professionnels du prestataire de services ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables qui peuvent être chargés de la prestation de services;

4° uniquement dans les cas appropriés, par l'indication des mesures de gestion environnementale que le prestataire de services pourra appliquer lors de la réalisation du marché;

5° par une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

6° par une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché;

7° par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services; [...]"

Aux termes de la note explicative du dossier de candidature, figure, en caractère gras, une "Remarque importante" relative aux niveaux spécifiques minimaux exigés, libellée comme suit : "Pour qu'une référence soit prise en considération, celle-ci devra OBLIGATOIREMENT figurer sur la fiche signalétique jointe en Annexe 2 au présent document. Seules les références reprises sur ces fiches feront l'objet d'une analyse". Il est précisé plus loin dans ce texte que "La non-fourniture d'une des pièces énumérées aux points ci-avant finalisera la sélection qualitative du candidat".

Enfin, le document susvisé se termine par la phrase suivante, reproduite comme la "Remarque importante" visée ci-dessus en caractères gras et dans une autre police que le reste du texte :

" Le nombre des candidats retenus étant limité à 5, le classement se fera sur base des critères de capacités techniques ainsi que sur la qualité des informations fournies".

Il apparaît ainsi qu'en procédant de la sorte, la partie adverse a non seulement respecté la réglementation applicable mais également très clairement informé les soumissionnaires des conditions à remplir et de la conséquence de l'inobservation de celles-ci.

La requérante ne conteste pas les références demandées en tant que telles mais seulement l'exigence "de forme", pour utiliser les termes de la requérante, prévue. Elle ne conteste pas davantage ne pas avoir fourni les trois références sollicitées sous la forme d'une fiche signalétique jointe au formulaire d'offre. Cette exigence n'est cependant pas, comme le soutient la requérante, disproportionnée, au contraire même puisqu'elle présente l'avantage pour le candidat, par le biais des rubriques mentionnées dans ladite fiche (marché public [oui/non]; objectifs sévères en matière d'économies d'énergie [oui/non]. Si oui, précisez; attestation de satisfaction du MO fournie [oui/non]; milieu hospitalier : humain [oui/non], animal [oui/non]; normes de biosécurité [oui/non]; surface brute en m²; coût des travaux en € [htva]; date de réception provisoire des travaux et date de réception définitive des travaux), de connaître précisément les informations qu'il doit mentionner et, pour le pouvoir adjudicateur, de disposer de renseignements de même type pour chaque offre déposée. De la sorte, le pouvoir adjudicateur peut ensuite décider, dans le respect du principe

d'égalité entre soumissionnaires, de ceux des candidats qui remplissent les conditions requises.

Le fait allégué par la requérante que certains éléments réclamés par la note explicative ne se retrouveraient pas dans les rubriques de la fiche signalétique, même à le supposer établi, est étranger à l'exigence du dépôt de ladite fiche, et la requérante n'en tire aucun argument sérieux quant à la légalité de la sanction qui était attachée à l'absence d'une telle fiche dans le dossier d'offre. En outre, sur cette critique, la requérante confond les critères énumérés au titre de l'appréciation (jugement) de la capacité technique, énumérés en page 6 de la note explicative du dossier de candidature, et les références exigées dans le dossier de candidature et qui doivent être mentionnées dans la fiche signalétique.

L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, précité, prévoit ce qui suit :

" Art. 59. Le pouvoir adjudicateur peut :

- 1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges;
- 2° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 58, § 1^{er};
- 3° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, exiger de toute personne morale la production de ses statuts ou actes de société, accompagnée éventuellement d'une traduction lorsque ceux-ci ne sont pas établis dans la ou les langues du pouvoir adjudicateur, ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants".

En l'espèce, l'absence de renvoi de la fiche signalétique ne procède pas d'un oubli, ce n'est pas plaidé.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicateur ne pouvait, en raison des termes clairs des documents du marché, demander à la requérante de compléter son offre sans violer le principe d'égalité entre soumissionnaires. Par ailleurs, ainsi que le souligne la partie adverse, la requérante est la seule à ne pas avoir produit cette fiche alors que douze offres ont été déposées.

Il s'ensuit que les premier et second moyens ne sont pas sérieux.

V. CONFIDENTIALITE

Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de faire droit à la demande de la partie adverse de maintenir la confidentialité des offres.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

Les pièces déposées par la partie adverse à titre confidentiel sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation et maintenues confidentielles.

Article 3

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

Article 4

Les dépens, y compris les indemnités de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le quatorze août deux mille quatorze par :

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Béatrice DRAPIER,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Béatrice DRAPIER.

Odile DAURMONT.