

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.545 du 26 septembre 2014

G./A.200.978/VI-19.166

En cause : **la société anonyme CIT BLATON**, en abrégé
CITEB,

ayant élu domicile chez
Mes Renaud de BRIEY et
Alexis della FAILLE, avocats,
place de l'Hôtel de ville, n°s 15-16,
1300 Wavre;

contre :

**le centre public d'action sociale de
Saint-Josse-ten-Noode**, en abrégé
le C.P.A.S. de Saint-Josse-ten-Noode;

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 5 juillet 2011, la société anonyme CIT BLATON, en abrégé CITEB, demande l'annulation de la décision prise par le C.P.A.S. de Saint-Josse-ten-Noode en date du 19 décembre 2010 "d'attribuer un marché de travaux ayant pour objet les prestations de gros-œuvre fermé, parachèvements généraux et de techniques spéciales de la deuxième phase des travaux de rénovation et d'extension du centre gériatrique à l'entreprise CFE BRABANT pour un montant total de 10.016.691,31 € hors TVA, après avoir considéré que l'offre de la S.A. CIT BLATON est «non-conforme et donc nulle»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 17 septembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaisant pour la partie adverse, a présenté ses observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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

III. 1. Du procès-verbal de la séance du conseil de la partie adverse du 9 décembre 2010, il ressort que la partie adverse a publié, au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications des 6 septembre 2010 et 8 octobre 2010, un avis de marché afin de procéder à des travaux de rénovation et d'extension du centre gériatrique situé à Saint-Josse, rue de la Cible, n°5. Le mode de passation du marché retenu est celui de l'adjudication publique.

III. 2. Le 15 novembre 2010, huit offres sont recueillies par la partie adverse lors de la séance d'ouverture des offres, dont celle de la requérante.

III. 3. Le 19 novembre 2010, la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée ETAU Architectes, auteur de projet, adresse à la requérante un courrier dans les termes suivants :

" Dans le cadre de l'analyse de votre soumission pour l'adjudication publique susnommée, nous constatons que le prix unitaire du poste «partie II - Fabrication et pose de blocs sanitaires préfabriqués - article 1» semble apparemment anormalement bas. Conformément à l'article 110 § 3, nous vous invitons à justifier

votre prix unitaire et la conformité du produit proposé telle que définie dans le cahier spécial des charges dans le chapitre «critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires» - page 2 de la partie II.

Veillez nous faire parvenir dès lors, dans les plus brefs délais (au plus tard pour le 01 décembre 2010), ces justificatifs par fax ou email, et par courrier".

III. 4. Le 26 novembre 2010, la requérante communique à la société ETAU la justification du prix unitaire litigieux ainsi que "les dessins techniques préliminaires justifiant la conformité du produit tel que défini dans le cahier des charges dans le chapitre «critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires» - page 2 de la partie II".

III. 5. En sa séance du 9 décembre 2010, le conseil de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société C.F.E. BRABANT, soumissionnaire concurrent de la requérante.

III.6. Le 3 mai 2011, la partie adverse informe la requérante que son offre n'a pas été retenue.

Il s'agit de la décision attaquée qui se présente comme suit :

" [...]

Vu la loi du 8 juillet 1976, organique des centres publics d'action sociale, notamment les articles 24 et 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er} et § 2;

Vu la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 15;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996, relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment les articles 16, 111 et 112 et également les articles 89 et 110;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996, établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, notamment l'article 3 § 1^{er};

Considérant la nécessité d'engager des travaux de rénovation et d'extension du Centre Gériatrique afin de mettre en adéquation les lits existants aux nouvelles normes prévues dans l'arrêté royal du 21 septembre 2004 fixant les normes pour l'agrément spécial comme maison de repos et de soins ou comme centre de soins de jour;

Considérant la décision du Conseil de l'Action Sociale par laquelle celui-ci a choisi le mode de passation - en l'occurrence l'adjudication publique - pour les travaux du marché de la phase 2 des travaux de rénovation et d'extension du Centre Gériatrique (travaux de gros-œuvre fermé, parachèvements généraux et techniques spéciales);

Considérant l'envoi des publications au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications en date du 6 septembre 2010 et du 8 octobre 2010;

Considérant la séance d'ouverture des offres du 15 novembre 2010;

Considérant les offres des 8 entreprises suivantes : S.M. Inadvance et GM, Strabag Belgium, Les entreprises Louis De Waele, Van Laere, CFE Brabant, Roegiers et co., CIT Blaton, Jacques Delens;

Considérant le rapport des soumissions, en annexe, établi par l'Architecte Damien DAIVE de l'association ETAU — Grontmij;

Attendu que l'ensemble des offres reçues est régulières [sic] en termes de sélection qualitative;

Attendu que l'offre de la société CIT Blaton contenait un montant particulièrement bas par rapport à celui des autres soumissionnaires pour les éléments «Partie II, blocs sanitaires préfabriqués»

Que ce prix méritait donc d'être justifié, et ce également en matière de conformité;

Attendu que le soumissionnaire justifie son prix sur base d'une décomposition entre la fourniture, la pose, le raccordement et les frais généraux;

Attendu que le soumissionnaire présente ensuite les dessins techniques préliminaires destinés à justifier de la conformité de son produit;

Que ces dessins techniques préliminaires ont été fournis par le soumissionnaire en réponse au courrier recommandé du 19 novembre 2010 rédigé par extraits comme suit: «Conformément à l'article 110§ 3, nous vous invitons à justifier votre prix unitaire et la conformité du produit proposé telle que définie dans le cahier spécial des charges dans le chapitre «critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires» - page 2 de la partie II».

Qu'à ce titre, la destination à réserver à ce dessin ne peut porter à confusion;

Qu'il apparaît clairement sur cette base que deux non conformités aux conditions techniques essentielles des blocs sanitaires préfabriqués sont existantes;

Qu'en premier lieu, le bloc sanitaire proposé comporte une aire de rotation d'un diamètre de 150 cm non libre de tout obstacle puisque cette aire de rotation doit se faire sous le lavabo;

Que le cahier spécial des charges contient en page 2, de la partie 2 tome «blocs sanitaires préfabriqués», un texte encadré, en caractère gras et s'énonçant précisément comme suit «critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires»;

Qu'à ce titre l'attention des soumissionnaires était donc parfaitement attirée sur les éléments revêtant une importance majeure pour le projet destiné à pouvoir permettre un déplacement par des personnes âgées, à mobilité réduite;

Que cette non-conformité ne peut être considérée que comme absolue et substantielle puisqu'elle s'oppose tant aux prescriptions essentielles telles que définies à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qu'aux prescriptions définies comme fondamentales dans le cahier spécial des charges;

Qu'à ce titre l'offre est à considérer comme non conforme;

Qu'en second lieu, le bloc sanitaire proposé présente une réservation dans la paroi côté chambre de la cabine d'une hauteur de 18 cm au dessus de la tablette du lavabo;

Qu'à ce titre cette solution ne permet pas de rendre non visible le lavabo depuis l'extérieur du bloc sanitaire, considération déjà contraire aux critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires, mais qu'en plus la solution proposée ne permet pas au personnel soignant d'utiliser le lavabo afin de procéder aux soins du patient (espace disponible pour le passage des mains limité à 18 cm et robinetterie située dans le passage et en sens inverse de celui d'un usage normal;

Que les critères fondamentaux des blocs sanitaires définis au cahier spécial des charges énonçaient clairement que le lavabo devait pouvoir être accessible au personnel soignant depuis la chambre et que lorsqu'il n'est pas utilisé, le lavabo ne pouvait être visible depuis l'extérieur du bloc sanitaire;

Que par la définition de ces critères fondamentaux de conformité, le pouvoir adjudicataire attirait de manière tout à fait univoque l'attention des soumissionnaires sur l'usage qui serait fait du lavabo par le personnel soignant;

Qu'un lavabo non utilisable par le personnel soignant dans des conditions praticables et ergonomiques aurait un impact négatif considérable sur les soins et l'encadrement soignant des personnes âgées hébergées;

Que cette non-conformité ne peut être considérée que comme absolue et substantielle puisqu'elle s'oppose tant aux prescriptions essentielles telles que définies à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qu'aux prescriptions définies comme fondamentales dans le cahier spécial des charges;

Qu'à ce titre l'offre est à considérer comme non conforme;

Qu'à titre subsidiaire, l'accumulation de deux non-conformités essentielles est à pointer puisqu'elle rendrait totalement impossible la mise en pratique d'un projet qui ne permettrait pas un déplacement et un accompagnement efficace des personnes âgées bénéficiaires du projet;

Attendu que l'offre de la société CIT Blaton est non conforme et donc nulle;

Attendu que l'offre de la société CFE Brabant est donc la moins-disante;

Après en avoir délibéré,

DECIDE :

Article 1^{er}

Le marché de travaux ayant pour objet les prestations de gros-œuvre fermé, parachèvements généraux et de techniques spéciales de la deuxième phase des travaux de rénovation et d'extension du Centre Gériatrique, à savoir la rénovation peut être attribué à l'entreprise CFE Brabant pour un montant total de 10.016.691,31 € HTVA.

Article 2

Les crédits appropriés sont inscrits au budget d'investissement aux articles 8341/03100/51 et financés par emprunt.

[...]"

III. 7. Un arrêt n°214.040 du 22 juin 2011, a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence introduite par la requérante à l'encontre de cette décision.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses 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 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Elle fait valoir que la partie adverse a conclu à l'irrégularité de son offre en se fondant uniquement sur l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité. Cette décision reposerait non pas sur le constat du prix anormalement bas d'un poste de sa soumission, mais sur celui d'une prétendue non-conformité de ladite soumission au cahier spécial des charges, ce que conteste par ailleurs la requérante. La requérante soutient que ce ne serait que lors de l'analyse de la réponse apportée par elle en vue de justifier le prix contenu dans sa soumission, que la partie adverse aurait décelé cette prétendue non conformité. Celle-ci ne serait donc pas apparue lors de l'examen par la partie adverse de la soumission. Or, la requérante fait valoir que l'article 110, § 3, précité, ne prévoit la possibilité de déclarer éventuellement irrégulière une offre que dans la seule hypothèse où les prix qu'elle contient sont anormalement bas et non en raison d'une non conformité apparue a posteriori. La partie requérante soutient donc que la partie adverse ne pouvait se fonder sur l'article 110, § 3, pour déclarer son offre non conforme. En effet, si la décision querellée vise l'article 110, § 3, elle n'en déduit pas que l'offre serait irrégulière en raison d'un prix anormalement bas. Selon la requérante ladite décision ne prétend d'ailleurs nulle part que le prix serait anormalement bas, ce qui constitue une violation de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs, mais s'autorise à tirer comme conclusion de l'application de l'article 110, § 3, que l'offre serait irrégulière en raison de la non-conformité du produit proposé, ce qui est d'évidence illégal.

La requérante reproche par ailleurs à la partie adverse de s'être fondée sur l'article 110, § 3, précité pour l'inviter à justifier "la conformité du produit proposé", alors qu'en aucune façon la disposition visée ne lui donnait ce pouvoir.

En se fondant sur l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 pour déclarer irrégulière l'offre de la requérante en raison de la non-conformité de son produit, la partie adverse aurait donc violé ledit article 110, § 3, et commis un excès de pouvoir. De surcroît, la partie adverse n'aurait pas motivé formellement sa décision puisqu'elle ne prétend nulle part dans celle-ci que l'offre serait irrégulière en raison de son prix anormalement bas.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la requérante isole, de manière artificielle, le seul paragraphe 3 de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, alors que celui-ci ne se comprend, en réalité, que mis en corrélation avec le paragraphe 2 du même article 110 et avec l'article 89 du même arrêté royal. Elle expose qu'il se déduit de la conjonction de ces dispositions que si le texte réglementaire impose au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire suspecté d'avoir offert des prix anormalement bas (ou élevés), s'exposant ainsi à la nullité relative de sa soumission, il ne lui interdit nullement de procéder de la même manière en présence d'une soumission susceptible d'être affectée de nullité absolue par la violation d'une condition technique essentielle.

La partie adverse conteste par ailleurs avoir jamais considéré que le prix demandé par la requérante fût normal. Ce constat n'apparaît nulle part dans sa décision, de manière logique puisque le prix unitaire offert ne se comprenait que pour un produit non conforme, mais restait anormalement bas pour la fourniture d'un produit respectant les exigences techniques impératives du cahier spécial des charges. En refusant ainsi, après examen attentif, les justifications apportées par la requérante, la partie adverse soutient avoir fait une application correcte de l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et n'avoir commis aucun excès de pouvoir, le moyen manquant en fait autant qu'en droit.

La partie adverse ajoute qu'elle disposait, dans le cadre de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du droit, sinon de l'obligation, d'interroger la requérante à propos de tout élément intéressant la régularité de son offre. Elle n'aperçoit nullement, en revanche, à quel titre elle aurait pu être amenée, comme le soutient la requérante, "[...] à demander aux autres soumissionnaires de justifier également la conformité de leur solution en ce qui concerne particulièrement le bloc sanitaire", dès l'instant où le caractère normal des prix offerts par ceux-ci n'engendrait aucune suspicion d'irrégularité en leurs chefs.

C. Mémoire en réplique

La requérante s'en réfère en réplique à son recours en annulation.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée vise, pour déclarer l'offre de la requérante irrégulière, comme fondement juridique notamment les articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et non le seul article 110, § 3, comme le soutient la partie requérante.

L'article 89 de cet arrêté royal tel qu'il était en vigueur à la date de publication de l'avis relatif au marché concerné, disposait que:

- " Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.

Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire. Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement."

L'article 110, §§ 2 et 3, du même arrêté royal disposait quant à lui :

- " § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.

§ 3. Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long.

La preuve de l'envoi de ces justifications incombe au soumissionnaire.

Lors de la vérification de prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications se référant notamment :

- 1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lorsque le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne."

Il est exact que c'est à l'occasion de la vérification des prix que l'attention du bureau d'études mandaté par l'autorité adjudicatrice a été attirée sur le prix apparemment anormalement bas de l'article 1^{er} de la partie II "Fabrication et pose de blocs sanitaires préfabriqués" contenu dans l'offre de la partie requérante. Cette vérification a conduit ledit bureau d'études à une demande de justification du prix unitaire et de sa conformité au cahier spécial des charges, demande fondée sur l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

La justification présentée par la partie requérante indique le montant des cabines sanitaires fabriquées ainsi que les frais de pose et de raccordement. Un descriptif technique est joint à la réponse.

A l'examen de cette justification, le bureau d'études s'est rendu compte que la partie requérante proposait, pour le prix indiqué, une prestation qui, à son estime, ne satisfaisait pas aux conditions techniques essentielles du cahier spécial des charges. Cette appréciation a été ensuite corroborée par l'autorité adjudicatrice dans la délibération contestée.

De manière plus fondamentale, la décision d'irrégularité de la soumission de la partie requérante se fonde sur des dérogations aux conditions techniques présentées comme essentielles par le cahier spécial des charges et aucune confusion ne peut être relevée entre le prix apparemment anormalement bas et l'irrégularité.

Dès lors que l'autorité adjudicatrice avait acquis la conviction que l'offre présentée par la partie requérante était atteinte d'irrégularités substantielles, elle

pouvait valablement motiver sa décision en se référant à ces seules irrégularités. Il est indifférent à cet égard que ces irrégularités substantielles n'aient été constatées qu'à la lumière des justifications fournies par la requérante en réponse à la demande de justifier un prix unitaire anormalement bas. Aucune motivation formelle supplémentaire ne s'imposait dès lors au regard de ce caractère anormalement bas dudit prix unitaire.

Le moyen n'est pas fondé.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 89 et 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Elle expose, en synthèse, que le document principal sur lequel le pouvoir adjudicateur doit se baser pour prendre la décision d'attribution est l'offre du soumissionnaire et que l'appréciation de la régularité de cette offre doit se faire par rapport à l'offre. Elle fait valoir à cet égard que la partie adverse n'indique nulle part le motif pour lequel son offre serait irrégulière. Elle souligne que la partie adverse déduit l'irrégularité de l'offre de la production de dessins techniques préliminaires communiqués à sa demande à l'occasion d'une procédure de contrôle des prix et soutient que rien ne permet d'affirmer que si d'autres soumissionnaires avaient communiqué des plans de détail, ceux-ci auraient été considérés comme conformes. Selon elle, la réglementation ne permet pas à un pouvoir adjudicateur de demander de transmettre des pièces devant justifier la conformité de son produit, seule l'offre déposée devant servir de fondement au pouvoir adjudicateur pour déterminer la régularité d'une offre. En l'espèce, le cahier spécial des charges ne prévoyait pas la transmission de plans de détails. En se fondant sur la transmission d'un tel document destiné à justifier un prix, la partie adverse aurait donc commis un excès de pouvoir. La requérante rappelle, par ailleurs, que le cahier spécial des charges prévoyait des études préparatoires et la réalisation d'une maquette et elle en déduit que les plans et détails d'exécution ne devaient être établis qu'après l'attribution du marché. L'offre ne pouvait en conséquence être analysée que sur la base des documents originaux remis

par les soumissionnaires. Or, la décision attaquée ne dit pas en quoi l'offre initiale ne serait pas conforme aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'elle s'est expliquée au premier moyen à propos de l'argumentation selon laquelle aucune pièce ne pouvait être demandée à un soumissionnaire. Elle rappelle que la décision attaquée précise que la destination à réserver au dessin ne peut porter à confusion. La requérante aurait, par ailleurs, validé la démarche de vérification de l'autorité adjudicatrice en fournissant la documentation et ne serait, partant, plus admissible désormais à la remettre en cause.

La partie adverse fait, en outre, valoir que la requérante n'a pas été interrogée par hasard mais bien en considération du caractère anormal du prix proposé. Il n'y aurait, à l'inverse, eu aucun motif d'interroger les autres soumissionnaires, qui avaient offerts quant à eux des prix parfaitement normaux. Elle rappelle que les spécifications de conformité des blocs sanitaires n'autorisaient aucune dérogation. Ces spécifications reprises dans un chapitre intitulé "Critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires" s'imposaient dès l'origine et n'étaient pas susceptibles de pouvoir être couvertes ou corrigées a posteriori lors de la mise au point des plans de détail et d'exécution ou de la maquette rigide à échelle-grandeur.

Pour le surplus, la partie adverse estime qu'il n'est pas raisonnable de soutenir que la soumission ne pouvait être appréciée au regard des explications et précisions apportées par le soumissionnaire et obtenues de manière tout à fait régulière.

Elle rappelle que la demande de justification évoquait explicitement la conformité du produit proposé et conclut que le défaut de conformité ayant été démontré, la soumission était totalement irrégulière.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il est exact que la régularité d'une offre s'apprécie, sur la base de celle-ci. Toutefois, les dispositions citées par la partie requérante n'empêchent pas l'autorité adjudicatrice de procéder à la vérification des prix ou des propositions techniques des soumissionnaires ou encore à la vérification de la combinaison de ces deux éléments.

Elles ne s'opposent pas davantage à ce que ladite autorité se fasse produire les éléments lui permettant d'apprécier la régularité de l'offre ainsi précisée.

A cet égard, contrairement à ce qui est allégué, la demande de justification du 19 novembre 2010 ne comporte aucune demande de dépôt de plans ou de descriptifs, mais juste une demande de justification de prix et de conformité.

L'examen global de la soumission porte donc sur la soumission telle que précisée, le cas échéant, par le soumissionnaire à la suite de demandes de justifications ou d'éclaircissements par le pouvoir adjudicateur, la soumission ne pouvant évidemment pas, dans le type de marché ici suivi par le pouvoir adjudicateur, être modifiée à la suite de ces demandes.

Par ailleurs, la circonstance que le cahier spécial des charges avait prévu des plans de détail et la réalisation d'une maquette n'a pas pour effet que les soumissionnaires auraient été autorisés à présenter des soumissions dérogatoires aux éléments présentés au cahier spécial des charges comme constituant les "critères fondamentaux" de conformité. Outre qu'il est surprenant de considérer qu'un plan "de détail", sans parler même d'une maquette, puisse corriger un élément défini comme fondamental, suivre le raisonnement de la partie requérante reviendrait à priver de sens l'ensemble de la procédure, puisqu'il aboutirait à rendre impossible la comparaison des offres tant que les plans de détail et les maquettes n'auraient pas été finalisés.

Enfin, dès lors que la partie requérante a apporté des précisions, comme le lui demandait l'autorité adjudicatrice, ces précisions font corps avec l'offre puisque cette dernière ne peut plus être modifiée. Il revenait à l'autorité adjudicatrice d'examiner la régularité de la soumission ainsi précisée.

Le moyen n'est pas fondé.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un troisième moyen de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle

des actes administratifs, de la violation du principe de l'égalité de traitement, du principe de bonne administration et du respect des droits de la défense.

Elle affirme, en substance, que son offre correspond bien aux exigences du cahier spécial des charges et conteste la réalité des deux non-conformités invoquées par la partie adverse.

Concernant la première non-conformité invoquée, relative à l'aire de rotation dans le bloc sanitaire, elle soutient que la motivation de la partie adverse est totalement inadéquate et est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. En effet, la hauteur de la zone libre de toute occupation n'est pas définie dans le cahier spécial des charges. Il est certain que la hauteur de cette zone libre ne peut pas être équivalente à la hauteur du bloc sanitaire, puisqu'il serait alors impossible de placer dans ledit bloc sanitaire la douche et ses accessoires sans changer l'emprise au sol, ce qui est interdit par le cahier spécial des charges. Ce dernier dispose, en effet, qu'en ce qui concerne les critères de conformité des blocs sanitaires "l'empreinte au sol du bloc sanitaire doit être comprise dans les dimensions maximum figurant sur le plan de principe annexé au présent cahier spécial des charges". Il convient, dès lors, d'appliquer la réglementation en la matière et de tenir compte de l'objectif visé, en l'occurrence de permettre la rotation de la personne à mobilité réduite à l'intérieur de la cabine. Cette rotation peut, selon la requérante, s'effectuer sans difficulté sous le lavabo, de sorte que ce dernier ne constitue en rien un obstacle. Au contraire, la réglementation exige que le lavabo soit placé à une hauteur maximum de quatre-vingts centimètres, avec un espace libre sous le lavabo afin d'en permettre l'accès de face. Il faut donc en conclure que la zone située sous le lavabo doit être considérée comme libre de tout obstacle. La requérante appuie son raisonnement en se référant à un plan ("ARCHI/008") établi par les architectes du projet et qui fait partie du projet d'adjudication, dont il ressort, selon elle, sans aucun doute possible que les auteurs de projet ont effectivement prévu que l'aire de rotation passe sous le lavabo. Elle fait valoir que sur ce plan le lavabo interfère autant dans l'aire de rotation que sur le détail qu'elle a fourni. Par conséquent, à supposer qu'un doute existe, les dispositions du cahier spécial des charges doivent être interprétées en fonction du but recherché, en l'occurrence de la possibilité pour une personne à mobilité réduite d'effectuer une rotation à l'intérieur de la cabine, ce qui est le cas dans l'offre déposée par la requérante. Elle ajoute que si l'on examine le plan joint au dossier d'adjudication portant la référence ARCH2- 008, on constate par exemple que les W.-C. situés à droite des ascenseurs existant et auxquels on accède via un hall commun ont une dimension permettant une aire de rotation d'un diamètre de cent cinquante centimètres passant nécessairement en-dessous du lavabo et de la cuvette du W.-C. Il est, selon elle, difficile de croire que les critères que les auteurs de projet ont retenu pour les

W.-C. situés dans des parties communes, pourraient être différents des critères applicables dans les W.-C. situés dans les blocs sanitaires privatifs. Enfin, elle soutient que dans la mesure où l'empreinte au sol du bloc sanitaire prévu sur le plan doit impérativement être respectée, il est techniquement impossible de procéder autrement que comme cela est prévu sur le plan joint au dossier d'adjudication.

Concernant la deuxième cause de non-conformité du bloc sanitaire relative à une réservation dans la paroi côté chambre de la cabine, la requérante expose que dans son plan de détail, elle utilise un libellé strictement conforme à celui du plan du dossier d'adjudication, à savoir "zone d'accès au lavabo médical". Ladite zone d'accès dans la proposition de la requérante est constituée d'un panneau amovible, dessiné sur le plan, permettant l'accessibilité. Le panneau étant amovible, cela signifie que la faculté existe de rendre non visible le lavabo depuis l'extérieur du bloc sanitaire. Par conséquent, prétendre que ce critère de non-visibilité du lavabo depuis l'extérieur du bloc sanitaire ne serait pas rencontré relève d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse. La requérante conteste par ailleurs avoir jamais utilisé le libellé "réservation" dans sa justification technique, ce terme découlant d'une interprétation curieuse de la part de la partie adverse.

La requérante estime encore que la seconde objection liée à la hauteur libre de l'accès au lavabo, jugée insuffisante et interférant avec le lavabo, n'est pas fondée dès lors que le plan "ARCH2-008" joint au dossier d'adjudication laisse apparaître une configuration parfaitement identique à la solution proposée par la requérante. D'autre part, le cahier spécial des charges ou les plans n'imposent aucune hauteur à laquelle elle aurait dérogé. Contrairement à ce que mentionne la décision querellée, elle soutient qu'une hauteur libre de dix-huit centimètres permet aisément de passer les mains pour accéder au lavabo. Le deuxième point de non-conformité soulevé par la partie adverse dans la décision entreprise procède par conséquent également d'une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante a, par ailleurs, fait appel à un bureau d'ingénieurs conseils indépendant qui confirme, au terme d'une analyse circonstanciée, la stricte conformité de son offre. Elle rappelle que le cahier des charges prévoit l'obligation pour l'adjudicataire de réaliser une maquette du bloc sanitaire ayant "pour but essentiel de contrôler avec le maître de l'ouvrage le détail des finitions de la cabine: emplacement des équipements et accessoires, vérification ultime des dimensionnements, etc.". Cette exigence du cahier des charges démontre sans aucun doute possible que, même dans l'esprit de la partie adverse, le respect scrupuleux des plans et du cahier spécial des charges devait encore faire l'objet d'une vérification concrète, en grandeur nature,

avant de passer à la production des blocs sanitaires en question. Elle souligne encore que dans sa note d'observations déposée dans le cadre de la demande de suspension, la partie adverse admet l'argumentation de la requérante en ce qui concerne la hauteur des lavabos, mais y estime que de toute façon la solution proposée par la requérante ne serait pas acceptable en raison de la présence du siphon et de la décharge du lavabo. La requérante conteste formellement une telle argumentation, dès lors qu'en fait, la question du siphon et de la décharge, qui sont des éléments non cotés sur son croquis, relève de détails d'exécution (il existe différents types de siphon et la décharge peut aisément être déplacée), et qu'en droit, la motivation de la décision de la partie adverse doit ressortir de l'acte lui-même et non d'écrits de procédure ultérieurs.

En conclusion de ce qui précède, la requérante estime que la décision de la partie adverse est irrégulière en ce qu'elle a considéré que les blocs sanitaires, tels que proposés par la requérante, comporteraient deux non-conformités au cahier spécial des charges.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse fait valoir, concernant la première non-conformité invoquée relative à l'aire de rotation dans le bloc sanitaire, que le premier critère cité parmi les "critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires" imposait : "Le bloc sanitaire doit comporter une aire de rotation de diamètre 1,50m, libre de tout obstacle, porte fermée". Elle soutient que le raisonnement de la partie requérante selon lequel l'examen du plan ARCHI/008 "démontre sans aucun doute possible que les auteurs de projet ont effectivement prévu que l'aire de rotation passe sous le lavabo" est inexact. En effet, d'une part, la partie requérante aurait, en se référant au plan "ARCH2/008" privilégié un extrait de plan général au plan de détail CS01, pourtant également repris au dossier d'adjudication, alors qu'en cas de contradiction les plans de détail prévalent nécessairement toujours sur les plans généraux.

D'autre part, le rapport technique produit par la requérante elle-même expose ce qui suit, en sa page 6 : "Dans le Cahier spécial des Charges, il n'est pas spécifié sur quelle hauteur l'espace doit être libre de tout obstacle. On peut raisonnablement supposer que ce critère est prévu pour qu'une personne se déplaçant en chaise roulante puisse aisément manœuvrer dans la cabine. Le cercle avec un diamètre de 1,50m doit, par conséquent, être libre jusqu'à une hauteur de genoux, qui se trouve à une hauteur de 65cm comme en atteste le schéma repris ci-dessous tiré du NEUFERT (Les éléments des projets de construction, 8^{ème} édition (2000), Chapitre "Installations pour handicapés", page 555)". La partie adverse admet que la hauteur libre ainsi retenue est effectivement acceptable dans le cadre des critères imposés par

le cahier spécial des charges, mais elle constate, à la lecture des coupes - élévations de la cabine sanitaire proposée par la requérante, que cette exigence posée par son propre conseil technique n'est même pas rencontrée, puisqu'il apparaît que tant le bas du siphon du lavabo, qui se trouve à une hauteur, par rapport au sol, de quarante-cinq centimètres que la décharge du lavabo (allant du siphon jusqu'à la dalle de sol) se situent dans l'emprise du diamètre de rotation de cent-cinquante centimètres. Ils constituent donc des obstacles.

La partie adverse estime que la requérante ne peut nullement être suivie lorsqu'elle soutient que la question du siphon et de la décharge, qui sont des éléments non cotés sur son croquis, relève de détails d'exécution. En effet, si l'utilisation de solutions alternatives (telle la mise en place par exemple d'un siphon plat) était effectivement envisageable sous un angle strictement technique, il appartenait à la requérante de le préciser, le croquis produit par ses soins ne laissant place à aucune équivoque en ce qui concerne l'encombrement de la solution offerte, car elle aurait nécessairement conduit à des surcoûts significatifs. Or, le prix anormalement bas offert ne lui aurait pas permis d'assumer ces surcoûts dans des conditions économiques viables.

Selon la partie adverse, il est erroné d'alléguer, comme le fait la requérante, que "[...] dès lors que l'empreinte au sol du bloc sanitaire prévue sur le plan doit être impérativement respectée, il est techniquement impossible de procéder autrement que comme cela est prévu sur le plan joint au dossier d'adjudication". Elle renvoie à cet égard à l'annexe 7 de son rapport de soumission. Elle estime également que la référence au constat selon lequel "les W.-C. situés à droite des ascenseurs existants et auxquels on accède via un hall commun ont une dimension permettant une aire de rotation d'un diamètre de 150cm passant nécessairement en dessous du lavabo et de la cuvette du W.-C." est sans pertinence, les fonctions respectives des blocs sanitaires privatifs et des sanitaires communs étant par essence distinctes, outre le fait qu'en ce qui concerne les "blocs sanitaires [individuels] préfabriqués", les exigences impératives du dossier d'adjudication, définies par le cahier spécial des charges et appuyées par des plans de détail, étaient claires et dépourvues de la moindre équivoque.

Concernant la deuxième cause de non-conformité du bloc sanitaire relative à l'accès au lavabo médical et à la protection de l'intimité, la partie adverse fait valoir que les "critères fondamentaux de conformité des blocs sanitaires" prévoyaient ceci : "la conception du bloc sanitaire doit permettre l'accessibilité au lavabo par le personnel soignant depuis la chambre et à proximité du lit du résident, dans la zone reprise dans le plan de principe annexé au présent cahier spécial des charges; lorsqu'il

n'est pas utilisé, le lavabo ne peut être visible depuis l'extérieur du bloc sanitaire". Quant à la présence d'une "réservation", la conclusion de la partie adverse et de ses bureaux d'études analysant l'ouverture proposée par la requérante comme une "réservation" trouve en fait sa source dans les deux autres "coupes" également fournies par la requérante, à l'examen desquelles il apparaît clairement, sans qu'il puisse être question d'un "malentendu", que l'on ne trouve, parmi les documents alors produits, aucune présence d'un quelconque panneau amovible, qui aurait permis, hors les périodes d'utilisation par le personnel soignant, d'assurer une intimité élémentaire, compte tenu des fonctions multiples des blocs sanitaires incluant une douche mais aussi un W.-C. Elle souligne sur ce point que le "schéma du fournisseur" ("Preliminary Technical Drawings - Elevation View") émanant de HKF Nordi AB reproduit en page 10 du "rapport technique" réalisé à la demande de la requérante constitue un élément d'appréciation nouveau, postérieur à la décision d'attribution et qu'il n'y a donc pas lieu de prendre en considération. La partie adverse n'a donc commis aucune "erreur manifeste d'appréciation" en concluant que "[...] ce critère de non-visibilité du lavabo depuis l'extérieur du bloc sanitaire ne serait pas rencontré [...]".

Quant à la hauteur libre de l'accès au lavabo pour le personnel soignant, la partie adverse se réfère aux coupes annexées à la note d'observations, qui laissent apparaître de la manière la plus claire que le personnel soignant serait, dans la configuration proposée, dans l'impossibilité d'apercevoir l'intérieur de la cabine, d'y travailler utilement et dès lors d'utiliser (de surcroît en position inversée!) correctement les lavabos pour assurer depuis la chambre les soins indispensables aux patients alités.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le fascicule du cahier spécial des charges, spécifique aux blocs sanitaires préfabriqués, contient dans un texte encadré et en caractères accentués en gras les "Critères fondamentaux de conformité" de ces fournitures.

Parmi ces critères réputés fondamentaux, figure celui spécifiant que la conception du bloc doit permettre l'accessibilité au lavabo par le personnel soignant depuis la chambre et à proximité du lit du résident, dans la zone reprise dans le plan de principe annexé, et précisant que, lorsqu'il n'est pas utilisé, le lavabo ne peut être visible depuis l'extérieur du bloc sanitaire.

La décision attaquée considère que la partie requérante a déposé une soumission ne répondant pas à cette spécificité et que cette soumission est dès lors

entachée d'une irrégularité substantielle qui entraîne son rejet. Un autre motif d'irrégularité substantielle est également relevé par la partie adverse. Toutefois, chacun de ces motifs est présenté, dans la décision attaquée, comme suffisant par lui-même pour rejeter l'offre de la partie requérante.

Il ressort de l'exposé des faits que la partie adverse a interrogé la partie requérante à propos du prix apparemment anormalement bas des blocs sanitaires proposés et l'a invitée notamment à justifier la conformité des blocs proposés au cahier spécial des charges.

Dans sa réponse du 26 novembre 2010, la partie requérante joint des dessins techniques préliminaires. Dans la vue en élévation du lavabo, le dessin comprend une zone hachurée sans légende relative à la signification du hachurage mais avec un commentaire "zone d'accès au lavabo médical". L'on retrouve la même zone dans les autres vues en élévation présentées par la partie requérante et aucun commentaire n'est apporté. Dans le texte écrit de la justification, aucune explication n'est donnée pour ce qui concerne cette zone et il n'est pas possible de déduire s'il s'agit d'un panneau amovible ou d'une découpe dans la paroi, ce qui est, selon les termes techniques de la construction, une réservation.

A ce courrier de la partie requérante, n'est jointe aucune fiche émanant du fabricant des blocs sanitaires proposés.

Il est donc impossible de déterminer, sur la base de la soumission et des vues en élévation produites par la partie requérante à l'appui de la justification proposée, que la zone hachurée sur un plan et reproduite sur les autres vues serait un panneau amovible comme elle le prétend en termes de procédure.

Certes, le bureau d'ingénieurs conseils, consulté par la partie requérante après la réception de l'acte attaqué, indique en page 9-11 que la zone "hachurée" n'est pas une réservation mais un panneau amovible et que la partie requérante a reproduit le schéma de documentation du fournisseur en traduisant "nurse access panel" par "zone d'accès au lavabo médical". Ledit bureau d'ingénieurs conseils estime que cela pourrait expliquer le malentendu et en déduit qu'il s'agit bien d'un panneau amovible. Cependant, il résulte des éléments de réponse fournis par la partie requérante à la partie adverse qu'il n'a jamais été question d'un panneau amovible ("panel") mais bien d'une "zone", ce que la partie adverse a parfaitement pu comprendre comme n'étant pas un panneau amovible.

Il ressort de ces éléments que la partie adverse a pu considérer, sans violer les dispositions visées au moyen, que l'offre de la partie requérante n'était pas conforme aux spécifications techniques du cahier spécial des charges et écarter cette soumission.

Cette irrégularité étant établie, il n'est pas nécessaire d'examiner la matérialité de l'autre irrégularité.

Le moyen n'est pas fondé.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

Dans un quatrième moyen, la requérante soutient que l'irrégularité vantée ne présente aucun caractère substantiel.

Elle affirme, en substance, que seule une irrégularité substantielle est de nature à conduire à la nullité de l'offre. Elle souligne qu'aucune sanction de nullité n'était prévue au cahier spécial des charges et soutient que les irrégularités relevées ne pouvaient être qualifiées d'irrégularités substantielles. Elle relève également que le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe d'égalité. Or, dans la mesure où les documents d'adjudication ne prévoyaient pas la communication de plans de détails et que ce n'est qu'à l'occasion d'une demande de justification qu'elle a produit des documents, rien ne permet de penser que les offres des autres soumissionnaires, qui n'ont pas été invités à produire de tels documents, ne devaient pas être considérées comme irrégulières. Ces offres étant considérées comme régulières, le principe de l'égalité de traitement ne peut que conduire à la conclusion que son offre était également régulière.

La partie adverse répond en renvoyant à l'examen des trois premiers moyens.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En règle, un manquement à une spécification technique peut ne pas être de nature à entraîner automatiquement une décision d'irrégularité et une analyse du caractère substantiel ou non de l'irrégularité est nécessaire.

Toutefois, en l'espèce, ainsi que cela a déjà été relevé plus haut, en particulier lors de l'examen du troisième moyen, il résulte du cahier spécial des charges que l'autorité adjudicatrice a indiqué aux soumissionnaires qu'elle faisait de la condition d'accès au lavabo sanitaire depuis la chambre du résidant et de l'occlusion possible de cet accès lorsque le lavabo n'était pas utilisé un "critère fondamental de conformité" des blocs sanitaires.

La partie adverse s'est expliquée dans les écrits de la procédure sur ce choix de qualifier au cahier spécial des charges cette spécification de critère fondamental.

La qualification de la spécification a donc été faite au cahier spécial des charges et n'apparaît pas tenir de l'erreur manifeste d'appréciation de l'autorité adjudicatrice mais de sa volonté légitime d'assurer une certaine intimité au résidant dans le bloc sanitaire.

Le cahier spécial des charges ayant érigé cette prescription en "critère fondamental" et la partie adverse relevant que le bloc sanitaire présenté par la partie requérante n'y satisfaisait pas, il n'y avait pas d'autre choix que de déclarer irrégulière la soumission de la partie requérante, sans qu'il soit nécessaire que le cahier spécial des charges ait prévu une sanction spécifique, cette sanction étant la conséquence de l'application de l'article 110, §§ 1^{er} et 2.

Pour ce qui concerne le respect du principe d'égalité, il n'apparaît pas du dossier administratif déposé au Conseil d'État que d'autres soumissionnaires qui se trouvaient dans une situation comparable à celle de la requérante (à savoir, avoir déposé une offre comportant un prix apparemment anormalement bas pour une prescription essentielle) auraient été traités différemment par la partie adverse.

La partie adverse a d'ailleurs déposé au dossier administratif la soumission retenue et la partie requérante n'a élevé aucune observation quant à la conformité ou non de la solution proposée par le soumissionnaire retenu.

Le moyen n'est pas fondé.

VIII. DEMANDE DE MESURE AVANT-DIRE DROIT

La partie requérante sollicite une mesure avant-dire droit ayant pour objet la désignation d'un expert dont la mission serait de donner un avis sur la conformité au

cahier spécial des charges des blocs sanitaires proposés par la requérante et par la société anonyme C.F.E. BRABANT, en se fondant uniquement sur les documents communiqués à la partie adverse dans le cadre de la procédure d'attribution du marché.

Le troisième moyen n'étant pas fondé pour les motifs indiqués plus haut, une telle désignation ne serait d'aucune utilité.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.