

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.636 du 17 juin 2015
G./A.204.069/VI-19.533

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
D.N.A-ARCHITECTE,**

ayant élu domicile chez
Me Geoffroy VAN CUTSEM, avocat,
rue Beeckman, n° 10-14,
4000 Liège,

contre :

la commune d'Aubange,

ayant élu domicile chez
Me Xavier KOENER, avocat,
Rue de Diekirch, n° 62,
6700 Arlon.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 mars 2012, la société privée à responsabilité limitée D.N.A-ARCHITECTE demande l'annulation de "la décision du 18 janvier 2012 du Collège [communal] de la commune d'Aubange par laquelle celle-ci a décidé d'attribuer à la S.P.R.L. ALINEATER le marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un réfectoire pour l'école communale de Rachecourt".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 230.064 du 2 février 2015 a ordonné la réouverture de débats et a repris la procédure au stade de la notification, à la partie adverse, du rapport de M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie adverse a déposé un dernier mémoire, la partie requérante a déposé une lettre valant dernier mémoire.

Une ordonnance du 7 mai 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 10 juin 2015 à 10 heures.

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

Me Adrien LAMBERT, *loco*, Me Geoffroy VAN CUTSEM, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Xavier KOENER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, 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. Par une délibération du 26 octobre 2011, le conseil communal de la commune d'Aubange approuve le cahier spécial des charges n° S-13-2011 relatif au marché "Désignation d'un auteur de projet pour la construction d'un réfectoire pour l'école communale de Rachecourt". Le mode d'attribution est celui de la procédure négociée sans publicité.

III. 2. Par une délibération du 8 novembre 2011, le collège communal de la partie adverse décide de lancer la procédure visant l'attribution du marché en cause en consultant douze architectes, dont la requérante. La date limite de remise des offres est fixée au 13 décembre 2011 à 15 heures 45.

III. 3. Le 23 décembre 2011, un procès-verbal d'ouverture des offres est établi et constate la remise de quatre offres : D.S.T., RIDREMONT Bertrand, ABC-DNA Bureau d'Etudes & d'Architectures et ALINEATER.

III. 4. En sa séance du 10 janvier 2012, le collège communal de la partie adverse approuve la proposition d'attribution telle que formulée dans le rapport d'examen des offres. Il décide donc d'attribuer le marché à la société privée à responsabilité limitée ALINEA TER. Cette décision constitue l'acte attaqué. Elle est libellée comme suit:

" PROVINCE DE LUXEMBOURG
COMMUNE D'AUBANGE

EXTRAIT DU REGISTRE AUX DELIBERATIONS DU COLLEGE
COMMUNAL
SEANCE DU : 10/01/2012

[...]

Le Collège Communal,

DESIGNATION D'UN AUTEUR DE PROJET POUR LA CONSTRUCTION
D'UN REFECTOIRE POUR L'ECOLE COMMUNALE DE RACHECOURT –
APPROBATION DE L'ATTRIBUTION

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, et ses modifications ultérieures, notamment les articles L1222-3 et L1222-4 relatifs aux compétences du Collège communal, et les articles L3111-1 et suivants relatifs à la tutelle;

Vu la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ses modifications ultérieures, notamment l'article 17, § 2, 1° a (montant du marché HTVA inférieur au seuil de 67.000,00 €);

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, et ses modifications ultérieures, notamment l'article 120;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, et ses modifications ultérieures;

Vu le cahier général des charges, annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 précité, et ses modifications ultérieures;

Considérant le cahier spécial des charges N° S-13-2011 relatif au marché «Désignation d'un auteur de projet pour la construction d'un réfectoire pour l'école communale de RACHECOURT». établi par le Service Marchés publics;

Vu la décision du Conseil communal du 26 octobre 2011 approuvant les conditions, le montant estimé et le mode de passation (procédure négociée sans publicité) de ce marché;

Vu la décision du Collège communal du 8 novembre 2011 relative au démarrage de la procédure d'attribution, par laquelle les firmes suivantes ont été choisies afin de prendre part à la procédure négociée :

- ALINEA Ter, rue de Luxembourg, 41 b à 6720 HABAY-LA-NEUVE
- SERVAIS ET SOMMEILLIER, route d'Arlon, 79 à 6760 VIRTON
- RIDREMONT Bertrand, rue du Vivier, 73 à 6761 CHENOIS
- D.S.T., Square Albert 1^{er}, 1 à 6700 ARLON
- ATELIER LE CAVET, rue des Déportés, 32 à 6700 ARLON
- SPOIDENNE José, Le Pas-de-Loup, 28 à 6791 GUERLANGE
- A3 ARCHITECTURE, rue de l'Hydrion, 50 à 6700 ARLON
- TREMA, Grand-Rue, 23 à 6791 ATHUS
- ABC Bureau d'Etudes & d'Architectures, 67, rue Basse à 6792 RACHECOURT
- JUNG Yannick, rue Nasfeld, 4 à 6790 AUBANGE
- FICHANT Ronny, rue de Rachecourt, 72 à 6782 HABERGY

- HAUSSE Géraldine, avenue de la Libération, 38 à 6791 ATHUS;

Considérant que les offres devaient parvenir à l'administration au plus tard le 13 décembre 2011 à 15.45 h;

Considérant que le délai de validité des offres est de 120 jours de calendrier et se termine le 11 avril 2012;

Considérant que 4 offres sont parvenues :

- D.S.T., Square Albert 1^{er}, 1 à 6700 ARLON (% des honoraires: 7,55 %)
- RIDREMONT Bertrand, rue du Vivier, 73 à 6761 CHENOIS (% des honoraires : 8 %)
- ABC Bureau d'Etudes & d'Architectures, 67, rue Basse à 6792 RACHECOURT (% des honoraires: 5 %)
- ALINEA Ter, rue de Luxembourg, 41b à 6720 (% des honoraires: 6,9 %)

Considérant le rapport d'examen des offres du 5 janvier rédigé par Monsieur Claude FELTZ, Ingénieur civil Architecte, Professeur honoraire Président de la C.C.A.T., que le Collège fait sien;

Considérant en outre, l'intérêt d'assurer une bonne coordination avec le projet voisin et concomitant d'école maternelle libre, dont ALINEATER est auteur de projet;

Considérant que le Service Marchés publics propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit ALINEA Ter, rue de Luxembourg, 41b à 6720 HABAY-LA-NEUVE;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2011 article 722/724-60;

DECIDE

Article 1 : D'approuver la proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 5 janvier 2012 pour le marché «Désignation d'un auteur de projet pour la construction d'un réfectoire pour l'école communale de RACHECOURT», rédigé par Monsieur Claude FELTZ, Ingénieur civil Architecte, Professeur honoraire Ulg, Président de la C.C.A.T.

Article 2 : D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit ALINEA Ter, rue de Luxembourg, à 6720 HABAY-LA-NEUVE.

Article 3 : L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier spécial des charges N° S13-2011.

Article 4 : D'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2011 article 722/724-60.

[...]".

III. 5. Le rapport d'analyse auquel se réfère l'acte attaqué se présente comme suit:

" RAPPORT D'ANALYSE DES OFFRES EN REPONSE AU MARCHE DE SERVICE RELATIF A LA «MISSION D'ARCHITECTURE POUR LA CONSTRUCTION D'UN REFECTOIRE POUR L'ECOLE COMMUNALE DE RACHECOURT»

A la clôture de l'appel d'offres en date du 13 décembre 2011, quatre offres ont été enregistrées dans les délais, qui sont reprises au tableau ci-dessous :

1. S.T.P./D.S.T. Square Albert 1^{er}, 1 à 6700 Arlon;
2. RIDREMONT Bertrand rue du Vivier, 73 à 6761 Chenois;
3. ABC/DNA Bureau d'études & d'architectures rue de Luxembourg, 41b, 6720 Habay-La-Neuve.
4. Alinea Ter, rue du Luxembourg, 41b à 6720 Habay-La-Neuve.

RECEVABILITE A LA SELECTION

Pour rappel, l'appel reprend les critères de sélection suivants :

«Le soumissionnaire doit disposer des capacités financières, économiques et techniques pour mener le marché organisé par le présent cahier spécial des charges. La sélection qualitative des soumissionnaires sera réalisée sur base des documents suivants :

- la preuve de l'inscription au Tableau de l'Ordre des Architectes ou tout document équivalent délivré par une autorité compétente d'un autre Etat membre;

- ONSS :

En application de l'arrêté royal 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés, fournir l'attestation de l'Office National de Sécurité Sociale ou de l'autorité compétente étrangère, selon le cas, prouvant que le soumissionnaire est en règle en matière d'obligations sociales pour les salariés qu'il emploierait dans son bureau d'architecture.

- Une déclaration sur l'honneur, conforme au modèle annexé au présent cahier spécial des charges, par laquelle le soumissionnaire atteste qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion réglementaire mentionné à l'article 69, 1^o à 40, 6^o et 7^o de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

- Références de marchés similaires à ceux faisant l'objet du présent marché : Joindre une liste de services de référence réalisés les trois dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les services similaires quant au montant des travaux à concevoir et à suivre et quant à l'exécution de missions d'architecture pour des travaux sur des infrastructures similaires».

Les quatre soumissionnaires ont joint à leur offre chacun les documents demandés. Les quatre offres sont donc recevables.

ANALYSE DES OFFRES SELON LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION

Pour rappel les critères d'attribution du marché, ils sont énumérés dans l'appel comme suit :

«Qualité de la note d'intention en 1 page + croquis et schémas éventuels esquissant les premières idées sur le parti architectural envisagé pour assumer le programme et tenir le budget serré sur le lieu d'implantation retenu

cotation sur 20 points

Références du bureau en matière de projets scolaires sur les vingt dernières années (nombre et montants de projets)

cotation sur 10 points

Réputation du bureau en ce qui concerne la bonne tenue des délais et la capacité de gestion administrative des dossiers

cotation sur 10 points

Références du bureau en matière énergétique dans la construction

cotation sur 10 points

Montant global des honoraires en pourcentage du montant des travaux pour l'ensemble de la mission

cotation sur 10 points».

Selon les critères énoncés ci-avant, a été établi un tableau d'analyse des offres, joint en annexe et explicité ci-après :

Critère «montant global des honoraires»

Pour le critère «montant global des honoraires», côté sur 10 points, deux sous-critères ont été établis reprenant les honoraires à proprement parler en % tel qu'annoncés dans l'offre, ainsi que les délais annoncés pour la mission d'étude en jours calendrier.

Les offres ont été classées du moins-disant au plus-disant pour les deux sous-critères.

La cote sur 5 est dégressive selon le classement ordinal.

Pour les honoraires :

- ABC/DNA Architecture avec 5 % obtient la 1^{ère} place et la cote de 5/5;
- ALINEATER et le STP/DST avec 7,55 % et +/- 7,50 % ont été classés ex aequo en 2^{ème} place avec la cote de 4/5;
- Architecte RIDREMONT avec 8 % se classe 4^{ème} et obtient 2/5.

Pour les délais d'étude :

- ABC/DNA avec 49j. (même si cela ne peut pas comprendre les délais de contact et réponse des Administrations) se classe à la 1^{ère} place et obtient 5/5;
- Avec 70j ALINEATER se classe en seconde place et obtient 4/5;
- Avec 115j RIDREMONT obtient la troisième place et obtient 3/5;
- et le STP/DST avec 300j se classe en 4^{ème} position et obtient 2/5.

Critère «références du bureau en matière énergétique»

Pour le critère «références du bureau en matière énergétique», il a été constaté que les références sont peu objectivables :

- ABC/DNA se prévaut de formations au PEB et en Audit énergétique, mais est sans référence de réalisation de bâtiment passif ou basse énergie.
 - RIDREMONT annonce avoir recours à un ingénieur en sous-traitance pour cette matière et n'annonce pas de référence de réalisation en cette matière.
 - le bureau ALINEATER annonce en la personne d'un de ses collaborateurs Amaury ADAM, avoir suivi les formations de la «Plateforme Maison Passive» et «PEB» du Centre Formation PME Luxembourg. Il présente en références 3 projets publics et 4 maisons privées, passifs ou «basse énergie».
 - le STP/DST annonce qu'un ingénieur industriel et deux architectes du bureau ont suivis les formations PEB.
- Il ne détaille pas, parmi les 49 pages de tableaux de la «liste de travaux réalisés», les projets spécifiquement «énergétiques», même si la compétence du STP en cette matière est largement reconnue.

Considérant la difficulté d'objectivation et de cotation équitable pour ce critère et sa moindre pertinence pour le projet de réfectoire dans le cadre du budget étriqué alloué, il est proposé de neutraliser ce critère dans la cotation.

Critère «réputation du bureau ...»

Pour le critère «réputation du bureau en ce qui concerne la bonne tenue des délais et la capacité de gestion administrative des dossiers» (cote/10), on retient deux indicateurs :

L'un basé sur les références (/5) demandées au cahier des charges comme suit :

«Joindre une liste de services de références réalisées les trois dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les services similaires quant au montant des travaux à concevoir et à suivre et quant à l'exécution de missions d'architecture pour des travaux sur des infrastructures similaires».

ainsi que sur l'expérience (/5) de projets antérieurs de la commune d'Aubange relative aux quatre auteurs de projet :

- ABC/DNA présente 3 attestations de réalisation issues d'une seule commune (BERTOGNE) (qui justifient un 3/5 «bon») et présente une liste de 8 projets publics dont 3 seulement sont terminés, ce qui conduit à estimer comparativement que c'est un niveau d'expérience faible et attribuer une cote 2/5 «suffisant».
- RIDREMONT ne produit aucun certificat ou attestation tel que sollicité (dont cote 1/5 «insuffisant») mais avec 24 réalisations publiques hors scolaire en référence peut se prévaloir d'une expérience incontestable, sauf critiques quant à sa tenue des délais (dont cote 4/5 «très bon»).
- ALINEATER produit 7 certificats de bonne exécution de communes ou institutions publiques ou para-publiques différentes (dont cote 4/5) et se prévaut d'une solide expérience des projets publics sur base de 16 réalisations, trois en cours et 11 en projet (cote 4/5).
- le STP/DST ne produit aucun certificat ou attestation spécifique comme demandé (dont cote 1/5) mais peut se prévaloir d'une large expérience des projets publics avec une liste de 49 pages de projets publics de toutes natures avec cependant quelques critiques sur la longueur des délais (cote 4/5).

Critère «références en matière de constructions scolaires»

En ce qui concerne les références en matière de constructions scolaires, a été examiné le nombre de réalisations et projets de référence des bureaux.

- ABC/DNA, jeune bureau, n'a aucune réalisation en référence et annonce avoir assuré le suivi d'un chantier scolaire au Grand-Duché de Luxembourg (ces références sont cotées comparativement à 3/10 «nettement insuffisant»);
- RIDREMONT annonce 9 réalisations d'écoles depuis 20 ans, 9 avant 1991 et 6 projets en cours et peut donc se prévaloir d'une expérience avérée (par ailleurs reconnue) en matière de bâtiments scolaires (dont cotation 9/10);
- ALINEATER, avec 13 réalisations significatives depuis 1991, 1 en cours et 4 en projets, dont 5 réalisations et 6 projets documentés dans le dossier d'offre, est à classer dans les bureaux d'expérience incontestable dans la matière (dont cotation à 9/10);
- avec 19 réalisations globales de bâtiments scolaires depuis 1995 le STP/DST exhibe une expérience avérée et reconnue (dont cotation à 9/10).

Critère «qualité de la note d'intention...»

En ce qui concerne le critère «Qualité de la note d'intention en 1 page + croquis et schémas éventuels esquissant les premières idées sur le parti architectural envisagé pour assumer le programme et tenir le budget serré sur le lieu d'implantation retenu» (cote /10), on a différencié d'une part (sur 10) la qualité de la note

d'intention et des documents présentés quant au parti architectural et à l'insertion spatiale proposée, et d'une part (sur 10) le respect du programme, du budget serré et des contraintes fonctionnelles d'implantation.

- ABC/DNA propose une recherche architecturale de grande qualité qui a été classée en première position obtenant une cote de 9/10.
Cependant, concernant le programme, l'accueil extra-scolaire n'est pas assuré, il y a un doute sur la fonctionnalité de l'accessibilité et la tenue propre de la cuisine centrale dans ce plan circulaire, doute également sur le respect du budget serré pour cette structure architecturale ; enfin, le plan circulaire de 28m de diamètre n'est pas compatible avec les contraintes dimensionnelles du terrain disponible rectangulaire de +/-14m x +/-22m. Pour cette partie «programme», la cote attribuée est de 4/10 «insuffisant».
- RIDREMONT présente une esquisse rapide d'un bâtiment répondant aux exigences de programme, de budget, d'implantation (7/10 pour la cote «programme») mais la moins étudiée quant à l'expression architecturale et classée en quatrième position (dont cote 6/10).
- ALINEATER, esquisse deux propositions (accueil extra-scolaire inclus ou non en locaux spécifiques) de grande sobriété volumétrique et présentant une proposition d'intégration recherchée en rapport avec le projet voisin d'école maternelle libre (classée en 3^{ème} position) (cote 7/10). Le programme est assumé et paraît compatible avec le budget serré, selon une implantation conforme aux attentes (cote 7/10).
- Le STP/DST a présenté un organigramme fonctionnel et formel intéressant débouchant sur une esquisse architecturale recherchée dans son expression volumétrique et dans son intégration spatiale, ce qui le classe en 2^{ème} position pour l'architecture (cote 8/10). Le programme est correctement assumé, l'implantation répond aux contraintes, il y a doute cependant sur la possibilité de respect du budget pour une telle complexité de forme (cote 6/10).

En agrégeant l'ensemble de ces évaluations partielles, chacun des critères étant côté spécifiquement, le classement final des quatre bureaux s'établit comme suit :

- 1 avec 39/50 ALINEATER
- 2 avec 34/50 le STP/DST
- 3 avec 32/50 l'Architecte B. RIDREMONT
- 4 avec 31/50 le bureau ABC/DNA Architecture

Vu le classement et l'écart significatif entre ALINEATER et les trois suivants, l'expert recommande de retenir l'offre classée première, soit ALINEATER pour la mission de construction du réfectoire de l'école primaire communale.

Claude FELTZ
Ingénieur civil architecte
Professeur honoraire ULg
Président de la C.C.A.T.M.

NB : le Collège pourra considérer en outre l'intérêt d'assurer une bonne coordination avec le projet voisin et concomitant d'école maternelle libre, dont ALINEATER est auteur de projet".

IV. RECEVABILITE DU RECOURS QUANT A L'OBJET

IV. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse observe que l'acte attaqué est "la décision du 18 janvier 2012 du Collège [communal] de la partie adverse par laquelle celle-ci a décidé d'attribuer à la société privée à responsabilité limitée ALINEATER le marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un réfectoire pour l'école communale de Rachecourt", que cette décision n'existe pas, qu'aucune décision d'attribution n'a été prise en date du 18 janvier 2012, que la décision d'attribution est intervenue le 10 janvier 2012, que la requérante ne pouvait pas l'ignorer, que l'acte attaqué est inexistant et que le recours doit donc être déclaré irrecevable.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique qu'il y a eu une confusion entre la date de prise de décision et la date de notification de ladite décision, qu'une erreur matérielle ne peut suffire à faire dire le recours irrecevable, qu'il suffit de se référer au dossier de pièces transmis au greffe du Conseil d'Etat qui comporte une pièce numéro 5, copie de la décision attaquée, que le Conseil d'Etat a jugé, en pareille hypothèse, que le recours était néanmoins recevable, que, dans un arrêt 122.287 du 22 août 2003, concernant l'article 8 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé, le Conseil d'Etat rappelle que la demande de suspension contient la mention de l'acte ou du règlement attaqué, que le Conseil d'Etat apporte dans cet arrêt une nuance importante, qu'il considère que l'imprécision ne rend pas nécessairement la demande irrecevable pour autant que l'auteur de l'acte désigné ou l'acte désigné puisse être identifié par les organes du Conseil d'Etat, grâce notamment à la mention de l'acte attaqué, qu'en l'espèce, l'acte attaqué est bel et bien joint au recours transmis aux organes du Conseil d'Etat, lesquels pourront sans difficulté identifier l'acte attaqué ainsi que son auteur, qu'il ressort du mémoire en réponse que la partie adverse a parfaitement compris le sens du recours déposé, qu'en outre, la cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de chambre L'ERABLIERE A.S.B.L. c/Belgique, a jugé, concernant le rejet d'une demande d'annulation d'un permis d'urbanisme, que la requérante, qui s'était contentée de joindre à son recours l'acte administratif attaqué avec un exposé des faits sans pour autant identifier l'acte en question ne pouvait se voir opposer l'irrecevabilité de son recours dès lors que la partie adverse avait accès à l'acte attaqué étant l'auteur de cet acte, que la Cour conclut que la limitation au droit d'accès à un tribunal imposée à la requérante était disproportionnée par rapport aux exigences de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice, en violation de l'article 6, § 1, qu'il s'agissait notamment d'une application trop stricte des conditions de recevabilité et qu'il plaira donc au Conseil d'Etat, dans le cadre de sa

jurisprudence et de celle de la cour européenne des droits de l'homme, d'accueillir le recours en annulation déposé.

C. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse déclare se référer à l'argumentation qu'elle avait développée dans son mémoire en réponse. Elle rappelle en outre que, sous peine de vider de sa substance l'exigence d'indication de l'acte attaqué, il appartient au requérant de désigner celui-ci avec précision.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu de l'article 2, §1^{er}, 3°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, la requête doit notamment contenir l'objet de la demande ou du recours.

La vérification du respect de l'exigence d'indication précise de l'acte attaqué déduite de cette disposition ne peut toutefois procéder d'un formalisme excessif.

En l'espèce, et comme l'admet la requérante, il y a bien eu une confusion entre la date d'adoption de la décision d'attribution du marché litigieux, à savoir le 10 janvier 2012, et celle à laquelle cette décision a été notifiée, à savoir le 18 janvier 2012.

Néanmoins, ainsi qu'il ressort tant du mémoire en réponse que du dossier administratif, la partie adverse n'a pu se méprendre sur l'acte effectivement attaqué par le présent recours et n'a pas été mise dans l'impossibilité d'en défendre la légalité.

Il y a donc lieu de considérer que l'acte attaqué par le présent recours est bien la décision du 10 janvier 2012 prise par le collège communal de la partie adverse, de sorte que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 1^{er}, §1^{er}, et 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, de l'article 115 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 4 du cahier spécial des charges, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de la motivation interne des actes administratifs selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle y expose que la partie adverse a attribué le marché litigieux à la société privée à responsabilité limitée ALINEATER, celle-ci obtenant 39/50 contre 31/50 pour elle, que cette différence entre les deux offres s'explique principalement par la manière dont la partie adverse a fait application des critères d'attribution et par les notes qu'elle a attribuées aux soumissionnaires pour ces critères, qu'elle a inséré des sous-critères et a éliminé le deuxième critère après que les soumissionnaires ont pris connaissance de son contenu, que le premier critère vise la qualité de la note d'intention et des croquis et schémas éventuels sur le plan architectural et budgétaire, que, dans l'appréciation des offres pour ce critère, la partie adverse a intégré *a posteriori* deux sous-critères par rapport aux exigences posées par le cahier spécial des charges, que le deuxième critère d'attribution visant la référence des bureaux en matière énergétique a été supprimé de l'évaluation des offres, dans l'ignorance totale des soumissionnaires, que, pour le troisième critère, le pouvoir adjudicateur a subdivisé ce critère en deux sous-critères, l'un relatif à la réputation et l'autre aux références produites, sanctionnés chacun d'une côte de 5 points, que le cinquième critère d'attribution a également été divisé en deux sous-critères de 10 points chacun, que le pouvoir adjudicateur doit pourtant faire application des critères d'attribution tels qu'ils sont définis par le cahier spécial des charges, que, s'il n'est pas interdit en soi au pouvoir adjudicateur de recourir à des éléments d'évaluation qui ne sont pas mentionnés dans le cahier spécial des charges, mais qui sont destinés à expliciter les critères d'attribution fixés par ce dernier, ces éléments d'évaluation ne peuvent cependant pas conduire, à peine de tenir en échec les principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence, à une dénaturation des critères du cahier spécial des charges qui sont les seuls connus des soumissionnaires, que le pouvoir adjudicateur ne peut ni modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier spécial des charges ni tenir compte d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, ni encore prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires,

qu'il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de leurs offres, que la manière dont le pouvoir adjudicateur a fait application des premier, deuxième, troisième et cinquième critères d'attribution méconnaît les principes rappelés ci-dessus, que la partie adverse s'est contentée de supprimer le deuxième critère d'attribution, qu'en ce qui concerne le premier critère, le pouvoir adjudicateur l'a subdivisé en deux, attribuant 5 points pour les honoraires et 5 points pour le délai d'étude, qu'elle a dénaturé le premier critère tel que présenté dans le cahier spécial des charges, que ce critère ne comporte aucune référence au délai d'étude, qu'en surajoutant une dimension temporelle à un critère financier, la partie adverse a dénaturé ledit critère et lui a donné une portée qui, si elle avait été connue des soumissionnaires lors du dépôt des offres, n'aurait pas manqué d'influencer le contenu de ces dernières, qu'en ce qui concerne le troisième critère, le même grief peut être formulé, que la partie adverse conclut son évaluation par un *nota bene* lequel précise que "le collège pourra considérer en outre l'intérêt d'assurer une bonne coordination avec le projet voisin et concomitant d'école maternelle libre, dont Alineater est auteur de projet" et qu'en traçant directement un lien entre l'attribution du marché et le fait qu'une bonne coordination avec un projet justement élaboré par le soumissionnaire retenu pour la construction du réfectoire est essentiel, le collège a violé le principe de transparence et d'objectivité propre à la matière des marchés publics.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la requérante qualifie les critères d'attribution selon le numéro d'ordre dans lequel ils ont été présentés dans le rapport d'attribution du marché, alors que cette qualification ne correspond pas à celle définie dans le cahier spécial des charges et crée une confusion, qu'elle présentera les critères d'attribution selon l'ordre défini par le cahier spécial des charges; qu'en ce qui concerne le premier critère d'attribution relatif à la qualité de la note d'intention et croquis et schémas éventuels esquissant les premières idées sur le parti architectural envisagé pour assumer le programme et tenir le budget serré sur le lieu d'implantation retenu, la requérante ne développe pas son argumentation, que ce critère a été divisé en deux, un sous-critère relatif à la qualité de la note d'intention et des documents présentés quant au parti architectural et à l'insertion spatiale proposée et un sous-critère relatif au respect du programme, du budget serré et des contraintes fonctionnelles d'implantation, la partie adverse conteste que des sous-critères auraient été ajoutés au premier critère d'attribution, que la subdivision retenue dans le rapport d'attribution correspond parfaitement à l'énoncé du critère d'attribution tel que défini dans le cahier spécial des charges, que les aspects mis en évidence suite à l'examen des offres ne peuvent être analysés comme des sous-critères d'attribution qui auraient

été irrégulièrement déterminés *a posteriori*, que la comparaison des offres et l'énoncé des motivations sous-jacentes au classement établi impliquent nécessairement la mise en évidence de certains aspects extraits des offres et l'attribution de points à ces aspects pour en permettre le classement, que qualifier des éléments mis en évidence suite à la comparaison des offres de sous-critères d'attribution rendrait impossible tout processus de comparaison, qu'en l'espèce, les critères utilisés ne sont nullement de nouveaux critères et ceux-ci ne dénaturent en rien le critère d'attribution tel que défini par le cahier spécial des charges puisqu'ils correspondent parfaitement au prescrit de celui-ci, qu'à titre subsidiaire, la requérante n'explique pas en quoi la division du critère en deux sous-critères violerait les dispositions légales et réglementaires qu'elle invoque, que les soumissionnaires ont été traités de manière égalitaire dans la mesure où chacune des offres a été analysée sur base du même critère d'attribution et selon la même méthode d'analyse; qu'en ce qui concerne le deuxième critère d'attribution, la requérante ne formule aucun grief quant à l'appréciation des offres par rapport à ce critère; qu'en ce qui concerne le troisième critère d'attribution, la requérante dénonce sa subdivision en deux sous-critères : la réputation et les références produites, que la partie adverse conteste le fait que des sous-critères auraient été ajoutés au critère d'attribution défini par le cahier spécial des charges, que les appréciations formulées dans le rapport d'attribution démontrent qu'au travers des références et attestations de réalisation produites, c'est bien la réputation en ce qui concerne la bonne tenue des délais et la capacité de gestion administrative des dossiers qui a été analysée, et ce conformément au critère d'attribution défini dans le cahier spécial des charges, que ce critère ne fait pas double emploi avec le deuxième critère puisque les références prises en considération ne sont pas les références spécifiques en matière de projets scolaires mais les références générales en matière de projets publics et ce, sous l'angle de la bonne exécution et du respect des délais, ce que le cahier spécial des charges visait sous la dénomination de "réputation en ce qui concerne la bonne tenue des délais et la capacité de gestion administrative des dossiers", que les indicateurs retenus dans le rapport d'attribution pour apprécier les offres correspondent donc bien à l'énoncé du critère d'attribution tel que défini dans le cahier spécial des charges, que les deux indicateurs ayant servis de base à l'analyse des offres se fondent sur des documents et informations dont la production était exigée par le cahier spécial des charges, que les soumissionnaires n'ont dès lors pas pu être surpris ou désavantagés à cet égard, qu'il est manifeste que le rapport d'attribution s'est fondé sur les aspects mis en évidence suite à l'examen des offres, sur la base des documents exigés par le cahier spécial des charges et remis par les soumissionnaires dans leur offre, et non sur des sous-critères établis *a posteriori*, que dans un marché public n'atteignant pas les seuils de publicité européenne, les sous-critères ne doivent pas être formulés obligatoirement dans le cahier spécial des charges, qu'ils peuvent apparaître à l'occasion de l'analyse des offres, pour autant, que ce faisant, on n'introduise pas un critère nouveau et non

énoncé dénaturant les critères initiaux, que les critères utilisés ne sont nullement de nouveaux critères et ceux-ci ne dénaturent en rien le critère d'attribution tel que défini par le cahier spécial des charges, que la requérante n'explique pas en quoi la division du critère en deux sous-critères violerait les dispositions légales et réglementaires qu'elle invoque, qu'en ce qui concerne le quatrième critère d'attribution, le rapport d'attribution mentionne que "considérant la difficulté d'objectivation et de cotation équitable pour ce critère et sa moindre pertinence pour le projet de réfectoire dans le cadre du budget étrié alloué, il est proposé de neutraliser ce critère dans la cotation", que la requérante ne peut se prévaloir d'une quelconque rupture d'égalité de traitement par rapport aux autres soumissionnaires, dans la mesure où aucune des offres n'a été évaluée sur la base de ce critère, qu'en outre, les motifs de la neutralisation du critère sont clairement énoncés dans le rapport, qu'en ce qui concerne le cinquième critère d'attribution, la requérante énonce que la commune d'Aubange a intégré *a posteriori* deux sous-critères par rapport aux exigences posées par le cahier spécial des charges, à savoir les honoraires et le délai d'étude, que la contestation de l'analyse de l'offre de la requérante par rapport à ce critère n'est pas recevable, à défaut d'intérêt, dans la mesure où l'offre de celle-ci a été jugée comme étant la plus avantageuse sur la base de ce critère, que son offre a emporté la cote maximale de 10 points pour ce critère et est la seule à avoir obtenu une telle cote, que la requérante n'a donc aucun intérêt à contester l'analyse de son offre sur la base de ce critère et qu'en conséquence, le moyen unique n'est pas fondé.

C. Mémoire en réplique

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante reprend l'argumentation déjà développée dans sa requête en annulation.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse relève que la partie requérante n'a pas intérêt au moyen car elle ne démontre pas qu'elle aurait pu obtenir un meilleur classement, *a fortiori* qu'elle pourrait remporter le marché.

La partie adverse soutient que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009, modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le Conseil d'Etat, saisi d'une contestation relative à la matière des marchés publics, sur la base de cette loi, n'a pas à vérifier l'intérêt au moyen, "limitant les débats à l'apparence de droit", ce qui n'est pas le cas lorsque la contestation est introduite "par la voie de la procédure

classique", le Conseil d'Etat disposant alors de "toute la liberté pour examiner l'intérêt" de la partie requérante au moyen qu'elle développe.

Elle s'en réfère pour le surplus à son mémoire en réponse.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En substance, le moyen critique la manière dont la partie adverse a mis en œuvre les critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges. S'agissant plus particulièrement du critère "Références du bureau en matière énergétique dans la construction", la requérante reproche à la partie adverse d'y avoir renoncé dans le cadre de la comparaison, alors qu'il avait bien été annoncé par le cahier spécial des charges.

A. Quant à la recevabilité

Le défaut d'intérêt au moyen, dont la partie adverse entend se prévaloir dans son mémoire en réponse, concerne le grief portant sur la mise en œuvre du critère d'attribution "Montant total des honoraires en pourcentage du montant des travaux pour l'ensemble de la mission".

Pour le reste, la requérante a intérêt à faire constater l'illégalité d'un procédé consistant à mettre un marché en concurrence au regard de cinq critères d'attribution, pour attribuer ensuite le marché à une entreprise après toutefois n'avoir évalué les offres qu'au regard de quatre desdits critères, l'empêchant ainsi de pouvoir prétendre à l'obtention du marché au regard de l'ensemble des critères d'attribution annoncés.

Enfin, c'est vainement que, dans son dernier mémoire, la partie adverse tente de se référer à des conceptions différenciées de l'intérêt au moyen, qui prévaudraient selon que le recours dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public a été introduit conformément aux lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 14 janvier 1973, ou selon les procédures visées aux articles 65/14 et suivants de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. L'argumentation développée à cette fin repose, en effet, sur le postulat erroné que les recours introduits conformément aux articles 65/14 et suivants de la loi du 24 décembre 1993 précitée seraient exclusivement traités selon une procédure d'extrême urgence. Ce faisant, la partie adverse perd de vue le recours en annulation organisé par l'article 65/14, laquelle disposition n'en prévoit pas l'examen selon la procédure d'extrême urgence.

B. Quant au fond

Le cahier spécial des charges prévoyait les cinq critères d'attribution suivants :

- " - Qualité de la note d'intention en 1 page + croquis et schémas éventuels esquissant les premières idées sur le parti architectural envisagé pour assumer le programme et tenir le budget serré sur le lieu d'implantation retenu
cotation sur 20 points
- Références du bureau en matière de projets scolaires sur les vingt dernières années (nombre et montants de projets)
cotation sur 10 points
- Réputation du bureau en ce qui concerne la bonne tenue des délais et la capacité de gestion administrative des dossiers
cotation sur 10 points
- Références du bureau en matière énergétique dans la construction
cotation sur 10 points
- Montant global des honoraires en pourcentage du montant des travaux pour l'ensemble de la mission
cotation sur 10 points".

Aucune éventuelle modification ou suppression d'un de ces critères d'attribution n'a été portée à la connaissance des soumissionnaires avant le dépôt des offres.

De l'aveu même de la partie adverse, le quatrième critère "Références du bureau en matière énergétique dans la construction" n'a pas été pris en considération dans le cadre de la comparaison des offres.

Le principe d'égalité entre les soumissionnaires, dont le moyen invoque la violation, s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur puisse neutraliser, pour apprécier les offres, l'un ou l'autre des critères d'attribution prévus par les documents du marché, et impose, au contraire, d'évaluer toutes les offres déposées au regard de tous les critères d'attribution, et ce même si, comme en l'espèce, les critères d'attribution annoncés par les documents du marché sont destinés à être mis en œuvre dans le cadre d'une procédure négociée. La liberté d'appréciation particulièrement importante dont jouit le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une telle procédure ne l'autorise pas à méconnaître ce principe d'égalité en tant qu'il impose précisément l'examen des offres au regard de l'ensemble des critères d'attribution.

La partie adverse n'a donc pu, sans violer le principe d'égalité entre les soumissionnaires, ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution, neutraliser l'un des

critères d'attribution annoncés. En tant qu'il lui en fait précisément grief, le moyen est fondé.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 10 janvier 2012 par le collège communal de la commune d'Aubange attribuant le marché public de travaux ayant pour objet la construction d'un réfectoire pour l'école communale de Rachecourt à la société ALINEATER.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept juin deux mille quinze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.