

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.696 du 22 juin 2015

G./A.215.892/VI-20.448

En cause : **1. la société anonyme DHERTE-ISTASSE,**
2. la société anonyme DHERTE,

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance n°17,
7522 Tournai,

contre :

la Province de Namur,

ayant élu domicile chez
Me Christophe THIEBAUT, avocat,
boulevard de la Woluwe, n° 62,
1200 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 mai 2015, la société anonyme DHERTE-ISTASSE et la société anonyme DHERTE sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise le 7 mai 2015 par le Collège provincial du Conseil provincial de la Province de Namur de ne pas sélectionner [les] requérantes dans le cadre de la procédure référencée «Appel à candidatures - La conception, la rénovation, la transformation, l'extension et l'équipement de la Maison de la Culture de la Province de Namur, ainsi que l'aménagement de ses abords»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 mai 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 juin 2015 à 10 heures.

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

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

Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Louis VANSNICK et Christophe THIEBAUT, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. La Province de Namur fait paraître le 7 janvier 2015 au Bulletin des Adjudications l'avis de marché référencé "Appel à candidatures – La conception, la rénovation, la transformation, l'extension et l'équipement de la Maison de la Culture de la Province de Namur, ainsi que l'aménagement de ses abords". Il s'agit de la première phase du marché public de travaux par appel d'offres restreint évalué à 18,5 millions d'euros H.T.V.A.. Le nombre d'opérateurs envisagés est de cinq. Les candidats sont invités à déposer leur candidature pour le 23 février 2015.

III.2. A la date du 23 février 2015, la Province de Namur réceptionne quatorze dossiers de candidatures.

III.3. Après avoir constaté qu'aucun dossier de candidature ne contenait tous les documents ou renseignements requis, le Collège provincial de la Province de Namur décide, par une délibération du 2 avril 2015, d'inviter dix candidats, dont les requérantes, à produire dans les quinze jours, les documents ou les renseignements manquants, incomplets, lacunaires ou ambigus.

En ce qui concerne la candidature des requérantes, la délibération du 2 avril 2015 indique ce qui suit:

" Candidature 2 - S.M. DHERTE ISTASSE S.A. - DHERTE S.A.
Que les éléments suivants peuvent être relevés :

- s'agissant de la procuration pour la signature du dossier de candidature, le dossier ne contient qu'une procuration de la S.A. DHERTE au profit de Monsieur Laurent CALLEWAERT, et non de la S.A. DHERTE ISTASSE vers ce dernier;
- s'agissant de la déclaration concernant les chiffres d'affaires pour les services d'ingénierie en stabilité et en techniques spéciales, ceux-ci font l'objet d'une déclaration unique sans ventilation, ce qui ne permet pas de vérifier le respect des deux seuils fixés dans l'avis de marché; de même, en ce qui concerne le chiffre d'affaires pour des «travaux similaires ou services pertinents», celui-ci, sans non plus faire l'objet d'une ventilation, est repris sous l'intitulé «affaires spécifiques à l'objet du marché», ce qui ne correspond pas nécessairement aux «travaux similaires ou services pertinents» au sens où ils sont définis dans l'avis de marché; enfin, les chiffres d'affaires ne sont pas présentés pour l'année 2011;
- s'agissant des services de performance énergétique et environnementale, les références produites ne sont pas accompagnées d'une attestation de qualité [...]."

III.4. Un courrier reprenant le passage pertinent de la délibération du collège provincial et invitant les candidats concernés à compléter leur dossier leur est envoyé le même jour.

III.5. Les requérantes répondent à ce courrier le 14 avril 2015.

III.6. Le collège provincial de la Province de Namur décide le 7 mai 2015 de sélectionner cinq candidats et de ne pas sélectionner les cinq autres candidats interrogés, dont les requérantes.

Cette décision motive comme suit la non-sélection des requérantes:

- " [...] Considérant, enfin, qu'à propos des services de performance énergétique et environnementale, la S.M. DHERTE-ISTASSE S.A.-DHERTE S.A. produit, à l'appui de son courrier et de son fax du 14 avril 2015, un seul certificat de bonne exécution «établi dans le cadre de la mission d'étude relative au bâtiment «cité administrative de Seraing»»;
- Que dans son courrier recommandé du 2 avril 2015, la Province de Namur sollicitait qu'une attestation de qualité soit produite pour «les références présentées» pour ces services;
- Que le seul certificat de bonne exécution produit par la S.M. DHERTE-ISTASSE S.A. - DHERTE S.A. a toutefois trait à la «cité administrative de Seraing»;
- Que cette référence n'était pas présentée dans le dossier de candidature de la S.M. DHERTE-ISTASSE S.A. - DHERTE S.A.; qu'en procédant de la sorte, la S.M. DHERTE-ISTASSE SA. - DHERTE SA. modifie le contenu de son dossier de candidature;
- Qu'en outre, aucune précision n'est apportée quant à la référence produite permettant d'attester qu'il s'agit d'une «référence de conception environnementale et énergétique suivant la méthode Breeam dans le cadre d'un projet de rénovation ou transformation pour des travaux similaires»;
- Que l'attestation ne permet même pas de déterminer au profit de qui elle a été établie;
- Que les autres documents produits attestant une certification environnementale Breeam pour le bureau BUILDING FOR THE FUTURE (B4F) ne sont pas de nature à énerver le constat dans la mesure où ils ne permettent pas d'attester à

suffisance que les travaux réalisés l'ont été dans les règles de l'art et à l'entière satisfaction du maître de l'ouvrage;
Que tenant compte de ces éléments, il y a lieu de constater que la S.M. DHERTE-ISTASSE S.A.- DHERTE S.A. ne satisfait pas, sur ce point, aux critères de capacité technique exigés par l'avis de marché;
Considérant que, dans ce contexte, il n'y a pas lieu de sélectionner la S.M. DHERTE-ISTASSE S.A. - DHERTE SA".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. MOYEN UNIQUE

IV.1 Thèse des requérantes

Les parties requérantes prennent un moyen unique "de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 58 et 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs".

Elles soutiennent, en substance, que la partie adverse a traité différemment leur candidature et celle des candidats retenus. Elles estiment ainsi que la partie adverse aurait fait montre de souplesse dans l'examen des critères de sélection concernant quatre des candidats sélectionnés, mais qu'elle s'est montrée beaucoup plus sévère en ce qui concerne la candidature des requérantes. Elles ne soutiennent pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en sélectionnant les autres candidats, mais bien qu'elles n'ont pas été traitées de la même manière que ceux-ci.

Elles exposent ainsi que la partie adverse a accepté que suite aux manquements relevés dans sa délibération du 2 avril 2015, quatre des cinq candidats sélectionnés régularisent leur dossier de candidature sur un élément essentiel. Concernant en particulier le candidat ERAERTS, DRAGAGES ET ENTREPRISES - JAN DE NUL - ATELIER D'ARCHITECTURE PIERRE HEBBELINCK - ARCADIS, elles relèvent dans une note du 11 juin 2015 que ce candidat a été sélectionné alors que la partie adverse lui demandait de fournir une attestation de bonne exécution pour la scénographie et que dans sa réponse il ne fournit pas cette attestation, mais une description portant sur la rénovation d'un théâtre. Dans la même note, elles relèvent que le candidat DUCHENE – MOURY a été sélectionné, alors

qu'il avait été invité à fournir les pouvoirs des signataires du dossier de candidature et qu'il ne l'a pas fait en ce qui concerne la société anonyme MOURY.

En ce qui concerne les motifs de leur non-sélection, les parties requérantes estiment qu'"il est parfaitement inexact d'affirmer que la référence à la « cité administrative de Seraing » pour le sous-traitant NEO & IDES n'était pas jointe au dossier de candidature initial puisque cette référence était reprise en page 1/3 du dossier de présentation de ladite société" et qu'il est également "parfaitement inexact d'affirmer [...] «Que l'attestation ne permet même pas de déterminer au profit de qui elle a été établie», alors que cette attestation du 2 décembre 2014 est signée par le responsable technique de la Ville de Seraing sur le papier à en-tête même de la société NEO & IDES". Elles font, par ailleurs, valoir que tant la lettre de la partie adverse du 2 avril 2015 que l'avis de marché n'imposaient qu'une seule référence de conception environnementale et stratégique. Enfin, concernant l'absence de certification environnementale BREEAM, elles relèvent que cette question ne figurait pas dans la décision de la partie adverse du 2 avril 2015. Elles ajoutent que leur dossier de candidatures contenait la preuve que son sous-traitant, B4F, "était assesseur agréé BREEAM suivant attestation de renouvellement de "BREEAM license" du 23 septembre 2014". Elles estiment qu'"[e]n fonction de ces informations, la partie adverse devait raisonnablement considérer qu'elle disposait des éléments nécessaires et suffisants pour admettre la capacité technique de la société B4F, sauf à manifester une extraordinaire sévérité qui, dans ce cas, devait être la règle pour l'examen de TOUS les dossiers de candidature."

Elles concluent qu'en "juguant beaucoup plus sévèrement [leur] candidature [...], la partie adverse a donc commis une discrimination constitutive d'erreur manifeste d'appréciation."

IV.2 Décision du Conseil d'Etat

L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que "[l]es pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence".

L'égalité de traitement n'est pas respectée lorsque des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services se trouvant dans une même situation ne sont pas traités de la même manière ou lorsque des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services se trouvant dans une situation différente sont traités de la même manière.

En l'espèce, les requérantes soutiennent qu'elles n'ont pas été traitées de la même manière que quatre candidats qui se trouvaient dans la même situation qu'elles et qui ont été sélectionnés alors qu'elles ne l'ont pas été. Afin d'apprécier si tel a été le cas, il convient d'abord de vérifier si la partie adverse pouvait écarter la candidature des requérantes et, le cas échéant, de vérifier ensuite si en écartant leur candidature, elle ne les a pas traitées différemment que d'autres candidats se trouvant dans la même situation.

Concernant la première question, l'avis de marché indique que "la capacité technique ou professionnelle sera justifiée par les références suivantes :

" -[...],
-pour les services de performance énergétique et environnementale, un minimum d'une référence de conception environnementale et énergétique suivant la méthode Bream dans le cadre d'un projet de rénovation ou transformation pour des travaux similaires, c'est-à-dire tous les travaux ou services relatifs à la rénovation de bâtiments tertiaires ou de logements ".

Il précise que cette référence doit être accompagnée d'"une attestation récente de qualité des services rendus établie par le maître de l'ouvrage".

Les requérantes ne contestent pas qu'elles n'ont pas produit de certificat de bonne exécution concernant une référence de conception environnementale et énergétique suivant la méthode BREEAM. La circonstance qu'elles ont produit une preuve que leur sous-traitant dispose d'une agrégation pour cette méthode est sans incidence sur ce constat, une telle agrégation n'attestant pas de la bonne exécution d'un chantier. Les termes de l'avis de marché ne prêtent nullement à confusion et les requérantes ne pouvaient ignorer la nature de l'attestation de bonne exécution "s'agissant des services de performance énergétique et environnementale" que la partie adverse leur a demandé, dans son courrier du 2 avril 2015, de fournir pour compléter leur dossier de candidature. La partie adverse a donc valablement pu constater que les requérantes ne produisaient pas une attestation requise par l'avis de marché et décider, en conséquence, de ne pas les sélectionner.

Concernant ensuite la rupture de l'égalité alléguée entre les requérantes et les candidats sélectionnés, il convient d'abord de relever que les requérantes ne soutiennent pas qu'en les invitant à compléter leur dossier de candidature, la partie adverse les aurait traitées différemment que les candidats sélectionnés. Elles ne font, notamment, pas valoir que les manquements qu'elles ont été invitées à pallier auraient concerné des éléments de la candidature moins essentiels que dans le cas de ces candidats. Elles prétendent, en revanche, ne pas avoir bénéficié du même traitement que ceux-ci lors de l'examen de leur dossier complété.

Ainsi que cela a été vu plus haut, la candidature des requérantes est écartée en raison de l'absence d'une attestation de bonne exécution. Il ne peut donc être question de discrimination ou de rupture de l'égalité que par rapport à des candidats sélectionnés qui n'auraient pas non plus transmis tous les documents ou renseignements requis après y avoir été invités par la partie adverse. Pour trois des cinq candidats sélectionnés, les requérantes ne formulent aucun argument en ce sens. En revanche, elles soutiennent que tel a été le cas pour le candidat ERAERTS, DRAGAGES ET ENTREPRISES - JAN DE NUL - ATELIER D'ARCHITECTURE PIERRE HEBBELINCK – ARCADIS, qui n'aurait pas remis une attestation de bonne exécution de scénographie, et pour le candidat DUCHENE – MOURY, qui n'aurait pas justifié les pouvoirs du signataire pour le compte de la société anonyme MOURY. Il ressort du dossier administratif que le candidat ERAERTS, DRAGAGES ET ENTREPRISES - JAN DE NUL - ATELIER D'ARCHITECTURE PIERRE HEBBELINCK – ARCADIS a joint à son dossier de candidature une attestation de bonne exécution pour sa première référence relative aux services de scénographie. La décision du 2 avril 2015 fait toutefois apparaître que "les documents produits pour la première référence ne permettent pas de vérifier le respect du seuil spécifique d'1.500.000 euros" prévu par l'avis de marché, et qu'"en ce qui concerne les autres références, aucune attestation de bonne exécution n'est jointe". Ce candidat a par conséquent été invité à produire les documents manquants pour la première référence ou une attestation de bonne exécution pour une autre référence. La décision attaquée indique, à cet égard, qu'il "a confirmé -en le détaillant- que le coût lié à la première référence pour les services de scénographie [...] était de 3.081.562,00 euros H.T.V.A.; que compte tenu de cette précision, la référence produite à l'appui du dossier de candidature permet de s'assurer que la S.A.R.L. ARTSCENO a effectué au minimum un projet de scénographie pour un montant de travaux spécifiques à cette partie de 1.500.000, 00€ HTVA et que le candidat répond donc à ce critère de capacité technique". Ce candidat ayant produit l'attestation de bonne exécution imposée par l'avis de marché, la critique des requérantes manque en fait.

Concernant le candidat DUCHENE – MOURY, il ressort du dossier administratif qu'il a, contrairement à ce que prétendent les requérantes, transmis une copie des statuts de la société anonyme MOURY permettant à la partie adverse de vérifier les pouvoirs des signataires des documents engageant cette société. La critique des requérantes manque en fait.

Au vu de ce qui précède, les requérantes, qui ont omis de communiquer à la partie adverse l'un des documents requis par l'avis de marché, ne démontrent pas que tel serait également le cas des candidats sélectionnés. Elles ne se trouvent donc pas dans la même situation que ces derniers. Rien ne permet, dès lors, de considérer,

dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, que la partie adverse a méconnu le principe d'égalité et de non discrimination en ne retenant pas leur candidature et en retenant celle de cinq autres candidats.

V. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande que les requérantes soient condamnées à une indemnité de procédure, fixée à son montant de base de 700 euros. Les requérantes ne font valoir aucune considération à l'encontre de cette demande.

Il y a lieu d'accueillir la demande de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse.

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 400 euros sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 200 euros chacune.

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

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.