**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 234.235 du 22 mars 2016

G./A.218.544/VI-20.725

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

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

**la ville de Bruxelles**,

ayant élu domicile chez
Me Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
place de Jamblinne de Meux, n° 41,
1030 Bruxelles.

---

**LE PRESIDENT DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 24 février 2016, la société anonyme JUFFERN sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par la partie adverse le 10 décembre 2015 de conclure l'accord-cadre avec les firmes suivantes, pour les travaux de peinture intérieure et extérieure à exécuter dans les bâtiments communaux des domaines publics et privés de la ville de Bruxelles et dans les bâtiments de la Zone de Police de Bruxelles-Capitale Ixelles, pour une période de 48 mois, par la voie d'une entreprise annuelle aux conditions de leur offre, notamment :

- dans le cadre du lot 1, conclure l'accord cadre avec les trois participants suivants, selon l'ordre de priorité suivant et selon les modalités fixées au cahier spécial des charges n° 0602/0330/2015 :
  1. Yvo RINALDl S.A.[...];
  2. JUFFERN & FILS S.A. [...];
  3. BATISCONSTRUCT SPRL [...];

- dans le cadre du lot 2, conclure l'accord cadre avec les trois participants suivants, selon l'ordre de priorité suivant et selon les modalités fixées au cahier spécial des charges n° 0602/0330/2015 :
  1. Yvo RINALDI SA [...];
  2. JUFFERN & FILS S.A. [...];
  3. BATISCONSTRUCT SPRL [...]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 26 février 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 mars 2016 à 10 heures.

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

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Par une délibération du 29 juin 2015, le conseil communal de la ville de Bruxelles approuve le principe d'un marché de travaux ayant pour objet des travaux de peinture intérieure et extérieure dans les bâtiments du domaine public de la ville, les bâtiments du domaine privé de la ville géré par la Régie Foncière et dans les bâtiments de la zone de police de Bruxelles-Ixelles pendant quarante-huit mois, les conditions du marché reprises au cahier spécial des charges n° 0602/0330/2015 ainsi que le montant estimatif du marché de 1.720.000 euros (hors taxe sur la valeur ajoutée), réparti à concurrence de 1.600.000 euros pour le lot 1 et 120.000 euros pour le lot 2.

Cette délibération est approuvée par arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 12 août 2015.

III. 2. L'avis de marché est publié le 20 août 2015 au Bulletin des adjudications.

Cet avis renseigne un montant (hors taxe sur la valeur ajoutée) de 1.720.000 euros à titre de quantité ou étendue globale du marché.

La mise en concurrence se fait sous la forme d'une procédure d'adjudication ouverte.

III. 3. Le marché est divisé en deux lots définis comme suit dans l'avis de marché:

" LOT n°1: INTITULE: lot 1
1) Description succincte :
Entreprise annuelle des travaux da peinture intérieure et extérieure dans les bâtiments du domaine public de la Ville et dans les bâtiments de la Zone de Police Bruxelles-Capitale/Ixelles.
[…]
LOT n°2: INTITULE: lot 2
1) Description succincte :
Entreprise annuelle des travaux de peinture intérieure et extérieure dans les bâtiments du domaine privé de la Ville gérés par la Régie Foncière".

III. 4. Ce marché est régi par le cahier spécial des charges numéro 0602/0330/2015. A ce sujet, l'article 6.2 prévoit que "la présente procédure vise la conclusion d'un accord-cadre en cascade avec plusieurs participants, d'une durée de maximum 48 mois".

Selon les modalités d'attribution de l'accord-cadre tels que définies dans l'article 6.2.1 de ce cahier, trois participants seront retenus dans le cadre de l'accord-cadre tandis que les différentes missions seront déterminées selon l'ordre de priorité déterminé sur la base de l'article 15 du cahier spécial des charges qui prévoit que le pouvoir adjudicateur retiendra les trois soumissionnaires ayant remis les offres régulières les plus basses.

L'article 6.3. du cahier spécial des charges dispose comme suit:

" Le PA ne peut estimer de façon précise toutes les quantités qu'il commandera pour les raisons suivantes : le nombre et le type de missions ne peut être fixé à l'avance vu le caractère imprévisible de certains événements et en raison du fait que les besoins seront communiqués à ce dernier au fur et à mesure de leur survenance.
Les quantités mentionnées sont données uniquement à titre informatif. Aussi, à l'exception des quantités minimales ou fixes clairement mentionnées comme telles dans le CSC, les quantités reprises le sont à titre indicatif. L'adjudicataire ne pourra pas invoquer le fait que les quantités données n'ont pas été commandées (les quantités estimées peuvent être modifiées, éventuellement fortement, par le PA vers le haut ou vers le bas) pour réclamer une indemnité quelconque.

Il est considéré que les travaux du lot 1 (bâtiments du domaine public et da la zone de Police de Bruxelles-Capitale/Ixelles) représentent +/-93 % de la valeur totale du marché et les travaux du lot 2 (bâtiments du domaine privé) représentent +/-7 % de la valeur totale du marché.
Pour le classement des offres, Il est considéré que 90 % du montant des travaux est exécuté à bordereau de prix et 10 % en régie (main d'oeuvre)".

L'article 15 du cahier spécial des charges prévoit par ailleurs que :

" Le pouvoir adjudicateur pourra écarter les offres non conformes au cahier spécial des charges. Ainsi, toute offre qui ne comprendrait pas l'ensemble des documents ou des informations requises pourra être considérée comme irrégulière et sera exclue.
En outre, le PA pourra considérer comme non conformes les offres qui exprimeraient des réserves sur des points non-essentiels ou dont les éléments ne concorderaient pas avec la réalité.
Toute offre qui dérogerait aux prescriptions essentielles du présent CSC (voir art. 95 de l'A.R. du 15/07/2011) sera considérée comme, non conforme et sera écartée.
Ainsi, toute offre qui ne répondrait pas aux exigences essentielles du CSC, ne respecterait pas les délais, contiendrait des fausses déclarations, etc. ne pourra être prise en considération.
Le PA retiendra les trois soumissionnaires ayant remis les offres régulières les plus basses. (art. 24 loi 15/06/2006)".

L'article 6.3 du cahier spécial des charges évalue également à titre indicatif les quantités qui seront commandées aux soumissionnaires retenus. Dans le cadre de cette évaluation, la partie adverse estime les travaux relevant du lot 1 à 93 pourcents de la valeur totale du marché et ceux relevant du lot 2 à 7 pourcents de cette valeur.

L'article 6.3 du cahier spécial des charges précise encore ce qui suit au sujet des modalités du marché à prendre en compte par les soumissionnaires lors de l'établissement de leur offre :

" Chaque lot de l'entreprise est divisé en trois chapitres, à savoir :

Chapitre n° 1 :
Travaux exécutés au prix du bordereau d'un montant inférieur à 2.500,00 EUR par commande.
Ce prix ne comprend ni la T.V.A., ni la majoration ou diminution proposée, ni la révision ni les travaux et fournitures hors bordereau.
Le montant total de ces travaux est estimé à +/-15 % de la valeur du lot 1 et +/-50 % de la valeur du lot 2.

Chapitre n° 2 :
Travaux exécutés au prix du bordereau d'un montant égal ou supérieur à 2.500,00 EUR et inférieurs à 20.000,00 EUR par commande.
Ce prix ne comprend ni la T.V.A., ni la majoration ou diminution proposée, ni la révision ni les travaux et fournitures hors bordereau.
Le montant total de ces travaux est estimé à +/- 25 % de la valeur du lot 1 et +/- 40 % de la valeur du lot 2.

Chapitre n° 3 :
Travaux exécutés au prix du bordereau d'un montant égal ou supérieur à 20.000,00 EUR par commande.
Ce prix ne comprend ni la T.V.A., ni la majoration ou diminution proposée, ni la révision ni les travaux et fournitures hors bordereau.
Le montant total de ces travaux est estimé à +/-60 % de la valeur du lot 1 et +/-10 % de la valeur du lot 2.

L'entrepreneur est obligé de remettre prix, par lot, pour les trois chapitres qui sont indivisibles.

L'entrepreneur doit indiquer, dans son offre, un pourcentage d'augmentation sur les salaires moyens officiels, lui permettant de couvrir les frais généraux, les charges sociales, les assurances, toutes charges généralement quelconques auxquelles iI est astreint en sa qualité, et lui assurant un bénéfice normal, en vue de l'exécution éventuelle de travaux supplémentaires non prévus au bordereau. Ces salaires sont fixés suivant catégories de la Convention collective du Comité paritaire de l'Industrie de la Construction.

(Pour plus de clarté, un exemple est donné : si à la date d'ouverture des soumissions, le salaire moyen officiel d'un ouvrier qualifié s'élève à 15 EUR, et l'entrepreneur remplit dans sa soumission un pourcentage d'augmentation de 200 %, le salaire payé par la Ville lors de l'exécution de travaux en régie s'élèvera à 15 EUR + 200 %, soit dans ce cas 45 EUR/h.)

Les fournitures non prévues aux bordereaux sont payées sur la base des prix de facture, majorés de 10 %, sans tenir compte de la taxe y afférente, et sans que le pourcentage d'augmentation ou de diminution remis y soit appliquée.
Pour les travaux non prévus, dont l'exécution est ordonnée en régie, l'entrepreneur est tenu de se conformer strictement aux mesures qui sont prescrites en vue d'assurer le contrôle des journées et des matériaux utilisés. Il n'est tenu compte, dans ce cas, que du temps effectivement employé aux ouvrages commandés".

III. 5. Est joint au cahier spécial des charges le bordereau de prix mentionnant les quantités et les prix unitaires tels qu'évalués par la partie adverse. Afin de remettre prix, les soumissionnaires sont tenus de compléter le formulaire de soumission (contenu en page 40 à 43 du cahier spécial des charges) en proposant des réductions ou des augmentations des prix unitaires évalués par la partie adverse dans le bordereau et regroupés par lots et par chapitres. Les soumissionnaires doivent également indiquer dans ce formulaire le tarif horaire de la main d'œuvre affectée à des travaux non prévus dans le bordereau de prix.

III. 6. Dans l'offre qu'elle dépose, la requérante propose, quant aux travaux relevant du lot 1 et du lot 2, 56,20 pourcents de réduction du prix des travaux relatif aux chapitres 1 prévus dans le bordereau de prix et 61,20 pourcents de réduction du prix des travaux relatifs aux chapitres 2 et 3 prévus dans le bordereau de prix. Quant aux travaux non prévus à facturer en régie, la requérante propose pour les deux lots 135 pourcents de majoration du barème de la commission paritaire.

III. 7. Lors de la séance publique d'ouverture des offres qui a lieu le 28 septembre 2015, il apparaît que quatre offres ont été déposées, dont celle de la requérante et celle de la société anonyme YVO RINALDI.

L'offre de la requérante repose sur les critères suivants :

" Lot 1 :
Chapitre I - 56,20 %
Chapitre II - 61,20 %
Chapitre III - 61,20 %
Main d'œuvre + 135 %

Lot 2 :
Chapitre I - 56,20 %
Chapitre II - 61,20 %
Chapitre III - 61,20 %
Main d'œuvre + 135 % ".

L'offre de la société anonyme YVO RENALDI repose sur les critères suivants :

" Lot 1 :
Chapitre I - 57,60 %
Chapitre II - 57,60 %
Chapitre III - 57,60 %
Main d'œuvre + 88 %

Lot 2 :
Chapitre I - 57,60 %
Chapitre II - 57,60 %
Chapitre III - 57,60 %
Main d'œuvre + 88 % ".

III. 8. S'agissant de l'analyse du critère d'attribution à laquelle il a été procédé par la partie adverse concernant les deux offres concernées par la présente demande de suspension d'extrême urgence, le rapport d'analyse des offres fait état de ce qui suit :

" 4. EXAMEN DES OFFRES SELECTIONNEES ET REGULIERES DANS LE CADRE DU LOT 1.

4.1. Rappel du critère unique d'attribution

Aux termes de l'article 15 du Cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur retiendra les trois offres les plus basses.

4.2. Calcul de la valeur totale des travaux visés au lot 1

La valeur des chantiers visés au lot 1 est de 66.384,18 EUR HTVA (80.324,86 EUR TVAC)
Chapitre I : 240.000,00 HTVA (290.400 EUR TVAC) dont 216.000 HTVA de travaux et 24.000 EUR HTVA en régie

Chapitre II : 400.000,00 EUR HTVA (484.000 EUR TVAC) dont 360.000 EUR HTVA de travaux et 40.000 EUR HTVA en régie
Chapitre III : 960.000,00 EUR HTVA (1.161.600 EUR TVAC) dont 864.000 EUR HTVA et 96.000 EUR HTVA en régie

Le taux horaire fixé suivant la convention collective du Comité Paritaire de la construction pour le mois concerné par la remise des offres (septembre 2015) est de 16,107 EUR HTVA – ouvrier qualifié 2ème classe.

4.3. Analyse des offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 1

Le «prix total augmenté» pour le poste «main d'œuvre» est obtenu, pour chaque soumissionnaire, en multipliant le «prix horaire augmenté» par le nombre d'heures de travail estimé par le soumissionnaire et par le pourcentage de majoration. Ce nombre d'heures de travail est obtenu en divisant 10% du montant estimé du marché (pour rappel, le cahier des charges indiquait que 10% des prestations seraient effectuées en régie) par le taux horaire donné par chaque entreprise.

Soit : valeur estimée des prestations en régie x pourcentage d'augmentation donné par le soumissionnaire tarif horaire.

Soit :

JUFFERN & FILS SA : (160.000 EUR HTVA/37,85 EUR HTVA/h x 135% = 5.706,74 heures.
YVO RINALDI SA : (160.000 EUR HTVA/30,28 EUR HTVA/h x 88% = 4.649,93 heures.
[…]

| | | Offre n°1 : JUFFERN & FILS SA | Offre n° 2 YVO RINALDI SA |
|---|---|---|---|
| Chapitre 1 | Taux | -56,20% | - 57,60% |
| | Réduction | -134.880,00 EUR HTVA | - 138.240,00 EUR HTVA |
| | prix réduit | 105.120 EUR HTVA | 101.760.00 EUR HTVA |
| Chapitre 2 | Taux | -61,20 % | - 57,60% |
| | Réduction | -244.800,00 EUR HTVA | 230.400,00 EUR HTVA |
| | Prix réduit | 155.200,00 EUR HTVA | 169.600,00 EUR HTVA |
| Chapitre 3 | Taux | -61,20% | -57,60% |
| | Réduction | -587.520,00 EUR HTVA | -552.960,00 EUR HTVA |
| | Prix réduit | 372.480,00 EUR HTVA | 407.040,00 EUR HTVA |
| Main d'œuvre (EUR/heure) | Taux | + 135 % | + 88% |
| | Augmentation | + 21, 74EUR HTVA | + 14,17 EUR HTVA |
| | Prix horaire | 37,85 EUR HTVA | 30.28 EUR HTVA |
| | Prix total augmenté | 216.000,11 EUR HTVA | 140.799,88 HTVA |

| | | | |
|---|---|---|---|
| TOTAL (= somme des cases grisées) | | 848.800,11 HTVA | 819.199,88EUR HTVA |

4.4. Classement des offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 1

Les offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 1, classées de la moins chère à la plus chère, sont les suivantes :

1. YVO RINALDI SA
2. JUFFERN & FILS SA.
3. BATI'S CONSTRUCT SPRL

[…]

6. EXAMEN DES OFFRES SELECTIONNEES ET REGULIERES DANS LE CADRE DU LOT 2

6.1 Rappel du critère unique d'attribution

Aux termes de l'article 15 du Cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur retiendra les trois offres les plus basses.

6.2. Calcul de la valeur totale des travaux visés au lot 2

La valeur des chantiers visés au lot 2 est de 120.000,00 HTVA (145.200,00 EUR TVAC)
Chapitre I : 60.000,00 EUR HTVA (72.600,00 EUR TVAC) dont 54.000 EUR HTVA de travaux et 6.000 EUR HTVA en régie
Chapitre II : 48.000,00 EUR HTVA (58.080,00 EUR TVAC) dont 43.200 EUR HTVA de travaux et 4.800 EUR HTVA en régie
Chapitre III : 12.000,00 EUR HTVA (14.520,00 EUR TVAC) dont 10.800 EUR HTVA de travaux et 1.200 EUR HTVA en régie

Le taux horaire fixé suivant la convention collective du Comité Paritaire de la construction pour le mois concerné par la remise des offres (septembre 2018) est de 16,107 EUR HTVA – ouvrier qualifié 2ème classe.

6.3. Analyse des offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 2

Le «prix total augmenté» pour le poste «main d'œuvre» est obtenu, pour chaque soumissionnaire, en multipliant le «prix horaire augmenté» par le nombre d'heures de travail estimé par le soumissionnaire et par le pourcentage de majoration. Ce nombre d'heures de travail est obtenu en divisant 10% du montant estimé du marché (pour rappel, le cahier des charges indiquait que 10% des prestations seraient effectuées en régie) parle taux horaire donné par chaque entreprise.

Soit : valeur estimée des prestations en régie x pourcentage d'augmentation donné par le soumissionnaire tarif horaire.

Soit :
JUFFERN & FILS SA : (12.000 EUR HTVA/37,85 EUR HTVA/h x 135% = 428,01 heures
YVO RINALDI SA (12.000 EUR HTVA/30,28 EUR HTVA/h x 88% = 348,75 heures
[…]

| | | Offre n°1 : JUFFERN & FILS SA | Offre n° 2 YVO RINALDI SA |
|---|---|---|---|
| | Taux | -56,20% | - 57,60% |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Chapitre 1 | | | |
| | Réduction | -33.720,00 EUR HTVA | - 34.560,00 EUR HTVA |
| | prix réduit | 26.280,00EUR HTA - | 25.440,00EUR HTVA |
| Chapitre 2 | Taux | -61,20 % | - 57,60% |
| | Réduction | -29.376,00EUR HTVA | -27.648,00EUR HTVA |
| | Prix réduit | 18.624,00EUR HTVA | 20.352,00EUR HTVA |
| Chapitre 3 | Taux | -61,20% | -57,60% |
| | Réduction | 7.344,00EUR HTVA | -6.912,00EUR HTVA |
| | Prix réduit | 4.656,00EUR HTVA | 5.088,00EUR HTVA |
| Main d'œuvre (EUR/heure) | Taux | + 135% | + 88% |
| | Augmentation | + 21, 74EUR HTVA | + 14,17 EUR HTVA |
| | Prix horaire augmenté | 37,85 EUR HTVA | 30,28HTVA |
| | Prix total augmenté | 16.200,18 EUR HTVA | 10.560,15HTVA |
| TOTAL (= somme des cases grisées) | | 65.760,18 HTVA | 61.440,15EUR HTVA |

6.4. Classement des offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 2

Les offres sélectionnées et régulières dans le cadre du lot 2, classées de la moins chère à la plus chère, sont les suivantes :

1. YVO RINALDI SA
2. JUFFERN & FILS SA
3. BATI'S CONSTRUCT SPRL".

Au terme de cette analyse, il est proposé dans le rapport d'analyse des offres de retenir dans l'accord-cadre les trois soumissionnaires qui ont remis l'offre régulière la plus basse. Parmi ces trois soumissionnaires, la société anonyme YVO RINALDI et la requérante sont, pour chacun des lots 1 et 2, chaque fois classée respectivement première et deuxième.

III. 9. Par une délibération du 10 décembre 2015, la partie adverse, après avoir fait sien le contenu du rapport d'analyse des offres, décide d'approuver la conclusion de l'accord-cadre, dans le cadre des lots 1 et 2, en suivant l'ordre de priorité tel que fixé dans le rapport d'analyse des offres.

Cette délibération constitue l'acte dont la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, est demandée.

III. 10. Par un courrier daté du 9 février 2016, la requérante a été informée du fait qu'elle a été classée deuxième par la décision d'attribution de l'accord-cadre du marché en cause. La décision motivée d'attribution est jointe à ce courrier.

IV. TROISIEME ET QUATRIEME MOYENS

IV. 1. Thèse des parties

IV. 1. 1. Troisième moyen

A. Requête

Dans son troisième moyen, pris de la violation des articles 5 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 15 du cahier spécial des charges, ainsi que des principes de transparence administrative et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, la requérante expose ce qui suit :

" 28. Si l'article 6.3. du cahier spécial des charges prévoyait que 90 % du montant des travaux seraient exécutés à bordereau de prix et 10 % en régie (s'agissant de travaux non prévus dans le bordereau de prix), aucune disposition, par contre, ne mentionnait le recours par la partie adverse à une méthode d'évaluation des heures des travaux non prévus en fonction du montant du tarif horaire proposé par les soumissionnaires. Certes, si le recours à des éléments d'appréciation non précisés dans le cahier spécial des charges n'est pas en soi interdit, ces éléments ne peuvent cependant conduire, à peine de tenir en échec le principe d'égalité et de transparence, à une dénaturation du critère d'attribution. A ce sujet, de tels éléments ne peuvent être réguliers si, dès lors qu'ils eussent été connus lors de la préparation des offres, ils auraient pu en influencer la préparation (C.E. n° 171.270 du 6 mai 2007; C.E., n° 147.655 du 14 juillet 2005 cité avec S. dans D. THIEL, Mémento des marchés publics et PPP WOLTERS KLUWER, 2016, p. 682 et 683).

Or, il est certain qu'une telle méthode, si elle avait été annoncée par la partie adverse dans les documents du marché, aurait influencé la préparation des offres puisqu'elle combinait le taux horaire proposé par le soumissionnaire avec le calcul du nombre d'heures en régie à réaliser dans le cadre des travaux non prévus dans le bordereau de prix.

Partant, l'acte attaqué viole le principe de transparence et d'égalité visés au moyen.

29. De plus, la méthode utilisée par la partie adverse conduit à une véritable modification, ou à tout le moins, à un remaniement du prix des offres déposées par les soumissionnaires, en ce compris l'offre de la requérante. Ainsi, alors que la requérante avait proposé des réductions substantielles des prix unitaires évalués par la partie adverse et aboutissant (selon le rapport d'attribution) à un prix de 632.801 euros (lot 1) et 49.561 euros (lot 2), ceux-ci sont majorés de plus de 216.000 euros correspondant à 5.706 heures fictives de travaux supplémentaires x

37,85 euros pour le lot 1 et de 16.200 euros correspondant à 428 heures fictives de travaux supplémentaires x 37,85 euros pour le lot 2. Ces montants n'ont jamais été proposés dans l'offre de la requérante.

30. L'on constate, également, que la méthode utilisée par la partie adverse implique des différences de traitement qui ne sont pas justifiées. Ainsi, la S.A. YVO RINALDI voit son offre uniquement majorée de 140.799 euros pour le lot 1 (4.649,93 heures X 30,28 euros) et de 10.560 euros pour le lot 2 (348,75 heures X 30,28 euros), les heures fictives calculées pour ce soumissionnaire n'étant pas identiques à celles de la requérante. Or, l'on comprend difficilement la raison pour laquelle un soumissionnaire presterait des heures différentes pour un travail identique (quand bien même celui-ci ne serait pas prévu). Une telle façon de procéder est parfaitement contraire au principe d'égalité des soumissionnaires défini à l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 comme suit :

> «les 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».

Cette disposition qui consacre le principe général de droit à l'égalité de traitement implique que :

> «Ne soient pas traitées de manière différente des situations qui sont identiques ou de manière identique des situations qui sont différentes à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié» (TPIUE, 2ème Ch. T-298/09, 20 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki, pt 73; CJUE, C-550/07, 14 septembre 2010, Akso Nobel Chemicals Ldt et Akcros Chemicals ldt/Commission, pt 55; TPIUE, T-247/109, 10 octobre 2012, Evropaïki Dynamiki, pt 66; C.DEWOLF, A.DELVAUX et csrts, Commentaire Pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, Conf.Constr., 2014, page 126)".

B. Note d'observations

La partie adverse considère que le troisième moyen ne peut être accueilli et fait à cet égard valoir les considérations suivantes :

" Le cahier spécial des charges précise que :

> «Pour le classement des offres, il est considéré que 90 % des travaux est exécuté à bordereau de prix et 10 % en régie (main d'œuvre)».

Et que :

> «L'entrepreneur doit indiquer dans son offre, un pourcentage d'augmentation sur les salaires moyens officiels, lui permettant de couvrir les frais généraux, les charges sociales, les assurances, toutes charges généralement quelconques auxquelles il est astreint en sa qualité, et lui assurant un bénéfice normal, en vue de l'exécution éventuelle de travaux supplémentaires non prévus au bordereau. Ses salaires sont fixés suivant catégorie de la convention collective du comité paritaire de l'industrie et de la construction».

A la lecture du cahier spécial des charges, les soumissionnaires étaient à même de savoir que les prix offerts pour les différents chapitres des deux lots du marché seraient majorés d'un montant correspondant aux travaux à exécuter hors bordereau de prix, ce montant étant déterminé en fonction du pourcentage que ces travaux représentaient par rapport au montant total des travaux et du pourcentage d'augmentation sur les salaires moyens officiels proposés par les soumissionnaires.

Une méthode de calcul identique a été appliquée pour chacun des soumissionnaires de sorte que la partie adverse n'aperçoit pas où git la discrimination dénoncée par la requérante. S'il est vrai que le rapport d'analyse des offres mentionne, en page 12, un nombre d'heures de travaux en régie différent pour chaque soumissionnaire, cette évaluation est purement fictive, comme le reconnaît d'ailleurs la requérante. Il s'agit en réalité d'une information destinée au pouvoir adjudicateur et lui permettant de mesurer, en termes d'heures de travail, les différences existantes entre chaque soumissionnaire. Plus le pourcentage de majoration par rapport au salaire de référence est élevé, moins le nombre d'heures de travaux en régie potentiellement disponibles est important. Le classement de la partie adverse se fonde sur les réductions offertes par les soumissionnaires pour les différents chapitres des lots 1 et 2 augmentées des majorations figurant dans les offres de ceux-ci pour les travaux à exécuter en régie.

Il est vain pour la requérante de se focaliser sur les réductions substantielles qu'elle a offertes pour les travaux repris au bordereau alors qu'elle n'ignorait pas que le marché portait également sur les travaux à exécuter en régie pour lesquels la majoration qu'elle proposait était sensiblement plus élevée que celle de l'entreprise désignée adjudicataire du marché. La requérante ne peut prétendre ignorer que la partie adverse allait, pour l'attribution du marché, avoir égard à d'autres données que les réductions proposées étant donné que celles-ci ne concernaient que 90 % des travaux à exécuter".

C. Réplique des parties à l'audience

La requérante maintient que le troisième moyen de sa requête est sérieux puisqu'il résulte à l'évidence du dossier administratif qu'elle n'a pas eu préalablement connaissance de la méthode d'évaluation du critère d'attribution qu'a utilisée la partie adverse, alors que cette méthode pouvait influencer les soumissions.

La partie adverse fait à nouveau valoir qu'il n'y a aucun problème au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires puisque la même méthode d'évaluation a été utilisée à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires. Se référant par ailleurs à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 206.672 du 15 juillet 2010, NV AG INSURANCE, elle considère également qu'elle n'avait pas l'obligation de communiquer préalablement aux soumissionnaires la méthode d'évaluation qu'elle comptait utiliser pour évaluer le critère d'attribution du marché.

IV. 1. 2. Quatrième moyen

A. Requête

La requérante invoque un quatrième moyen, pris de la violation de l'article 6.3 du cahier spécial des charges, de la commission de plusieurs erreurs manifestes d'appréciation, ainsi que de la violation des principes de bonne administration et de la motivation matérielle des actes administratifs et du devoir de minutie.

Se fondant, d'une part, sur le principe que la méthode d'analyse des offres doit reposer sur des données objectives, être compréhensible pour une personne normale et pouvoir être soumise au contrôle, fût-il marginal, du Conseil d'Etat, et rappelant, d'autre part, que tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts en droit et en fait, la requérante fait valoir que la méthode d'évaluation qui a été utilisée par la partie adverse est parfaitement incohérente et contient de multiples erreurs tant de droit que de fait.

Elle observe ainsi que, pour chaque soumissionnaire dont elle-même, la méthode d'évaluation aboutit à un pourcentage des travaux non prévus de plus de 25 pourcents du montant de leur offre, alors, qu'en application de l'article 6.3 du cahier spécial des charges, la proportion des travaux prévus et non prévus est de, respectivement, 90 pourcents et 10 pourcents du montant des travaux.

Outre que cela n'a pas été précisé dans le cahier spécial des charges, elle fait valoir que la méthode consistant à faire varier le nombre d'heures de travaux imprévus en fonction du coût horaire de l'ouvrier travaillant en régie est parfaitement irréaliste, du fait que ces éléments sont parfaitement indépendants l'un de l'autre.

Elle considère comme parfaitement incompréhensible le fait que la formule utilisée par la partie adverse prend deux fois en considération le coût horaire de l'ouvrier travaillant en régie.

Elle ne comprend de même pas la circonstance que la partie adverse a pris comme base dans son calcul la totalité du montant du marché relative au travaux en régie, alors que ce montant ne comprend cependant pas que de la main d'œuvre, mais aussi d'autres postes comme les fournitures ainsi qu'un certain pourcentage de frais généraux et de bénéfice.

Elle s'étonne aussi du fait que la méthode retenue aura pour effet que, pour ce qui concerne les travaux compris dans le bordereau de prix qui, pour rappel, sont estimés à 90 pourcents du montant total du marché, la société anonyme YVO RINALDI effectuera en réalité ces travaux pour un montant supérieur à celui qu'elle a proposé.

Elle relève encore diverses erreurs de calcul et d'estimation dans la manière dont la partie adverse a concrètement appliqué la méthode d'évaluation aux différentes offres.

Au final, la requérante synthétise la plupart des griefs qu'elle a développés de la manière suivante :

" La méthode mise en œuvre par la partie adverse n'est nullement expliquée dans les documents du marché et est au demeurant difficilement prévisible au moment où les soumissionnaires préparent leur offre. En effet, au moment de la rédaction des offres, il était pour le moins difficile d'anticiper le recours par la partie adverse à une formule dont le nombre d'heures de travaux en régie est fonction du coût horaire. Or, si la requérante en avait été informée, elle aurait préparé son offre différemment. Cette façon de procéder contrevient donc aux principes de transparence et d'égalité.

De même, l'on comprend difficilement la raison pour laquelle le nombre d'heure de travail en régie est différent d'un soumissionnaire à l'autre mais également sur la base de quelle données objectives ce nombre d'heures varie en fonction du cout horaire; de tels paramètres n'étant pas dépendants l'un de l'autre…

Enfin, et de manière générale, la décision est entachée d'une série importante d'approximations et d'erreurs manifestes d'appréciation. Celles-ci démontrent que la partie adverse n'a pas sérieusement analysé les offres dans le respect des principes de bonne administration et de motivation matérielle des actes administratifs".

B. Notes d'observations

La partie adverse réfute comme suit les divers arguments invoqués par la requérante :

" Dans le cadre d'un marché à attribuer par adjudication, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer les critères qui lui permettent de déterminer l'offre la plus basse, ce qui relève de son pouvoir d'appréciation. L'exercice de ce pouvoir ne peut être censuré que s'il est exercé de manière manifestement déraisonnable et s'il révèle une erreur manifeste d'appréciation.

La partie adverse indique que l'affirmation selon laquelle le montant estimé du marché serait anormalement élevé n'est aucunement étayée. La partie adverse s'est en effet fondée sur son expérience de marchés antérieurs pour déterminer ce montant.

La partie adverse n'aperçoit pas pour quelle raison le calcul des 10 % du montant des travaux non prévus au bordereau aurait dû être effectué sur base du montant des travaux tel qu'il a été évalué par les soumissionnaires et non sur base du montant estimé des travaux.

Vu les incertitudes existant quant aux quantités à exécuter réellement, la partie adverse a jugé qu'il était plus cohérent et transparent de se fonder sur des montants estimés tant pour la partie des travaux inclus dans le bordereau de prix que pour celle relative aux travaux en régie. Cette manière de faire permettait d'assurer une égalité entre les soumissionnaires, ceux-ci étant à même, par la lecture du cahier spécial des charges, de connaître le montant de référence utilisé par la partie adverse pour le classement des offres en ce qui concerne les travaux hors bordereau.

La requérante ne remet pas véritablement en cause la méthode de calcul utilisée par la partie adverse mais estime que celle qu'elle propose aurait été plus appropriée, ce

qui revient à substituer sa propre appréciation à celle de la partie adverse, procédé qui n'est pas admissible. Le Conseil d'Etat se refuse lui-même à agir de la sorte, estimant qu'il ne peut censurer l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité qu'en cas d'erreur manifeste. Il a, à cet égard, été jugé qu'une erreur manifeste d'appréciation ne se déduit pas du seul fait que le pouvoir adjudicateur aurait pu mettre en œuvre un critère d'attribution d'autres manières, telle que celle suggérée par la partie requérante (C.E. CPAS DE BRUXELLES, n° 223.649 du 30 mai 2013; voy. également C.E. ANTONIOU et GUILMOT, n° 225.613 du 26 novembre 2013; C.E. DANIELS et PIRA, n° 225.302 du 31 octobre 2013).

Par ailleurs, si le calcul effectué par la partie adverse inclut d'autres composantes que la main d'œuvre, il en va de même de la méthode de calcul suggérée par la requérante.

La requérante prétend, à tort, que la méthode de calcul utilisée par la partie adverse aboutirait à des conséquences absurdes dans l'hypothèse où aucune augmentation du salaire horaire ne serait proposée par un soumissionnaire pour l'exécution de travaux hors bordereau. Si aucune augmentation du salaire horaire de référence n'est proposée, le nombre d'heures de travaux en régie est obtenu en divisant le montant estimé de la partie des travaux à exécuter en régie par ce salaire de référence, ce qui n'équivaut évidemment pas à zéro ! Comme la partie adverse l'a déjà indiqué, les heures de travail en régie calculées dans le rapport d'analyse des offres sont des heures qui ne correspondent pas à des prestations réellement effectuées. Il s'agit pour la partie adverse de disposer d'un ordre de grandeur pour chaque soumissionnaire de manière à pouvoir se rendre compte de différences qui les séparent. La majoration appliquée pour les travaux en régie est calculée sur base du pourcentage que ces travaux représentent par rapport au montant total des travaux multiplié par la majoration du salaire horaire d'un ouvrier qualifié de deuxième classe fixée suivant la convention collective du comité paritaire de la construction.

La partie adverse souligne que l'erreur de calcul dont fait état la requérante est sans incidence.

Une autre erreur de calcul, non décelée par la requérante, a été commise dans le rapport d'analyse des offres. Les pourcentages d'augmentation à reprendre dans la formule figurant aux pages 12 et 18 du rapport ne sont pas de 135 % pour la requérante et de 88 % pour la S.A. Yvo Rinaldi, mais respectivement de 235 % et de 188 % étant donné que les pourcentages mentionnés par les soumissionnaires viennent s'ajouter au pourcentage que représente le salaire de référence (100 %). En appliquant ces pourcentages et en calculant les réductions sur 90 % de la valeur estimée du marché, on obtient les montants suivants : […].

Le tableau qui précède démontre que l'offre de la S.A. Yvo Rinaldi demeure la plus basse.

La critique formulée par la requérante est dès lors sans intérêt et le moyen ne peut conduire à la suspension de l'exécution et à l'annulation de l'acte attaqué. La partie adverse rappelle que selon l'article 14, § 1er, alinéa 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat :

> "Les irrégularités visées à l'alinéa 1er ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

Le quatrième moyen ne peut être accueilli".

C. Répliques à l'audience

La requérante observe que la partie adverse n'apporte pas de réponse dans sa note d'observations aux critiques précises qu'elle a formulées dans sa requête.

La partie adverse rétorque que la requérante ne critique en réalité pas les clauses du cahier spécial des charges en ce qu'elles se réfèrent à un montant estimé global et à la ventilation interne de l'accord-cadre. En tout état de cause, le fait que la partie adverse a effectivement commis quelque erreurs de calcul n'a pas eu d'influence sur le classement opéré, ainsi que cela a été démontré dans la note d'observations.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a expressément précisé dans le cahier spécial des charges (page 9/48) qu'elle "ne peut estimer de façon précise toutes les quantités qu' [elle] commandera pour les raisons suivantes : le nombre et le type de missions ne peut être fixé à l'avance, vu le caractère imprévisible de certains évènements et en raison du fait que les besoins seront communiqués à ce dernier au fur et à mesure de leur survenance. Les quantités mentionnées sont données uniquement à titre informatif. Aussi à l'exception des quantités minimales ou fixes clairement mentionnées comme telles dans le CSC, les quantités reprises le sont à titre indicatif. L'adjudicataire ne pourra pas invoquer le fait que les quantités données n'ont pas été commandées (les quantités estimées peuvent être modifiées, éventuellement fortement, par le PA vers le haut ou vers le bas) pour réclamer une indemnité quelconque.
[…].
Pour le classement des offres, il est considéré que 90 % du montant des travaux est exécuté à bordereau de prix et 10 % en régie (main d'œuvre)".

Le cahier spécial des charges fait par ailleurs état (page 9/48) de la manière dont seront évaluées les offres pour ce qui concerne les 90 % du montant des travaux qui seront exécutés à bordereau de prix, les soumissionnaires étant à cet égard invités à remettre un prix, par lot et pour chacun des trois chapitres de chacun des lots, ces lots et chapitres étant considérés comme indivisibles par la partie adverse.

Par contre, pour ce qui concerne les 10 % du montant des travaux qui seront exécutés en régie dans chacun des lots, le cahier spécial des charges précise ce qui suit (page 10/48) :

" L'entrepreneur doit indiquer, dans son offre, un pourcentage d'augmentation sur les salaires moyens officiels, lui permettant de couvrir les frais généraux, les charges sociales, les assurances, toutes charges généralement quelconques auxquelles il est

astreint en sa qualité, et lui assurant un bénéfice normal, en vue de l'exécution éventuelle de travaux supplémentaires non prévus au bordereau. Ces salaires sont fixés suivant les catégories de la convention collective du Comité paritaire de l'Industrie de la Construction.

(Pour plus de clarté, un exemple est donné : si à la date d'ouverture des soumissions, le salaire moyen officiel d'un ouvrier qualifié s'élève à 15 EUR, et l'entrepreneur remplit dans sa soumission un pourcentage d'augmentation de 200 %, le salaire payé par la Ville lors de l'exécution des travaux en régie s'élèvera à 15 EUR + 200 % soit dans ce cas 45 EUR/h).

Les fournitures non prévues aux bordereaux sont payées sur la base des prix de facture, majorés de 10 %, sans tenir compte de la taxe y afférente, et sans que le pourcentage d'augmentation ou de diminution remis y soit appliquée.

Pour les travaux non prévus, dont l'exécution est ordonnée en régie, l'entrepreneur est tenu de se conformer strictement aux mesures qui sont prescrites en vue d'assurer le contrôle des journées et des matériaux utilisés. Il n'est tenu compte, dans ce cas, que du temps effectivement employé aux ouvrages commandés".

En conséquence, dans le formulaire d'offre qui était repris dans le cahier spécial des charges, les soumissionnaires ont été invités (pages 40 à 43 du cahier spécial des charges) à indiquer et ce, pour chaque lot, d'une part, les réductions qu'ils consentent ou les majorations qu'ils demandent, exprimées en pourcentage et ce, pour chaque chapitre sur les postes du bordereau des prix, sauf à préciser qu'ils s'en tiennent aux prix du bordereau sans rabais ni augmentations, et, d'autre part, le pourcentage d'augmentation du taux horaire du salaire de référence telle que fixé, selon la catégorie de travailleurs concernés par les travaux en régie à effectuer, en application de la convention collective du comité paritaire de l'industrie de la construction.

Compte tenu des informations qui ont ainsi été communiquées par les documents du marché, les soumissionnaires devaient donc s'attendre à ce que leur offre de prix soit évaluée par la partie adverse dans toutes ses composantes, à savoir tant les éventuelles réductions/augmentations des prix figurant sur le bordereau que l'augmentation annoncée du taux horaire de la main d'œuvre en régie, étant entendu que tous les éléments du prix devaient être pris en compte.

Il n'est par ailleurs pas contesté que la partie adverse n'a pas annoncé dans les documents du marché la méthode d'évaluation à laquelle elle allait recourir pour prendre en compte et fusionner les différents éléments du prix du marché, et ce, afin d'opérer un classement unique des offres dans le cadre d'une procédure d'adjudication.

Il est vrai à ce sujet que, comme l'observe la partie adverse, les principe d'égalité des soumissionnaires et de respect de la transparence de la procédure d'attribution d'un marché public ne vont pas, notamment au regard de l'article 53, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés

publics de travaux, de fournitures et de services, jusqu'à imposer de manière systématique au pouvoir adjudicateur d'annoncer préalablement la méthode d'évaluation qu'il va appliquer pour procéder à l'évaluation des critères d'attribution lors de l'analyse des offres et qui permet de déterminer celle d'entre elles qui doit être considérée comme étant l'offre (régulière) économiquement la plus avantageuse. Le Conseil d'Etat n'aperçoit en effet pas ce qui pourrait justifier qu'une telle obligation d'information préalable qui n'a pas été reconnue comme systématiquement applicable par la Cour de justice de l'Union européenne au regard du recours par un pouvoir adjudicateur à une pondération des sous-éléments d'un critère d'attribution d'un marché, le serait, par contre, quand il s'agit de l'adoption d'une méthode d'évaluation des offres au regard des critères d'attribution d'un marché et de leur pondération relative, eux-mêmes, annoncés dans les documents du marché.

La question qui se pose, au regard des circonstances du cas d'espèce et des arguments invoqués par la requérante à l'appui des troisième et quatrième moyens de sa requête, est toutefois de savoir si une telle obligation d'information préalable ne s'impose cependant pas dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il peut être raisonnablement considéré que, si la méthode d'évaluation retenue par le pouvoir adjudicateur avait été préalablement communiquée aux soumissionnaires au stade des documents du marché, celle-ci aurait immanquablement eu une influence sur la préparation des offres.

Il convient à cet égard d'observer, qu'appelée à se prononcer quant à la liberté d'un comité d'évaluation "de structurer son propre travail d'analyse et d'examen des offres présentées", la Cour de justice a déjà précisé qu'une telle liberté ne devait pas conduire le pouvoir adjudicateur à "modifier les critères d'attribution du marché dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché" (CJUE, arrêt Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, du 21 juillet 2011, point 35.

Compte tenu de cette jurisprudence de la Cour et même s'il peut être considéré qu'il y a lieu de laisser une marge d'appréciation plus étendue au pouvoir adjudicateur lorsque celui-ci détermine, *ex post*, une méthode d'analyse ou d'évaluation des offres, que lorsqu'il décide de fixer *ex post* des coefficients de pondération de sous-critères correspondant aux critères d'attribution préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, il semble raisonnable d'appliquer à la détermination d'une méthode d'analyse ou d'évaluation des offres les trois mêmes exigences que celles posées par la jurisprudence de la Cour de justice, s'agissant de la fixation par un pouvoir adjudicateur de coefficients de pondération de sous-critères d'attribution après la présentation des offres (CJUE, arrêt Evropaïki Dynamiki/EMSA, précité, point 33; CJUE, arrêt ATI EAC c/ Viaggi di Maio, C-331/04, point 32).

Il est, en conséquence, raisonnable de considérer, *prima facie* au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que le recours *ex post* à une méthode d'évaluation des critères d'attribution d'un marché qui n'a pas été préalablement portée à la connaissance des soumissionnaires n'est admissible que sous réserve du respect des trois conditions suivantes : le recours à cette méthode d'évaluation ne doit tout d'abord pas avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du marché définis dans les documents du marché ou d'altérer la pondération annoncée de ces mêmes critères, notamment en ayant pour effet de privilégier le poids d'un critère sur un autre alors que cela n'avait pas été préalablement annoncé; cette méthode d'évaluation ne peut ensuite pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation; enfin, cette méthode ne peut avoir été adoptée d'une manière qui a pour effet de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un impact discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. S'agissant par ailleurs d'une méthode d'évaluation qui doit être appliquée afin d'évaluer de manière objective et pertinente l'adéquation des offres par rapport au(x) critère(s) d'attribution d'un marché, il convient de s'assurer que la méthode d'évaluation choisie n'est pas non plus manifestement dénuée de pertinence par rapport au(x) critère(s) d'attribution à mettre en œuvre. Si tel n'est donc pas le cas, il y a lieu de considérer, à tout le moins, que la méthode d'évaluation adoptée aurait dû être portée préalablement à la connaissance des soumissionnaires (voir à ce sujet les conclusions de l'avocat général M. Paolo MENGOZZI dans l'affaire C-6/15, TNS Dimarso NV c/ Vlaams Gewest, présentées le 10 mars 2016) et, le cas échéant, que cette méthode est discriminatoire, manifestement dénuée de pertinence, ou, encore, tant discriminatoire que manifestement dénuée de pertinence, peu importe dans ces dernières circonstances qu'elle ait été préalablement communiquée aux soumissionnaires.

Appliquées au cas d'espèce, les considérations qui précèdent conduisent à considérer ce qui suit.

Dès lors que les deux composantes du prix du marché ne peuvent pas être purement et simplement "additionnées", la partie adverse, étant en procédure d'adjudication, a choisi de calculer un prix global et forfaitaire fictif pour l'ensemble des prestations, en bordereau et en régie, et ce, afin de déterminer l'offre au montant global le plus bas.

De ce que l'on peut comprendre du rapport d'analyse des offres, la partie adverse a dès lors opté pour le recours à une méthode d'évaluation des offres qui repose sur les composantes suivantes :

- elle a retenu, pour l'ensemble des deux lots, le montant de 160.000 euros, soit plus ou moins 10 pourcents de la valeur totale du marché, comme le montant représentant le prix des prestations à effectuer en régie, ce qui implique que la partie adverse a considéré que ce montant ne représente que le poste main d'œuvre;
- elle a fixé le taux horaire de base du salaire au montant de 16,107 euros, correspondant à la qualification d'ouvrier qualifié 2ème classe;
- elle a déterminé le tarif horaire proposé par chaque soumissionnaire, en multipliant le taux horaire de base par le pourcentage d'augmentation mentionné par chaque soumissionnaire. Cela a donné : 16,107 + (16,107 x 135 % = 21,74) = 37,85 euros pour la requérante; 16,107 + (16,107 x 88 % = 14,17) = 30,28 euros pour la S.A. YVO RINALDI;
- ensuite, et en ne prenant pour exemple que le lot 1 du marché (mais le raisonnement vaut bien évidemment aussi pour le lot 2), la partie adverse, partant du montant de 160.000 euros et du taux horaire proposé par chaque soumissionnaire, a calculé un nombre d'heures en régie fictif et différent pour chaque soumissionnaire et ce, en recourant à la formule suivante : (160.000 euros / tarif horaire du soumissionnaire) x pourcentage d'augmentation indiqué dans l'offre. Cela a donné : (160.000 /37,85 = 4.227) x 135 % = 5.706,74 heures pour la requérante ; (160.000 / 30,28 = 5.284) x 88 % = 4.649,93 heures pour la S.A. YVO RINALDI;
- pour déterminer le montant proposé par chaque soumissionnaire pour les 10 % du marché relatifs aux travaux en régie, elle a, enfin, pour chaque soumissionnaire, multiplié le nombre d'heures fictif fixé pour chacun d'entre eux par le tarif horaire proposé par chacun d'entre eux. Cela a donné: 5706,74 heures x 37,85 euros = 216.000,11 euros pour la requérante, alors que le montant global des travaux en régie a été fixé à 160.000 euros par la partie adverse; 4.649,93 heures x 30,28 euros = 140.799, 88 euros pour la S.A. YVO RINALDI.

L'on voit donc que cette méthode d'évaluation a eu pour effet que la requérante qui était la moins-disante pour 90 pourcents du prix total du lot 1 du marché, à savoir les travaux fixés par bordereau, puisqu'elle proposait un prix réduit de 632.800,00 euros alors que la société anonyme YVO RINALDI proposait un prix réduit de 678.400 euros, perd ensuite sa première place quand on additionne à ce prix celui proposé pour les 10 pourcents des travaux en régie : 632.800 + 216.000,11 = 848.800,11 euros pour la requérante; 678.400 + 140.799,88 = 819.199,88 euros. Il en est allé de même en ce qui concerne le lot 2. De même, la requérante qui était la moins-disante pour 90 pourcents du prix total du lot 2 du marché, à savoir les travaux fixés par bordereau, puisqu'elle proposait un prix réduit de 49.560 euros alors que la société anonyme YVO RINALDI proposait un prix réduit de 50.880 euros, perd ensuite sa première place quand on additionne à ce prix celui proposé pour les 10

pourcents des travaux en régie : 49.560 + 16.200,18 = 65.760,18 euros pour la requérante; 50.880 + 10.560,15= 61.440,15 euros.

Au regard du contexte juridique qui a été dégagé ci-avant, il y a tout d'abord lieu de considérer, comme le fait valoir la partie adverse, que la méthode d'évaluation qui a été retenue par la partie adverse était, et c'est un euphémisme, "difficilement" prévisible dans le chef des soumissionnaires. Compte tenu de ce qui avait été précisé tant dans le cahier spécial des charges que dans le formulaire d'offre y annexé, les soumissionnaires ne pouvaient, en effet, manifestement pas prévoir que l'appréciation de leur offre pour ce qui concerne les dix pourcents de travaux en régie de chacun des deux lots se ferait principalement, sur la base d'un nombre d'heures de travail purement fictif et différent pour chacun des soumissionnaires, alors que cela n'avait de toute évidence pas été annoncé dans les documents de marché.

Comme le fait également valoir la partie adverse, la méthode d'évaluation qui a été appliquée dénature le critère d'attribution du marché annoncé dans le cahier des charges et ce, à un point tel qu'il peut même être considéré que ce critère est en réalité modifié par rapport à ce qui avait été annoncé dans les documents de marché, du fait même que les soumissionnaires n'ont jamais été invités à proposer dans leur offre un nombre d'heures de travail en régie. Au regard de ce qui avait été annoncé dans les documents du marché, l'on n'aperçoit, en tout état de cause, pas comment il peut être justifié que l'appréciation des informations fournies par les soumissionnaires dans leur offre pour la partie des travaux en régie puisse être calculée, d'une part, sur la base d'une évaluation purement fictive, comme le reconnaît la partie adverse, du nombre d'heures de travaux en régie, évaluation qui aboutit à ce que ce nombre d'heures varie de soumissionnaire à soumissionnaire, et, d'autre part, sur la base de formules qui en arrivent à prendre en compte, à deux reprises, le taux horaire augmenté de l'heure en régie, tel que proposé par chacun des soumissionnaires (une fois pour la détermination des heures de travail et une seconde fois pour la fixation du prix total des heures de prestation en régie, telles que calculées de manière purement fictive pour chacun des soumissionnaires). Comment les soumissionnaires pouvaient-ils en effet prévoir que le montant horaire augmenté qu'ils allaient indiquer dans leur offre allait, tout d'abord, servir pour leur attribuer un nombre d'heures fictif pour les travaux à effectuer en régie et allait, ensuite, servir pour calculer le montant total que représentaient ces heures en régie ? Il en va d'autant plus ainsi que la méthode retenue a abouti, sur la seule base du poste main d'œuvre, à surévaluer les travaux en régie, et ce, bien au-delà des 10 pourcents du montant global des deux lots, tel qu'annoncé dans les documents du marché. En effet, selon les calculs opérés par la partie adverse, cette proportion atteint 34,13 pourcents (sans les autres postes de régie) pour la requérante (216.000 / 632.800) et 20,75 pourcents (sans les autres postes de régie) pour ce qui concerne la S.A. YVO RINALDI (140.799 / 678.400). La

requérante peut, en conséquence, légitimement affirmer qu'il est certain qu'une telle méthode, si elle avait été annoncée par la partie adverse dans les documents du marché, aurait influencé la préparation des offres, dont la sienne.

Comme l'observe également la requérante, la méthode d'évaluation retenue, et non annoncée, a eu un impact majeur sur le classement des offres, comme cela a été exposé ci-avant, et apparaît discriminatoire, spécialement en adjudication, du fait que la partie adverse a procédé à une comparaison des offres sur la base d'un volume variable de commandes à effectuer selon celui des soumissionnaires considéré, alors que le principe d'égalité des soumissionnaires impose que la comparaison des offres se fasse sur la base des mêmes commandes, le cas échéant fictives.

Enfin, et pour s'en tenir au lot 1, si l'on prend, à titre d'exemple, la moyenne des deux nombres d'heure fictifs calculés pour la requérante et pour la société anonyme YVO RINALDI, ce qui donne une moyenne de 5.178,35 heures, on en arrive à ce que cet aspect du marché aurait donné lieu à un montant de 196.000,54 euros pour la requérante et de 156.800,43 euros pour la société anonyme YVO RINALDI. Ajouté aux prix des autres chapitres du lot 1, le montant total du marché pour le lot aurait été de 828.800,54 euros pour la requérante et de 835.200,43 euros pour la société anonyme YVO RINALDI, avec cette conséquence que la requérante aurait bien été la moins-disante. A cela s'ajoute encore la circonstance qu'il n'apparaît pas vraisemblable que le montant estimé par la partie adverse des travaux à effectuer en régie ne concernerait que le seul poste des prestations horaires à fournir, à l'exclusion d'autres postes tels que ceux cités pas la partie requérante dans sa requête. S'il avait donc été tenu compte de ces autres postes pour évaluer la part relative du poste des prestations horaires, l'écart entre les deux offres aurait encore peut-être même pu se creuser en la faveur de la requérante. Il s'ensuit que la méthode d'évaluation utilisée par la partie adverse apparaît également dénuée de pertinence, spécialement dans le cadre d'une procédure d'adjudication.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que le mode d'évaluation des offres mis en œuvre par la partie adverse, sans avoir été annoncé, était imprévisible, qu'il dénature l'unique critère d'attribution (le prix) en permettant que les offres des soumissionnaires soient évaluées sur la base de commandes fictives différentes, qu'il surévalue nettement l'importance des commandes en régies annoncées à 10 pourcents du montant total des travaux pour chacun des deux lots, et qu'il a donc manifestement des effets discriminatoires. En conséquence, outre que la méthode d'évaluation ne semblait pas pouvoir être adoptée *ex post*, cette méthode n'apparaît pas non plus acceptable.

Il s'ensuit, qu'au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, les troisième et quatrième moyens sont sérieux. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner, en outre, au regard du quatrième moyen, si la partie adverse a ou non, en outre, commis des erreurs manifestes de calcul dans l'application concrète de cette méthode d'évaluation.

V. PREMIER ET DEUXIEME MOYENS

Il n'est pas nécessaire d'examiner les premier et deuxième moyens de la requête qui, à les supposer sérieux, ne seraient pas de nature à conduire à une suspension plus étendue de l'exécution de la décision attaquée.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Demande de la partie adverse

La partie adverse estime qu'il y a lieu, à ce stade de la procédure, de préserver la confidentialité de toutes les offres et ce afin de ne pas nuire au secret d'affaires et maintenir une concurrence loyale entre les soumissionnaires.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il y a lieu de faire suite à cette demande et de ne pas lever la confidentialité des offres.

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

**Article 1er.**

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision adoptée par la partie adverse le 10 décembre 2015 de conclure l'accord-cadre avec les firmes suivantes, pour les travaux de peinture intérieure et extérieure à exécuter dans les bâtiments communaux des domaines publics et privés de la ville de Bruxelles et dans les bâtiments de la Zone de Police de Bruxelles-Capitale Ixelles, pour une période de 48 mois, par la voie d'une entreprise annuelle aux conditions de leur offre, notamment:

- dans le cadre du lot 1, conclure l'accord cadre avec les trois participants suivants, selon l'ordre de priorité suivant et selon les modalités fixées au cahier spécial des charges n° 0602/0330/2015 :
  1. Yvo RINALDl S.A.;
  2. JUFFERN & FILS S.A.;

3. BATISCONSTRUCT SPRL;

- dans le cadre du lot 2, conclure l'accord cadre avec les trois participants suivants, selon l'ordre de priorité suivant et selon les modalités fixées au cahier spécial des charges n° 0602./0330/2015 :
  1. Yvo RINALDI SA;
  2. JUFFERN & FILS S.A.;
  3. BATISCONSTRUCT SPRL.

**Article 2.**

Les pièces 1 à 4 de la partie confidentielle du dossier administratif et l'annexe 3 à la requête demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

**Article 3.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 4.**

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

**Article 5.**

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-deux mars deux mille seize par :

M. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Jacques JAUMOTTE.