

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.297 du 31 mars 2016

G./A.218.690/VI-20.732

En cause : **la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**

ayant élu domicile chez
Mes Yves SCHNEIDER et
Marie BOURGYS, avocats,
rue de Clairvaux, n° 40/202,
1348 Louvain-la-Neuve,

contre :

**la société coopérative à responsabilité
limitée IMMOBILIERE SOCIALE
ENTRE SAMBRE ET HAINE,**

ayant élu domicile chez
Me Nathalie TISON, avocat,
Rue Jules Destrée, n° 72,
6001 Charleroi.

**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 10 mars 2016, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise *a priori* le 16 décembre 2015 par laquelle la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante irrégulière et a attribué le marché public de travaux portant sur la rénovation de 65 logements (sis cité Jardin du Fief, n° 2 à 101, à Anderlues) dans le cadre du programme «Pivert 2» à la société Lixon pour un montant de 2.113.373,22 EUR (HTVA)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 11 mars 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 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.

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 Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Nathalie TISON, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

La partie requérante résume comme suite les faits de la cause, sans être contredite par la partie adverse:

" [1]. Le 26 août 2015, la partie adverse a publié un avis de marché au Bulletin des adjudications belge. Il s'agit d'un marché de travaux passé par adjudication ouverte relatif à des travaux de rénovation de 65 logements dans le cadre du programme Pivert 2.

En matière de rénovation énergétique, le programme Pivert initié par le Ministre du logement a pour objectif de doper le logement public de 400 millions d'euros. Il s'inscrit dans le cadre du Plan Marshall 2.Vert du Gouvernement wallon. Complément écologique du PEI, le Pivert est fondamentalement axé sur la rénovation énergétique. La deuxième tranche du programme, le Pivert 2, cible les logements dont la consommation est la plus élevée.

[2]. Le cahier spécial des charges régissant le marché en cause comporte deux parties : la première contient les clauses administratives, la seconde contient les clauses techniques.

[3]. A l'ouverture des offres, il est apparu que huit soumissionnaires avaient déposé une offre dans le délai requis. Il s'agit des soumissionnaires suivants :

N°	SOCIETES	MONTANTS H.T.V.A.
1	Théret et Fils (rabais de 2 % compris)	1.918.216,34
2	HULLBRIDGE (remise commerciale de 5 % comprise)	2.003.202,05
3	LIXON	2.126.048,49
4	R. DE COCK	2.135.000,00
5	BEMAT	2.298.797,33
6	COBARDI	2.304.368,00
7	DRUEZ	2.415.016,91
8	SOTRELCO	2.509.298,60

[...]

[4]. Par un courrier du 13 octobre 2015, l'auteur de projet de la partie adverse a adressé à la requérante un courrier recommandé dont l'objet était intitulé comme suit : «demande d'informations complémentaires».

Cette demande était rédigée [comme] suit :

«Par la présente, nous vous invitons à nous faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi de la présente lettre, les documents suivants :

- Détail reprenant le prix d'achat de la fourniture, le coût horaire, le rendement de production, la marge bénéficiaire,
- Fiches techniques

Pour tous les postes suivants : [...]

Toutes les preuves d'achat doivent indiquer les montants d'achats de toutes les matières premières demandées.»

[...].

[5]. Par un courrier du 26 octobre 2015, la requérante [a répondu] à cette «demande d'informations complémentaires» : «Nous accusons réception de votre courrier du 13 octobre 2015 relatif au projet dont question en rubrique et vous prions de trouver ci-joint les renseignements demandés.»

Conformément à la demande de la partie adverse, la requérante a fourni, pour chacun des postes concernés, une décomposition de ses prix unitaires reprenant l'ensemble des informations sollicitées, à savoir le prix de la fourniture, le coût de main d'œuvre et le rendement estimé, ainsi que le bénéfice escompté. La partie requérante a également transmis à la partie adverse les fiches techniques des fournitures proposées dans son offre.

[6]. Par un courrier du 25 février 2016, la partie adverse a informé la requérante que son offre avait été écartée pour cause d'irrégularité. Il s'agit de l'acte attaqué. Le rapport d'attribution, sur lequel la décision d'attribution prend appui, est motivé comme suit :

«[...] l'auteur de projet constate également que :

Après déduction de la remise commerciale, le total du montant réservé aux frais d'installation, généraux et bénéfices s'élève à 8,5 % du prix de vente (13,5 % - 5 %). Le montant des frais et charges est donc inférieur au pourcentage habituellement appliqué, soit entre 12 et 15 %.

Le soumissionnaire justifie ce point par le fait que les frais généraux «seront en majeure partie couverts par les chantiers en prévision ou en cours» - p16 du justificatif.

Or cette justification est contestable car absolument invérifiable.

Le soumissionnaire justifie les prix d'achat des marchandises en fournissant les remises de prix des fournisseurs correspondant aux postes.

Or l'auteur de projet constate que, pour le poste 43.52.1a Système d'enduit sur panneaux isolants, le soumissionnaire justifie son prix unitaire sur base d'un isolant Rhinopor P[S]15 SE 040 120 mm (soit λ 0.040 W/m²K) – p10 et 147 du justificatif – alors que le cahier des charges décrit un isolant de λ 0.032 W/m²K au maximum – p77 du CSC.

Considérant dès lors que :

- Le projet est principalement à vocation énergétique (PIVERT II)
- Et les 120 mm d'EPS λ 0,040 ne permettant pas de satisfaire aux obligations en matière de Performance Énergétique des Bâtiments
- Le non-respect de la description du cahier des charges sur ce point constituant une erreur substantielle
- Le montant réservé aux frais, charges et bénéfices est anormalement bas et la justification du soumissionnaire à ce sujet étant contestable et invérifiable;

L'auteur de projet invite le Maître de l'ouvrage à écarter l'offre du soumissionnaire HULLBRIDGE sa»".

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une exception du défaut d'intérêt à la demande de suspension. Elle expose que la décision dont la suspension de l'exécution est demandée a été notifiée au soumissionnaire retenu, soit la société LIXON, "avec la circonstance incontestable que le contrat de marché public portant sur la rénovation de 65 logements est conclu". Elle estime donc que "le contrat ayant été conclu, la requérante n'est plus en mesure de solliciter la réparation en nature du dommage éventuel qu'elle subit et ne pourra plus, quoi qu'il en soit, se voir attribuer le marché convoité".

Elle ajoute qu'il n'est pas contesté "et n'est d'ailleurs pas contestable" que la décision d'attribution du marché a valablement été notifiée à l'attributaire et que le Conseil d'Etat ne peut dès lors plus ni suspendre le marché, ni déclarer le contrat sans effets. Il s'ensuit, selon elle, que "la suspension de l'exécution de la décision querellée

ne modifierait donc en rien la situation des parties telle qu'elle se présente à l'heure actuelle". Selon elle, "il résulte en conséquence des éléments ci-dessus développés que la requérante n'a plus d'intérêt à obtenir la suspension de l'exécution de la décision querellée, celle-ci ayant déjà été notifiée" et qu'"une éventuelle mesure de suspension ne modifierait pas la situation actuelle des parties *a fortiori* dès lors que l'article 30 alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 prévoit que, dans le cas de figure qui nous occupe, le marché ne peut plus être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 14 et 15 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 disposent comme suit :

" Art. 14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices [...].

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente [...], la demande de suspension [...] est introduite, devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence [...]»".

L'article 23, § 3, de cette loi prévoit, par ailleurs, qu'en règle, "la demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours". Le simple respect de ce délai suffit, par lui-même, à établir l'extrême urgence qui justifie l'introduction de la requête de suspension.

En vertu des articles 31 et 33 de la même loi, les articles précités sont également applicables aux marchés qui, comme le marché en cause, n'atteignent pas les seuils européens.

Ces dispositions expresses consacrent un régime spécifique au contentieux des marchés publics. Ce régime se caractérise notamment par une acception large de la notion de l'intérêt à l'annulation et à la suspension d'une décision d'attribution d'un marché déterminé. Conformément à l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, cité plus haut, "toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché

déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" dispose d'un intérêt à demander l'annulation ou la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché. A cet égard, les dispositions précitées n'autorisent pas à réserver un traitement distinct de l'intérêt au recours selon que celui-ci vise l'annulation ou la suspension de l'exécution de la décision querellée. Elles ne permettent pas davantage d'évaluer différemment l'intérêt au recours selon que le contrat a ou non été conclu. Statuer en sens contraire reviendrait, en outre, à méconnaître le principe selon lequel, en matière de marchés publics, une partie qui poursuit l'annulation d'une décision d'attribution, constituant un acte détachable, dispose, en tout état de cause, d'un intérêt moral qualifié, même si le contrat litigieux a déjà été conclu au moment où le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer.

L'exception d'irrecevabilité doit être écartée.

V. PREMIERE BRANCHE DU MOYEN UNIQUE

V. 1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un moyen unique de la violation "de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des articles 15, 21, 95 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; du cahier spécial des charges (clauses techniques), spécialement de son article 43.52; des articles 29, § 1^{er}, 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]; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; du principe général de motivation interne des actes administratifs; du principe général de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation, du devoir de minutie et de l'excès de pouvoir; des principes de légitime confiance, de prudence et de fair-play".

Elle reproche, dans une première branche, à la décision attaquée de reposer sur une appréciation manifestement inexacte en fait en ce qu'elle considère que les panneaux d'isolation proposés dans son offre ne sont pas conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges, alors qu'ils sont, en réalité, conformes aux exigences des documents du marché.

Elle explique que la partie adverse a considéré à tort que la référence utilisée par son fournisseur impliquait que les panneaux d'isolation proposés dans l'offre présentaient un coefficient lambda de seulement $\lambda 0,040$. Or, il s'agit là, selon elle, "d'une erreur manifeste d'interprétation d'un libellé alphanumérique propre à un

grossiste ou fournisseur". Selon la requérante, "ce libellé n'a en effet aucun lien avec le coefficient d'isolation du produit (lequel est exprimé en W/m^2K), mais est relatif à l'épaisseur du panneau concerné". Elle soutient, au contraire, que le coefficient λ du panneau isolant en question est de 0,032, comme exigé par le cahier spécial des charges. Elle explique que ce type de panneau "est disponible en deux finitions : la première finition est référencée chez le fournisseur sous le libellé «P15SE040» car il présente une épaisseur maximale de 400 mm (soit mention «040»), la seconde est référencée chez le fournisseur sous le libellé «P15SE020» car il présente une épaisseur maximale de 200 mm (soit mention «020»)".

Elle ajoute avoir précisé dans son courrier du 26 octobre 2015 qu'elle a interrogé ses fournisseurs au sujet des prix unitaires que la partie adverse lui demandait de justifier et que ceux-ci lui ont confirmé que les fournitures correspondent en tout point de vue aux clauses et impositions du cahier des spécial des charges.

Elle estime que "la partie adverse ne pouvait dès lors pas considérer, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, que les panneaux isolants proposés dans l'offre de la concluyente n'étaient pas conformes aux prescriptions du marché au seul motif que la référence du fournisseur comportait, pour partie, la mention «040», sans autre précision".

Elle précise avoir "à toutes fins utiles, [...] demandé à son fournisseur de confirmer que la fourniture proposée est bien conforme au cahier des charges, ce qu'il n'a pas manqué de faire".

Elle en conclut que "la partie adverse a donc bien méconnu les principes généraux visés au moyen (principe de bonne administration, erreur manifeste d'appréciation) ainsi que l'article 95, §§ 2 et 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011 en déclarant que l'offre de la requérante serait affectée d'une irrégularité substantielle". Elle estime "que la partie adverse a également violé son devoir de minutie, ainsi que les principes de prudence, de fair-play et de légitime confiance, visés au moyen". En effet, elle rappelle que la partie adverse l'a invitée, dans son courrier du 13 octobre 2015, à lui communiquer les devis de ses fournisseurs en précisant que toutes les preuves d'achat devraient indiquer les montants d'achats de toutes les matières premières demandées. Ce serait donc "uniquement parce que la partie adverse lui en a fait la demande expresse que la requérante lui a communiqué le devis de son fournisseur (Reale matériaux) relatif aux panneaux isolants". Ce devis comprenant les références ou désignations des différentes fournitures, la partie adverse aurait erronément interprété le libellé alphanumérique utilisé par le fournisseur, alors "qu'il aurait été pour le moins

normal et prudent [qu'elle] s'assure de l'exactitude de sa supposition avant d'écarter l'offre de la requérante pour un tel motif".

La requérante estime, en outre, que "la partie adverse a violé son devoir de minutie, lequel lui imposait, en l'espèce, d'au moins valider auprès d'elle, de son fournisseur ou par ses propres moyens un raisonnement aussi improbable et incertain".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a rejeté l'offre de la requérante pour deux motifs distincts : le non-respect de la prescription du cahier des charges concernant le coefficient d'isolation des panneaux isolants proposés par la requérante, cette non-conformité étant qualifiée de substantielle par le pouvoir adjudicateur, et le montant réservé aux "frais, charges et bénéfices" anormalement bas.

La première branche du moyen ne vise que la cause d'irrégularité tirée de la non-conformité des panneaux isolants aux exigences techniques du cahier spécial des charges. La partie requérante ne conteste pas le caractère substantiel de cette irrégularité, mais bien sa réalité, dès lors que le panneau qu'elle propose présenterait bien, selon elle, le coefficient d'isolation requis.

Il ressort de la décision attaquée et du dossier administratif que la référence des panneaux litigieux est la suivante : RHINOPOR PS 15 SE 040 120 mm. Une simple lecture de cette référence amène à tenir pour peu plausible que l'indication "040" corresponde, comme le soutient la partie requérante, à l'épaisseur du panneau, dès lors que celle-ci est donnée par l'indication 120 mm.

Le dossier administratif contient, par ailleurs, un document de certification de l'agrément technique des systèmes d'isolation de façade produits par la firme KNAUF, dont fait partie le RHINOPOR PS 15 SE. Il en ressort sans doute possible que le coefficient d'isolation de ce type de panneau est de λ 0,040 W/m²K, ce que corroborent plusieurs autres documents versés au dossier administratif. A première vue, la partie adverse a donc pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, ni violer les dispositions et principes visés au moyen, considérer que les panneaux proposés par la requérante ne répondent pas aux exigences techniques du cahier spécial des charges.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il s'ensuit que le moyen manque en fait en sa première branche.

VI. SECONDE BRANCHE DU MOYEN UNIQUE

Dans la seconde branche du moyen, la partie requérante critique le second motif de la décision attaquée, tiré du caractère anormalement bas des prix de l'offre de la requérante.

Dès lors qu'il n'est pas contesté que l'irrégularité constatée dans le premier motif de la décision entreprise revêt un caractère substantiel, ce premier motif suffit, *a priori*, à fonder valablement la décision. Il ressort, par ailleurs, de l'examen de la première branche du moyen que la critique de la partie requérante contre ce motif de la décision attaquée manque en fait. Enfin, ce motif ne repose pas sur le caractère apparemment anormal des prix, contesté dans la seconde branche du moyen.

Il est, par conséquent, sans intérêt d'examiner la seconde branche du moyen, qui ne pourrait, en toute hypothèse pas justifier la suspension de l'acte attaqué.

Le moyen n'est pas sérieux.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande à ce que son offre, la demande d'information de la partie adverse, sa réponse et la confirmation de son fournisseur de la prétendue conformité des panneaux isolants demeurent confidentielles.

Il y a lieu d'accéder à cette demande.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande qu'une indemnité de procédure de 1.400 euros soit mise à charge de la partie requérante.

La partie requérante demande également qu'une indemnité de procédure de 1.400 euros soit mise à charge de la partie adverse.

Aucune des deux parties n'expose toutefois d'arguments de nature à justifier que le montant de l'indemnité mise à la charge de la partie qui succombe s'écarte du montant de base de 700 euros.

Dès lors que la demande de suspension est rejetée, la partie adverse est celle qui obtient gain de cause au sens de l'article 30/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Il y a lieu de lui accorder, en

conséquence, une indemnité de procédure. En revanche, rien ne justifie que le montant de celle-ci s'écarte du montant de base de 700 euros.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 à 4 du dossier de pièces confidentiel de la partie requérante ainsi que les pièces 3 à 5 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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

Article 4.

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

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trente et un mars deux mille seize par :

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.