

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.217 du 23 juin 2016

G./A.219.351/VI-20.793

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
ADDING BUSINESS VALUE ENVIRONMENT,**
en abrégé A.B.V. Environment,

ayant élu domicile chez
Me Annabelle VANHUFFEL, avocat,
rue de Bruxelles, n° 51,
1400 Nivelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Société de
logements publics de la Haute Ardenne,**

**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 27 mai 2016, la société coopérative à responsabilité limitée ADDING BUSINESS VALUE ENVIRONMENT, en abrégé A.B.V. Environnement sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la société de logements publics de la Haute Ardenne, adoptée en séance du conseil d'administration du 22 mars 2016, d'attribuer le marché public de services ayant pour objet «Désignation d'un auteur de projet pour une étude d'incidences environnementales relative à la propriété de la S.L.P. Haute Ardenne sur la Z.A.C.C. DU CHENET-VEVI à Bastogne (10 ha)» à la société ARIES, notifiée au conseil de la partie requérante en date du 27 mai 2016" ainsi que "pour autant que de besoin, de la décision implicite de ne pas attribuer le marché susvisé à la partie requérante" et "du rapport d'examen des offres dressé en date du 22 janvier 2016 et 8 mars 2016, lequel fait partie intégrante de la décision d'attribution susvisée".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 mai 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 juin 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 Annabelle VANHUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^{me} Delphine VAN DAELE, directrice-gérante, comparaisant 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

III. 1. La partie adverse est propriétaire d'une parcelle de 10 ha dans une zone d'aménagement communal concertée (Z.A.C.C.) de 50 ha à BASTOGNE, appelée le "Chenet-Vévi".

III. 2. Dans le cadre de la mise en œuvre de cette Z.A.C.C. en collaboration avec la commune de Bastogne, la partie adverse a lancé plusieurs marchés de services relatifs à sa parcelle, en vue de la réalisation à terme d'un nouveau quartier de plus de 500 logements sur l'ensemble de la zone.

III. 3. Parmi ces divers marchés de services figure l'étude d'incidences environnementales.

III. 4. Le 24 novembre 2015, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé le cahier spécial des charges et la procédure de lancement par appel d'offres ouvert du marché de "désignation d'un auteur de projet pour une étude d'incidences environnementales relative à la propriété de la SLP Haute Ardenne sur la ZACC du Chenet-Vévi à Bastogne (10ha)".

III. 5. Les critères d'attribution du marché sont définis comme suit:

- Prix : 50 points;
- Méthode de travail tenant compte des différents acteurs concernés par l'étude : 35 points;
- Délai de réalisation : 15 points.

III. 6. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications en date du 4 décembre 2015. Il s'agit d'un marché de services non lié à un marché de travaux futurs, d'un montant estimé inférieur à 30.000 euros.

III. 7. A la date limite d'introduction des offres, soit le 20 janvier 2016, huit offres ont été soumises, dont celles de la requérante et de la société ARIES, futur attributaire.

III. 8. Le 22 janvier 2016, un rapport d'examen des offres a été rédigé. Ce rapport a été adapté en date du 8 mars 2016 suite aux remarques de la Société wallonne du logement. Il procède au classement des offres. Il en résulte que la société ARIES est classée première avec 89,12 points. La requérante est classée troisième avec 80 points. L'auteur du rapport propose en conséquence d'attribuer le marché à la société ARIES.

Il s'agit du troisième acte attaqué.

III. 9. Le 22 mars 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé le rapport d'analyse des offres, l'a intégré dans sa décision d'attribution et a attribué le marché à la société ARIES.

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 10. La requérante est informée de la décision d'attribution par un courrier recommandé du 10 mai 2016. A sa demande, cette décision lui est communiquée par courriel le 27 mai 2016.

IV. RECEVABILITE

IV.1. Quant au premier acte attaqué

La partie adverse expose, en substance, qu'en raison de la communication de la décision d'attribution au soumissionnaire retenu, le contrat s'est noué et que le recours en suspension "n'a pas de sens et doit être considéré comme irrecevable".

Cette exception ne peut être accueillie. En effet, l'article 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 ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu.

Il appartient, dès lors, au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

En conséquence, le recours est recevable quant à son premier objet.

IV.2. Quant au deuxième acte attaqué

La requérante postule également la suspension de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.

Le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents, n'est pas nécessairement irrecevable. Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante se limite à affirmer que si son moyen devait s'avérer fondé, elle aurait pu revendiquer 10 points de plus que la notation que lui a attribuée la partie adverse. Elle n'explique cependant pas comment ce nombre est

atteint et n'établit pas que la partie adverse n'aurait, en toute hypothèse, pas pu choisir de renoncer à attribuer le marché. La requérante ne démontre par conséquent pas que le marché aurait nécessairement dû lui être attribué.

Le recours est irrecevable en son deuxième objet.

IV.3. Quant au troisième acte attaqué

La requérante demande également que soit annulé le rapport d'analyse des offres.

Ce rapport constitue un acte préparatoire qui ne fait pas immédiatement et directement grief par lui-même et n'est donc pas susceptible d'être attaqué en tant que tel. La circonstance qu'il a fait l'objet d'une appropriation par le pouvoir adjudicateur, lequel en a fait une partie intégrante de sa décision, ne modifie pas ce constat.

Le recours est, dès lors, irrecevable en son troisième objet.

V. MOYEN UNIQUE

V.1 Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement de ses articles 1, 2, et 3, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de comparaison effective et uniforme des offres, de bonne administration, et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe «*patere legem quam ipse fecisti*», des principes d'absence et/ou d'erreur dans les motifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, et de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche, elle reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir attribué que 15 points à la méthode de travail proposée dans son offre, au motif que celle-ci se présente en une demi-page et reste très générale, alors que, selon elle, la méthode de travail présentée "s'étend sur plusieurs pages et non une demi-page, et contient des éléments similaires à ceux retenus pour les autres soumissionnaires".

Elle expose que le rapport d'analyse des offres attribue le maximum des points à son offre lors de l'examen des critères d'attribution n° 1 (prix), soit 50 points, et n° 3 (délai de réalisation), soit 15 points. En revanche, elle n'a obtenu que 15 points sur 35 pour le critère n° 2 (méthode de travail). Cette cote est motivée par le caractère "très général" et succinct de la note de méthodologie de la requérante. Or, la requérante soutient que "l'examen de l'offre [...] révèle que la méthode de travail y explicitée ne se résume pas à 1/2 page". Elle ajoute que "l'offre contient en effet plusieurs chapitres comme le laisse apparaître la lecture de la table des matières [...] lesquels sont respectivement consacrés à l'identification du contexte factuel et juridique, au contenu de l'étude d'incidences, à l'information et aux rapports à produire et à la gestion du projet et des réunions de travail". Elle fait valoir que "l'ensemble de ces éléments font partie de la méthode de travail présentée [...] dans son offre [qui] s'étend sur 15 pages et non une demi-page".

La requérante considère donc qu'"en considérant que la méthode de travail présentée se résume en 1/2 page et est très générale, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation".

Elle estime, en effet, qu'il fallait apprécier la méthode de travail proposée à la lumière de l'ensemble des éléments de l'offre et non seulement à la lecture de la demi-page mentionnant l'intitulé "méthode de travail".

La requérante relève, par ailleurs, que les éléments que la partie adverse a pris en considération pour examiner la méthode de travail proposée par les autres soumissionnaires sont similaires à ceux contenus dans sa propre offre. Elle compare, à cet égard, le contenu de son offre aux éléments du rapport d'analyse des offres concernant l'examen du critère d'attribution n° 2 de l'offre de l'attributaire du marché et d'un autre soumissionnaire, qui ont tous deux obtenu pour ce critère 35 points, soit le maximum, et constate que pour ces deux offres, "la partie adverse a pris en considération l'énumération du contenu obligatoire d'une étude d'évaluation des incidences sur l'environnement pour apprécier la méthodologie proposée [...] mais a exclu ce chapitre de l'offre de la partie requérante pour coter celle-ci quant à la méthodologie proposée". Or, elle soutient avoir pourtant clairement mentionné dans son offre que le titre consacré à proprement parler à la méthode de travail complétait les tâches techniques de l'étude d'incidences.

Elle estime donc que "la partie adverse n'a pas traité toutes les offres de manière égalitaire et non discriminatoire [et qu'elle] n'a pas procédé à une comparaison effective et uniforme des offres".

Selon elle, "il s'en déduit que la méthode de travail proposée par la partie requérante devait recueillir plus que 15 points, celle-ci étant similaire à celle proposée par [deux soumissionnaires ayant obtenu le maximum des points]". Elle estime qu'elle aurait, en tout état de cause, dû recevoir pour ce critère d'attribution au moins 10 points de plus, soit 25 points. Ces 10 points supplémentaires auraient porté à la somme de 90 le total des points attribués à son offre, ce qui en aurait fait l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle conclut qu'"il s'en déduit sans conteste que la comparaison effective des offres aurait dû mener la partie adverse à [lui] attribuer le marché".

Dans une seconde branche, invoquée à titre subsidiaire, la requérante fait valoir que "les documents du marché ne précisent pas le critère d'attribution n° 2 avec la rigueur que lui assigne la partie adverse de sorte qu'ils sont en contradiction avec le rapport d'examen des offres, lequel fait partie intégrante de la décision". Elle considère qu'"en dégradant à ce point l'offre de la partie requérante, la partie adverse a violé le cahier spécial des charges duquel il ne ressort manifestement pas que de telles conséquences seraient attachées à une offre qui ne reprendrait pas spécifiquement la méthode de travail proposée sous un titre spécifique intitulé «méthode de travail»". Elle estime que "le rapport d'analyse des offres, et les décisions d'attribution et de non-attribution qui se fondent sur celui-ci, sont donc entachés de contradictions avec les documents du marché, lesquels n'imposent pas une telle rigueur ou précision dans les offres". La partie adverse aurait dès lors également violé le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

V.2 Décision du Conseil d'Etat sur les deux branches réunies

Le critère d'attribution n° 2 est formulé comme suit au point I.10 du cahier spécial des charges :

" 2. Méthode de travail tenant compte des différents acteurs concernés par l'étude

Le soumissionnaire établira une note dans laquelle il expliquera de manière détaillée et précise la méthode de travail qu'il compte utiliser afin de rencontrer les différents intérêts de la SLP Haute Ardenne, ainsi que la manière d'appréhender la présente étude d'incidence dans la totalité de la ZACC pour certaines infrastructures (égouttage, ruissellements eaux de pluie, etc.). Par ailleurs, il expliquera la méthode proposée pour lier son étude d'incidence à l'urbanisation parallèle. La pondération sera laissée à l'appréciation du PA".

Il s'en déduit que le pouvoir adjudicateur attendait du soumissionnaire qu'il dépose une note portant spécifiquement sur la méthodologie qu'il comptait mettre en œuvre et que cette note devait contenir des explications détaillées et précises concernant non seulement cette méthodologie, mais aussi la manière d'appréhender

l'étude d'incidences dans la totalité de la Z.A.C.C. pour certaines infrastructures et la méthode proposée pour lier cette étude d'incidences à l'urbanisation parallèle.

Si, certes, le cahier spécial des charges n'impose pas un modèle déterminé pour la rédaction de cette note de méthodologie, le libellé du critère d'attribution n° 2 impose clairement qu'une telle note soit établie et qu'elle concerne les trois éléments cités plus haut.

En l'occurrence, la requérante a soumis une offre contenant 7 chapitres dont le chapitre 5, intitulé "Gestion de projet et réunions de travail", contient une première rubrique ayant pour titre "Méthode de travail" et une seconde rubrique intitulée "Réunions de travail". Le chapitre 5 tient en la seule page 14 de la soumission de la partie requérante. La rubrique "Méthode de travail" ne fait qu'une demi-page. Ce chapitre ne contient pas de partie explicitement consacrée à l'étude d'incidences ni à la liaison entre cette étude et l'urbanisation parallèle.

En comparaison, l'offre de l'attributaire contient 8 chapitres dont un chapitre 6 "Méthodologie" comportant six pages. Ce chapitre est subdivisé en trois rubriques, intitulées "6.1. Approche générale", "6.2. Contenu de l'étude d'incidences" et "6.3. Méthode pour lier l'étude d'incidences à l'urbanisation parallèle du projet".

Cette comparaison suffit à faire apparaître que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en constatant que le passage expressément consacré à la "méthodologie" dans l'offre de la partie requérante est sensiblement plus réduit que celui présenté par le soumissionnaire retenu et qu'il ne répond pas aux exigences formulées dans le cahier spécial des charges concernant la note demandée, au contraire du chapitre de l'offre de l'attributaire consacré à sa méthode de travail.

La requérante soutient, toutefois, que la partie adverse aurait également dû tenir compte des indications contenues dans un autre chapitre de son offre, le chapitre 3, intitulé "Etude d'incidences sur l'environnement". Elle ne peut être suivie sur ce point, dès lors que le cahier spécial des charges indiquait clairement que l'évaluation du critère "méthodologie" s'effectuerait sur la base d'une note dans laquelle le soumissionnaire devait expliquer "de manière détaillée et précise la méthode de travail qu'il compte utiliser". Le pouvoir adjudicateur n'était donc pas tenu pour l'évaluation de ce critère d'attribution de compléter les éventuelles lacunes de la note de méthodologie remise par un soumissionnaire en recherchant dans les différentes parties de son offre d'éventuelles informations susceptibles de l'éclairer sur la méthodologie proposée, mais il pouvait, comme il l'a fait, se limiter à prendre en considération les informations fournies dans sa note dédiée spécifiquement à ce critère.

En l'espèce, la partie "méthodologie" de la soumission de la partie requérante ne contient pas de partie explicitement consacrée à l'étude d'incidences ni à la liaison entre cette étude et l'urbanisation parallèle. De l'examen des soumissions en lice, il apparaît, en outre, qu'elle est la seule à ne pas avoir proposé, dans la partie relative à la méthodologie, une partie spécifiquement consacrée à l'étude d'incidences.

Dans ces circonstances, et dans les limites d'un examen effectué en extrême urgence, il n'apparaît pas que la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation ou violé les autres dispositions et principes visés au moyen en attribuant la notation 15/35 à l'offre de la partie requérante par rapport à celle de 35/35 attribuée à l'offre de l'attributaire.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que les offres qu'elle dépose soient tenues confidentielles. La requérante demande également que son offre reste couverte par la confidentialité.

Dès lors que la communication de ces pièces est de nature à porter atteinte au secret des affaires et qu'elle n'apparaît pas nécessaire, à ce stade, à la solution du litige, il y a lieu d'accéder à la demande des parties.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres déposées par les parties 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.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-trois juin 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.