

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.473 du 14 juillet 2016

G./A.219.543/VI-20.807

En cause :

- 1. la société anonyme GALERE,**
- 2. la société privée à responsabilité limitée BUREAU D'ARCHITECTES BOUFFIOUX EMMANUEL,**
- 3. la société privée à responsabilité limitée CONIX RDBM ARCHITECTS BRUSSELS,**

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DIOR et
Charles DE LA VALLEE POUSSIN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la ville d'Andenne,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme LES ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION ET FILS, en abrégé GILLION CONSTRUCT,**
- 2. la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE A.I.U.D.,**
- 3. Rudy RICCIOTTI,**

ayant élu domicile chez
Mes Myriam LAHBIB et Virginie MONTEYNE-JADOUL,
avocats,
avenue Louise, n° 240,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 21 juin 2016, la société anonyme GALERE, la société privée à responsabilité limitée BUREAU D'ARCHITECTES BOUFFIOUX EMMANUEL et la société privée à

responsabilité limitée CONIX RDBM ARCHITECTS BRUSSELS sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Collège communal de la partie adverse du 3 juin 2016, par laquelle celui-ci a déclaré [leur] offre [...] irrégulière et décidé d'attribuer à la S.A. GILLION CONSTRUCT, aux entreprises générales Fernand GILLION ET FILS et à l'association momentanée A.I.U.D. Atelier d'architecture sprl & Rudy RICCIOTTI, le marché ayant pour objet «la rénovation d'un bâtiment public multifonctionnel à caractère passif, dans le cadre de la revitalisation urbaine du centre-ville d'Andenne»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme LES ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION ET FILS, en abrégé S.A. GILLION CONSTRUCT, la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE AIUD et Rudy RICCIOTTI ont, par une requête introduite le 29 juin 2016, demandé à être reçus en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 22 juin 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 juillet 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., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Charles DE LA VALLEE POUSSIN, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Monsieur Emmanuel BOUFFIOUX, représentant de la seconde requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Myriam LAHBIB et Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La partie adverse a décidé de passer un marché public de travaux ayant pour objet la conception et la réalisation de la rénovation d'un bâtiment public multifonctionnel, à caractère passif, dans le cadre de la revitalisation urbaine du centre-ville d'Andenne.

Le mode passation retenu est l'appel d'offres ouvert, avec publicité européenne. Des avis ont été publiés au Bulletin des adjudications, ainsi qu'au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

III. 2. L'ouverture des offres a eu lieu le 10 mars 2016 à 10h00. Quatre offres ont été déposées, dont celles des requérantes et des requérantes en intervention.

III. 3. Un rapport d'attribution a été rédigé en date du 30 mai 2016 par les services juridique et technique de la partie adverse.

III. 4. Par une délibération du 3 juin 2016, le collège communal de la partie adverse a décidé d'approuver le rapport d'attribution des offres, de l'intégrer dans cette délibération, de déclarer irrégulière l'offre des requérantes, pour les motifs exprimés audit rapport d'attribution et d'attribuer le marché litigieux à "la société anonyme GILLION CONSTRUCT - Les entreprises générales Fernand GILLION ET FILS sa et l'association momentanée A.I.U.D. Atelier d'architecture SPRL & Rudy RICCIOTTI, Architecte".

Il s'agit de l'acte attaqué.

S'agissant des motifs pour lesquels l'offre des requérantes a été déclarée irrégulière, le rapport d'attribution les expose comme suit:

" Sur le plan matériel, l'offre de la sa GALERE et de la société momentanée B.A.E.B. SPRL – Bureau d'Architectes Emmanuel BOUFFIOUX – CONIX RDBM ARCHITECTS BVBA déroge toutefois à deux exigences essentielles des clauses techniques prévues au cahier spécial des charges, à savoir :

- L'exigence d' «une terrasse panoramique extérieure couverte (Point 4.7 R+5)»;
 - L'exigence d'une consommation électrique maximale annuelle de 32.000 kwh.
- L'offre de la société sa GALERE et de la société momentanée B.A.E.B. SPRL – Bureau d'Architectes Emmanuel BOUFFIOUX – CONIX RDBM ARCHITECTS BVBA, est, dès lors, affectée de deux irrégularités substantielles.

S'agissant de la terrasse panoramique prévue au dernier étage du bâtiment, l'offre de la sa GALERE et la société momentanée B.A.E.B. – Bureau d'Architectes Emmanuel BOUFFIOUX – CONIX RDBM ARCHITECTS BVBA ne prévoit pas

de terrasse panoramique extérieure couverte au R+5, comme prévu aux clauses techniques (point 4.7 R+5) mais bien une terrasse au niveau +2.

Cette suppression de la terrasse panoramique, au dernier étage, prive le bâtiment rénové d'un atout majeur, qui était celui d'offrir une vue panoramique unique sur le patrimoine de la Ville d'Andenne au niveau +5 comme prévu par les clauses techniques (le bâtiment à rénover est le plus haut de la Ville d'Andenne), ainsi qu'il était par ailleurs recherché au travers du programme défini par le cahier spécial des charges (le dossier de revitalisation urbaine, communiqué aux candidats soumissionnaires, vise à faire de ce bâtiment rénové « le Phare » de la Ville d'Andenne et de son nouvel éco-quartier, ainsi que l'ont du reste bien compris tous les autres soumissionnaires, voyez dossier de revitalisation urbaine de la Ville d'Andenne, page 78).

Ce faisant le déplacement de la terrasse du niveau +5 au niveau +2 prive, irrémédiablement, le bâtiment d'une fonctionnalité majeure attendue.

Cette perte est d'autant plus dommageable, en l'espèce, que, d'une part, l'immeuble a une vocation touristique certaine (le service du tourisme doit occuper le bâtiment), et que l'accès à la terrasse panoramique doit encourager les visiteurs à fréquenter les étages du bâtiment et que, d'autre part, l'espace polyvalent prévu au dernier étage a vocation à être exploité, voire commercialisé, de sorte que l'absence de terrasse panoramique, à cet étage, en diminue les attraits et, dès lors, le rendement potentiel (les revenus de location de cet espace ont été renseignés par la Ville d'Andenne dans le cadre de la détermination du DAF de la fiche FEDER, approuvée par le Gouvernement wallon).

En ce qui concerne le seuil de consommation électrique maximal fixé au cahier spécial des charges, [...].

Pour ces 2 motifs, dont chacun suffit à lui seul pour justifier du caractère irrégulier de l'offre, cette offre doit par conséquent être tenue pour IRREGULIERE".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 29 juin 2016, la société anonyme LES ENTREPRISES GÉNÉRALES FERNAND GILLION ET FILS (en abrégé s.a. GILLION CONSTRUCT), la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE AIUD et Rudy RICCIOTTI demandent à être reçus en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Ces personnes ayant été désignées comme attributaires du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à se porter partie intervenantes. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE – PREMIÈRE BRANCHE

V. 1. Thèse des requérantes

A. Requête

Les requérantes soulèvent un moyen unique, pris " de l'excès de pouvoir et de [l]a violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence; [l]a violation 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; [l]a violation du principe de la motivation interne, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, pour autant que de besoin, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services; [l]a violation des articles 95 et 96, §4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; [l]a violation des articles 2, 3 et 4.7. des clauses techniques du CSC et du principe *patere legem quam ipse fecisti*; [l]a violation du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Ce moyen est articulé en deux branches, en chacune desquelles il critique distinctement chacun des motifs pour lesquels l'offre des requérantes a été déclarée irrégulière, à savoir l'absence de "terrasse panoramique extérieure couverte" (première branche) et la méconnaissance de l'exigence relative à la consommation électrique maximale annuelle (deuxième branche).

S'agissant de la première branche, les développements du moyen sont les suivants:

" [...]. L'article 4.7. des clauses techniques du CSC prévoyait la présence d'une «terrasse panoramique extérieure couverte » au 5^e étage du bâtiment faisant l'objet du Marché.

Sur cet aspect précis, l'acte attaqué considère que l'offre des requérantes dérogerait à cette prescription qu'il juge essentielle.

Il relève à ce propos que:

«L'offre de la sa GALERE et la société momentanée B.A.E.B sprl - Bureau d'Architectes Emmanuel BOUFFIOUX - CONIX RDBM ARCHITECTS bvba ne prévoit pas de terrasse panoramique extérieure couverte au R+5, comme prévu aux clauses techniques (point 4.7 R+5) mais bien une terrasse au niveau +2.

Cette suppression de la terrasse panoramique, au dernier stage, prive le bâtiment rénové d'un atout majeur, qui était celui d'offrir une vue panoramique unique sur le patrimoine de la Ville d'Andenne au niveau +5 comme prévu par les clauses techniques (le bâtiment à rénover est le plus haut de la Ville d'Andenne), ainsi qu'il était par ailleurs recherché au travers du programme défini par le cahier spécial des charges (le dossier de revitalisation urbaine, communiqué aux candidat[s] soumissionnaires, vise à faire de ce bâtiment rénové « le Phare » de la Ville d'Andenne et de son nouvel éco-quartier, ainsi que l'ont du reste bien compris tous les autres soumissionnaires, voyez dossier de revitalisation urbaine de la Ville d'Andenne, page 78).

Ce faisant le déplacement de la terrasse du niveau +5 au niveau +2 prive, irrémédiablement, le bâtiment d'une fonctionnalité majeure attendue.

Cette perte est d'autant plus dommageable, en l'espèce, que, d'une part, l'immeuble a une vocation touristique certaine (le service du tourisme doit occuper le bâtiment), et que l'accès à la terrasse panoramique doit encourager les visiteurs à fréquenter les étages du bâtiment et que, d'autre part, l'espace polyvalent prévu au dernier étage a vocation à être exploité, voire commercialisé, de sorte que l'absence de terrasse panoramique, à cet étage, en diminue les attraits et, des lors, le rendement potentiel».

[...]. L'acte attaqué est entaché d'erreurs dans les motifs ou, à tout le moins, insuffisamment motivé.

[...]. Il est de jurisprudence constante qu'en vertu du principe de la motivation interne des actes administratifs, ceux-ci doivent reposer sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles. Les motifs de droit et de fait qui justifient la décision doivent se dégager du dossier administratif. Le Conseil d'État est compétent pour connaître des erreurs de fait.

Il est également admis que les règles de motivation formelle imposent « à l'autorité administrative d'attester, par la motivation de sa décision, qu'elle s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire. La motivation formelle doit également permettre au destinataire de l'acte administratif de comprendre les motifs de fait et de droit qui ont conduit à son adoption ».

[...]. En l'espèce, les requérantes observent que l'acte attaqué est manifestement entaché d'une erreur de fait/d'une erreur dans les motifs, dans la mesure où, contrairement à ce qu'il l'affirme, l'offre déposée par les requérantes prévoyait bien, au niveau +5 du bâtiment, une terrasse « extérieure et couverte » offrant une vue panoramique.

A l'appui de cette affirmation, les requérantes joignent à leur dossier de pièces, des extraits de leur offre, sur lesquels l'existence de ladite terrasse peut être aisément constatée (...) : [...]

Il est surprenant que les motifs de l'acte attaqué ne mentionnent même pas l'existence de cette terrasse, ne serait-ce que pour affirmer, le cas échéant, qu'elle ne serait pas conforme à ce qui était exigé (*quod non*). Ce faisant, il semble que la partie adverse n'ait manifestement pas examiné en détails l'offre des requérantes. De ce point de vue, l'acte attaqué viole le devoir de minutie et ne permet pas aux requérantes de comprendre les raisons pour lesquelles leur offre a été jugée irrégulière.

Pour autant que de besoin, les requérantes relèvent que la prescription litigieuse du CSC se bornait à exiger « une terrasse panoramique extérieure et couverte », sans imposer aucune contrainte particulière, notamment en termes d'orientation ou de surface (et ce alors même que d'autres prescriptions des clauses techniques ne se privaient pas de le faire : ex. « bureaux individuels » min. 12 m², « espaces de stockage » min 10 m², etc.). Or, si la partie adverse avait des exigences précises à ce propos, celles-ci devaient, en vertu des principes d'égalité et de transparence, être précisées dans les documents du Marché de manière à permettre aux différents soumissionnaires d'établir leurs offres en connaissance de cause. Il ne pourrait à cet égard être admis que la partie adverse fasse utilement état de ces exigences, pour la première fois, dans sa note d'observations.

[...]. A titre subsidiaire : quant au caractère essentiel de la prescription litigieuse.

[...]. A en croire la partie adverse, la prescription du CSC qui imposait aux soumissionnaires de prévoir, au 5^e étage du bâtiment faisant l'objet du Marché, une «terrasse panoramique ouverte et couverte», serait «une prescription essentielle», en sorte que l'offre des requérantes, en ce qu'elle dérogerait à cette prescription (*quod non* comme exposé supra), serait entachée d'une « irrégularité substantielle».

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour juger du caractère essentiel ou non d'une prescription, ce pouvoir n'est pas sans limite.

[...]. Dans un arrêt du 25 février 2014, votre Conseil rappelait que :

«Lorsqu'il qualifie une irrégularité de substantielle, le pouvoir adjudicateur doit, en vertu du principe d'égalité ainsi que du devoir de minutie, s'assurer que la comparaison avec les autres offres n'est effectivement pas possible et que la même irrégularité n'est pas présente dans les autres offres. En outre, il est tenu, en vertu de l'obligation de motivation formelle qui lui incombe, d'exposer les éléments permettant de comprendre comment il a abouti à cette conclusion » (...).

De même, dans un arrêt du 14 avril 2016, votre Conseil a jugé que :

«Au sens de l'article 95, §3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, sont essentielles les dispositions des documents du marché expressément présentées comme telles ou celles qui le sont par nature, parce que leur méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres ou de modifier le classement de celles-ci. Pour écarter une offre qu'il considère être affectée d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur doit constater que cette offre déroge à une ou plusieurs prescriptions contenues dans les documents du marché et que ces prescriptions auxquelles il est ainsi dérogé revêtent un caractère essentiel » (...).

En l'espèce, les requérantes constatent que les motifs de l'acte attaqué ne précisent aucunement en quoi la dérogation contenue dans leur offre – à la supposer établie, *quod non* – affecterait sa comparabilité avec celles des autres soumissionnaires.

Pour toute motivation du caractère prétendument essentiel de la prescription litigieuse – et, partant, du caractère substantiel de l'irrégularité qui résulterait de la dérogation à cette prescription –, la partie adverse relève que :

«Cette suppression de la terrasse panoramique, au dernier stage, prive le bâtiment rénové d'un atout majeur, qui était celui d'offrir une vue panoramique unique sur le patrimoine de la Ville d'Andenne au niveau +5 comme prévu par les clauses techniques (le bâtiment à rénover est le plus haut de la Ville d'Andenne), ainsi qu'il était par ailleurs recherché au travers du programme défini par le cahier spécial des charges (le dossier de revitalisation urbaine, communiqué aux candidate soumissionnaires, vise à faire de ce bâtiment rénové « le Phare » de la Ville d'Andenne et de son nouvel éco-quartier, ainsi que l'ont du reste bien compris tous les autres soumissionnaires, voyez dossier de revitalisation urbaine de la Ville d'Andenne, page 78).

Ce faisant le déplacement de la terrasse du niveau +5 au niveau +2 prive, irrémédiablement, le bâtiment d'une fonctionnalité majeure attendue.

Cette perte est d'autant plus dommageable, en l'espèce, que, d'une part, l'immeuble a une vocation touristique certaine (le service du tourisme doit occuper le bâtiment), et que l'accès à la terrasse panoramique doit encourager les visiteurs à fréquenter les étages du bâtiment et que, d'autre part, l'espace polyvalent prévu au dernier stage a vocation à être exploité, voire

commercialisé, de sorte que l'absence de terrasse panoramique, a cet stage, en diminue les attraits et, des lors, le rendement potentiel».

Or, contrairement à ce que tente de faire croire la partie adverse, les documents du marché ne précisait à aucun instant que l'« atout majeur » du bâtiment faisant l'objet du Marché était « d'offrir une vue panoramique unique sur le patrimoine de la Ville d'Andenne au niveau +5 ».

Le seul document sur lequel s'appuie d'ailleurs la partie adverse pour justifier cette affirmation inexacte est le dossier de revitalisation urbaine dont il ressort uniquement que le bâtiment faisant l'objet du Marché avait vocation à devenir « le phare » de la Ville d'Andenne et de son nouvel éco-quartier. L'on n'aperçoit toutefois à aucun instant en quoi le fait qu'un bâtiment ait vocation à devenir « le phare » d'une ville, aurait pour conséquence de rendre « essentielle » la terrasse prévue à son 5^e étage.

[...]. A. DELVAUX et C. DEWOLF rappellent en outre que « s'il ne ressort pas du cahier spécial des charges que les exigences méconnues par l'offre sont essentielles, [le pouvoir adjudicateur] ne peut écarter l'offre » (...).

La justification de cette restriction tombe sous le sens. Elle résulte des principes de transparence et d'égalité de traitement. Elle permet d'éviter les abus qui résulteraient inévitablement d'une situation où le pouvoir adjudicateur pourrait, à la seule fin d'écarter une offre qui ne lui plaît pas, déclarer « essentielle », au moment de l'attribution du marché, une prescription technique à laquelle ladite offre dérogerait, alors que le pouvoir adjudicateur n'étendait aucunement conférer un caractère « essentiel » à cette prescription au moment de l'établissement du CSC, et que ce caractère essentiel ne pouvait ainsi pas être raisonnablement anticipé par le soumissionnaire au moment de l'établissement de son offre.

Si le caractère essentiel d'une prescription ne doit pas obligatoirement résulter d'une mention du cahier spécial des charges qui la sanctionne « à peine de nullité » ou d'une formulation équivalente, son caractère essentiel doit malgré tout en résulter d'une manière ou d'une autre.

En l'espèce, le caractère « essentiel » que la partie adverse prête à la prescription litigieuse ne résulte aucunement des documents du marché.

Comme les requérantes l'ont déjà exposé (...), il ne résulte pas du dossier de revitalisation, contrairement à ce que prétend la partie adverse.

Les requérantes relèvent encore que la prescription litigieuse était formulée dans des termes très laconiques (« Devra être prévue une terrasse panoramique extérieure couverte ») qui sont difficilement compatibles avec l'importance que la partie adverse tente de donner à cette prescription. Celle-ci était en outre noyée dans une multitude d'autres prescriptions dont rien ne la distinguait quant à leur éventuel caractère essentiel.

Les requérantes observent encore que la partie adverse ne s'est pas privée de préciser, à diverses reprises dans les documents du marché, les prescriptions qui étaient fixées à peine de nullité, en sorte que l'on ne peut que s'interroger sur les raisons pour lesquelles elle n'a pas fait la même chose avec la prescription litigieuse si elle l'estimait si essentielle qu'elle ne le prétend désormais. À cet égard, votre Conseil a déjà jugé que si une prescription n'était pas assortie d'une sanction de nullité ou d'irrégularité alors que d'autres l'étaient clairement, il pouvait en être déduit *a contrario* que le pouvoir adjudicateur n'avait pas entendu conférer un caractère essentiel à cette prescription :

« Le caractère essentiel d'une spécification peut découler de la volonté exprimée par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché. La partie

adverse soutient que tel est le cas en l'espèce, dès lors que le cahier spécial des charges prévoit que chaque produit doit "au moins répondre aux caractéristiques techniques qualitatives et quantitatives ci-après quant à la composition, aspect et propriétés physiques". Elle ne peut toutefois être suivie. En effet, la portée qu'elle attache aux mots "au moins" figurant dans cette phrase aboutit à conférer indistinctement un caractère essentiel à chacune des spécifications techniques. Or, le cahier spécial des charges opère une distinction claire entre des spécifications dont il impose le respect "sous peine de non-conformité substantielle" et d'autres dont le non-respect n'est pas assorti d'une telle sanction. En procédant de la sorte, le cahier spécial des charges indique clairement les spécifications auxquelles il attache un caractère essentiel et, partant, celles auxquelles il n'attache pas un tel caractère.

En ce qui concerne le lot 4, sont prescrites "sous peine de non-conformité substantielle" les spécifications techniques du "lait de chaux calcique 20% - qualité eau potable", du "lait de chaux calcique 30% - qualité eau potable", et de la "chaux hydratée – qualité eau potable". En revanche, aucune sanction n'est prévue en cas de non-conformité avec le descriptif pour la "chaux hydratée - qualité technique". La partie adverse ne pouvait, par conséquent, pas considérer que le cahier spécial des charges y attachait un caractère essentiel » (...).

Les enseignements de l'arrêt précité peuvent être transposés en l'espèce.

Il ne ressort ainsi en aucune manière du CSC que le pouvoir adjudicateur ait voulu, *in tempore non suspecto*, conférer un caractère essentiel à la prescription prévoyant une terrasse au 5ème étage.

[...]. Il résulte des éléments qui précèdent que les motifs de l'acte attaqué, en ce qu'ils jugent la prescription litigieuse essentielle, ne sont ni exacts, ni pertinents, ni adéquats. Ils ne permettent en tout état de cause pas aux requérantes de comprendre les raisons pour lesquelles ce caractère essentiel a été considéré comme établi. A tout le moins, ces motifs sont entachés d'une erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi, en jugeant l'offre des requérantes substantiellement irrégulière, le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les autres normes visées au moyen .En sa première branche, le moyen est sérieux".

B. Plaidoiries

A l'audience du 6 juillet 2016, les requérantes ont insisté sur ce que le débordement aménagé au niveau du cinquième étage, et qui tient lieu de terrasse offrant une vue panoramique, n'est même pas mentionné dans l'acte attaqué, fût-ce pour expliquer en quoi il n'a pu être considéré comme répondant à la demande d'aménagement d'une terrasse panoramique. Le représentant du BUREAU D'ARCHITECTES BOUFFIOUX EMMANUEL a précisé qu'au vu des dimensions de l'avancée présentée comme terrasse (2,6 x 3,8m), celle-ci peut accueillir simultanément 10 personnes, tandis que l'espace présenté dans l'offre comme étant la terrasse aménagée au deuxième étage, et qui apparaît sur les illustrations produites au dossier comme assorti d'une rampe d'accès, peut accueillir 400 personnes. Il a ajouté que d'autres débordements sont prévus aux autres étages du bâtiment, s'inscrivant dans un dispositif de circulation des visiteurs à l'intérieur du bâtiment, dispositif qui permet à ceux-ci de bénéficier, à chaque étage, grâce à chacun de ces débordements,

d'une vue vers l'extérieur, de sorte que l'objectif de "vue panoramique" est ainsi atteint.

V. 3. Décision du Conseil d'Etat

En sa première branche, le moyen, qui fait grief à la partie adverse d'avoir déclaré irrégulière l'offre des requérantes à défaut de terrasse panoramique prévue au niveau R+5, dénonce une motivation erronée ou insuffisante de l'acte attaqué et conteste le caractère "essentiel" de la prescription à laquelle il est reproché aux requérantes d'avoir dérogé.

V.3.1. Quant à la motivation prétendument erronée ou insuffisante de l'acte attaqué.

L'article 4.7 du titre "Aménagements intérieurs" du cahier spécial des charges du marché litigieux est libellé comme suit :

" Le + 5 abritera un espace polyvalent.

Devront être prévus :

- un local d'entretien permettant le stockage d'une auto-laveuse ;
- un bloc WC comprenant un WC PMR, un WC dame, un WC homme, une table à langer;
- un espace polyvalent et aménageable (salle de conférence, atelier, salle d'exposition) de minimum 130 m²;
- un local de stockage de minimum 10 m²;
- une terrasse panoramique extérieure couverte;
- un escalier permettant une continuité dans la visite des musées sans devoir reprendre nécessairement l'ascenseur. Il sera muni de barrières sécurisées au moyen du même système que les ascenseurs;
- des accès vers les sorties de secours".

Ainsi que le rappelle la partie adverse dans sa note d'observations, l'offre des requérantes précisait, dans sa note II.6. (intitulée "Note philosophie concept architectural et moyens mis en oeuvre"), ce qui suit :

" La position de la terrasse panoramique au second étage est l'élément qui diffère par rapport à la position évoquée dans le programme prédéfini. Il nous a semblé important de la positionner à l'étage de jonction entre les différentes fonctions et pouvant servir à tous".

Il ressort de cette précision qu'en élaborant leur projet, les requérantes ont prétendu répondre à l'exigence d'aménagement d'une terrasse panoramique prescrite par l'article 4.7 du cahier spécial des charges, en concevant une terrasse qu'elles ont choisi de localiser au deuxième étage, et non au cinquième étage comme l'avait souhaité la partie adverse. En revanche, cette précision extraite de l'offre des requérantes ne permet pas de considérer que le débordement apparemment aménagé

au niveau du cinquième étage, que les requérantes tentent – dans le cadre de la présente procédure mue devant le Conseil d’Etat – de qualifier de "terrasse", aurait été présenté comme tendant à répondre à l’attente exprimée par la partie adverse à l’article 4.7 précité. Si tel avait été le cas, on n’aperçoit pas pourquoi les requérantes se seraient abstenues de le préciser.

Sur la base de cette précision contenue dans l’offre des requérantes, et dont celles-ci ne soutiennent pas qu’elle aurait dû être lue en combinaison avec d’autres informations soumises à la contradiction des débats et imposant – à leur estime – une interprétation contraire, la partie adverse a pu, sans commettre une erreur de fait, constater que cette offre ne prévoyait pas de "terrasse panoramique extérieure couverte au R+5, comme prévu aux clauses techniques (point 4.7 R+5) mais bien une terrasse au niveau +2".

De même, ne peut-il être sérieusement reproché à la partie adverse de n’avoir pas mentionné ce débordement qualifié de "terrasse" par les requérantes, fût-ce pour décider qu’il n’était pas conforme aux exigences. De telles précisions n’auraient, en effet, eu de sens que s’il ressortait de l’offre que ce débordement était expressément présenté par les requérantes comme étant leur réponse à l’exigence d’aménagement d’une terrasse panoramique. Rien ne permet toutefois d’établir que tel en a été le cas.

V.3.2 Quant au caractère "essentiel" de la prescription litigieuse du cahier spécial des charges.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections

2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Des dispositions contenues dans cet article, il ressort notamment que le pouvoir adjudicateur peut déclarer nulle et, partant, écarter une offre non conforme à une disposition du cahier spécial des charges, et ce nonobstant le fait que cette disposition ne serait pas considérée comme "essentielle".

En l'espèce, à l'exception des développements consacrés à la présence, dans l'offre des requérantes, d'une terrasse panoramique, auxquels il vient d'être répondu, le moyen, en cette branche, repose exclusivement sur la thèse selon laquelle ne revêt pas un caractère "essentiel", au sens de l'article 95 précité, la disposition du cahier spécial des charges au regard de laquelle l'offre des requérantes a été déclarée irrégulière.

C'est vainement que les requérantes s'efforcent de soutenir cette thèse.

A supposer, en effet, que la prescription litigieuse ne puisse être considérée comme "essentielle", ce seul fait ne suffit, en toute hypothèse, pas à priver de fondement la décision par laquelle la partie adverse écarte, pour irrégularité, l'offre des requérantes. Pour que tel soit le cas, il faudrait que les requérantes établissent soit que la partie adverse ne pouvait considérer leur offre comme n'étant pas conforme à l'article 4.7 du cahier spécial des charges, soit que, celle-ci étant bien non conforme, la partie adverse ne pouvait l'écarter sans méconnaître les dispositions précitées de l'article 95, lues, le cas échéant, en combinaison avec l'un ou plusieurs des principes et dispositions visés au moyen.

Les requérantes n'entreprennent toutefois pas d'effectuer cette démonstration, se bornant à contester le caractère essentiel de la disposition du cahier spécial des charges qui prescrit l'aménagement d'une terrasse panoramique selon les caractéristiques décrites. A supposer qu'elles puissent être suivies en cette critique, celle-ci s'avère donc inopérante.

V.3.3. Pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être exposées, le moyen ne peut être déclaré sérieux au regard d'aucun des griefs formulés au titre de la première branche.

Dès lors qu'est vainement critiqué par le moyen, en sa première branche, l'un des deux motifs distincts sur lesquels repose la décision d'écarter l'offre des

requérantes, il n'y a pas lieu d'examiner la seconde branche, qui critique l'autre motif de cette décision.

La demande de suspension doit, en conséquence, être rejetée.

VI. CONFIDENTIALITÉ

La partie adverse déclare déposer, à titre confidentiel, les quatre offres reçues, ainsi que des "Informations complémentaires (suite aux courriers échangés dans le cadre de la comparaison des offres". Il s'agit des pièces I à V de la partie B du dossier administratif qualifié de "confidentiel".

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. INDEMNITÉ DE PROCÉDURE

La partie adverse sollicite la condamnation des requérantes au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 6 juillet 2016, les requérantes n'ont fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme LES ENTREPRISES GENERALES FERNAND GILLION ET FILS, la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE A.I.U.D. et Rudy RICCIOTTI dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

A ce stade de la procédure, les pièces portant les numéros I, II, III, IV et V du dossier administratif confidentiel sont tenues pour confidentielles.

Article 4

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 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordé à la partie adverse, à la charge des parties requérantes.

Article 6

Les dépens liquidés à la somme de 1.050 euros sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune et à la charge des parties intervenantes, à concurrence de 150 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze juillet deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katy LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.