

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

ARRÊT

n° 237.160 du 25 janvier 2017

A.220.952/VI-20.924

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

ayant élu domicile chez
M^{es} André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe 60,
1200 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
Société régionale du Logement de Herstal,
en abrégé S.R.L. Herstal,

ayant élu domicile chez
M^e Eric LEMMENS, avocat,
boulevard de la Sauvenière 68/2,
4000 Liège.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme C.B.D.,
2. la société anonyme DAMMAN,
ayant formé une société momentanée C.B.D. S.A. –
DAMMAN N.V.,

ayant élu domicile chez
M^e Lionel-Albert BAUM, avocat,
chaussée de Marche 458
5101 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 décembre 2016, la société anonyme FRANKI demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 15 septembre 2016 prise par la SCRL SOCIETE REGIONALE DU LOGEMENT DE HERSTAL [...], par laquelle le marché public de travaux (lot 1) portant sur la «création de 60 logements publics durables et aménagement des abords», régi par le Cahier spécial des Charges A469 du

15 novembre 2015, est attribué à la SM CBD SA-DAMMAN NV, pour un montant de 8.026.010,39 EUR HTVA".

II. Procédure

Une ordonnance du 15 décembre 2016, a fixé l'affaire à l'audience du 27 décembre 2016 à 10 heures 30.

Des courriers du 19 décembre 2016, ont remis l'affaire à l'audience du 9 janvier 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 5 janvier 2017, la société anonyme C.B.D. et la société anonyme DAMMAN, ayant formé une société momentanée C.B.D. S.A.-DAMMAN N.V., demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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'État ont été acquittés.

M. Jacques JAUMOTTE, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Renaud SIMAR et Martin CHABOT, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Elisabeth KIEHL, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^e Lionel-Albert BAUM, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III.1. Par des avis publiés au Bulletin des adjudications du 3 février 2016 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne du 6 février 2016, la Société

régionale du Logement de Herstal lance un marché public mixte de travaux portant sur la création de soixante logements publics durables et l'aménagement des abords (lot 1) et l'équipement en distribution d'eau de ces logements (lot 2).

Le montant estimé des travaux est de 8.366.945,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Le mode de passation choisi pour le lot 1 est l'appel d'offres (ouvert).

Il est notamment précisé que chaque soumissionnaire devra produire une attestation délivrée par l'autorité compétente confirmant qu'il est en règle quant à ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, jusque et y compris l'avant-dernier trimestre civil écoulé par rapport à la date limite de réception des demandes de participation ou de réception des offres".

III.2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence A469 du 15 novembre 2015.

Les critères d'attribution sont le prix (90 %) et le délai d'exécution (10 %).

Seul le lot 1 est concerné par le par le présent marché.

III.3. L'article 00.02 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges, intitulé " Offre de base/Variante – Précisions", prévoit que:

" Le présent marché est composé d'une version de base dont la superstructure est décrite en ossature bois préfabriquée en atelier.
Le soumissionnaire est tenu de répondre sous peine de nullité de son offre à cette version de base.

Le présent cahier des charges décrit également une variante facultative en ossature traditionnelle terre cuite.
Le soumissionnaire n'est donc pas tenu de répondre à cette variante.

Modèle de soumission

Si le soumissionnaire choisi de remettre une offre pour la variante, il [doit] joindre le second modèle de soumission prévu à cet effet, ainsi qu'un métré faisant apparaître les montant[s] des postes en variantes repris à la section 29*bis* du cahier spécial des charges et en supprimant les montants des postes repris à la section 29 du cahier des charges.

Délais

Le soumissionnaire précisera les délais d'exécution au modèle de soumission tant en base qu'en variante.
Le délai ne dépassera toutefois pas les 720 jours calendrier.

A défaut de préciser un délai, le soumissionnaire s'engage à effectuer les travaux en 720 jours calendrier.

Le soumissionnaire pourra indiquer un délai différent pour la version de base et pour la variante".

Il résulte de même de l'article 00.01 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges, intitulé "Plans – Précisions", que des modifications peuvent être apportées par les soumissionnaires tant en version de base qu'en version variante et que, dès lors que ces modifications appellent une composition différente, des épaisseurs d'isolation différentes, des matériaux différents, elles seront vérifiées par un expert agréé qui sera proposé à l'entreprise par le maître de l'ouvrage.

III.4. Dans sa note d'observations, la partie adverse précise ce qui suit, à propos de la version de base:

- " - Les bâtiments à ossature bois sont conçus à partir de matériaux préfabriqués (panneaux, supports, ...);
- L'auteur de projet a conçu les plans du bâtiment en fonction des matériaux les plus courants. Il a établi un rapport PEB relatif à la performance générale du bâtiment B1 sur cette base, après avoir procédé aux calculs nécessaires, et il a imposé aux soumissionnaires de respecter les exigences et valeurs maximales y reprises;
- L'auteur de projet a choisi de fonder son analyse exclusivement sur un logement «type» (B1), afin d'éviter de procéder 60 fois au même calcul;
- Constatant que d'autres matériaux pouvaient être utilisés, la partie adverse a cependant offert aux soumissionnaires la possibilité de les utiliser (tout en restant dans l'offre de base et donc en prévoyant une ossature bois), à condition de déposer un formulaire PEB assorti de leurs propres calculs et démontrant que la somme des données énergétiques ne s'écarte pas de plus de 10 % des valeurs de base calculées par les soins de l'auteur de projet."

III.5. L'article 00.06 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges, intitulé "Performance énergétique du bâtiment – PEB", dispose par ailleurs:

" Généralités

L'ensemble des travaux seront effectués conformément à la législation en vigueur concernant les nouvelles performances énergétiques des bâtiments et plus particulièrement l'ARW du 17 avril 2008.

Le présent projet fera également référence aux renforcements des exigences PEB à date de l'introduction du permis d'urbanisme, soit le 15 juin 2014.

Enveloppe et technique spéciales

L'entreprise tiendra compte lors de la construction de l'ensemble des valeurs maximum admissible des différentes parois aussi bien horizontales que verticales.

Dans un souci de facilité seul le logement B1 est transmis.

La performance générale du bâtiment devra satisfaire aux exigences reprise[s] au rapport PEB joint en annexe et plus particulièrement au niveau des valeurs U, du niveau K, du niveau Espec et du niveau EW.

Il devra également satisfaire aux exigences de ventilation suivant la norme NBN D50-001 et aux indices de surchauffe admissible.

La possibilité étant donnée aux soumissionnaires de répondre à une variante, la sommes des données énergétique pourront s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201. (Voir exemple ci-après)

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission sous peine de nullité de celle-ci le formulaire PEB correspondant au logement B1, dont modèle en annexe.

Projet de référence

Nom de l'unité	Niveau K	Niveau Ew	Niveau Espec
Logement B1	25.0	55.0	103

Soit $25+55+103=183 = 100 \%$

Projet proposé par le soumissionnaire

Soit $x+y+z=201 = 110 \%$

Mise en œuvre

L'entreprise devra se conformer à la mise en œuvre proposée au présent cahier des charges et l'ensemble de la pose des différents isolants devra être visionnée et réceptionnée par la direction de chantier avant fermeture des parois.

Sans respect de cette règle l'entreprise pourra être tenue responsable des défauts de performances énergétiques décelés par la direction de chantier. L'usage de caméra thermique pourra être envisagé en cas de désaccord.

Dans tous les cas le rapport PEB prime sur les matériaux isolant prévu au présent cahier des charges.

Si l'entrepreneur juge que certains isolants ont été omis ou que leurs performances doivent être modifiées, il l'indiquera dans une note annexée à sa soumission sans que celle-ci puisse constituer une restriction ou une réserve qui pourrait donner lieu à un quelconque supplément. Il en tiendra compte dans l'élaboration de son prix."

Le formulaire PEB correspondant au logement B1 constitue l'annexe 8 du cahier spécial des charges.

III.6. Différentes questions ont été adressées à la partie adverse par les soumissionnaires.

Par un courriel du 30 mars 2016, elle leur a transmis un récapitulatif des réponses des auteurs de projet.

Ce récapitulatif comporte en page 1 une "NOTE IMPORTANTE" dans laquelle il est, notamment, fait état de ce qui suit:

" Au vu du nombre important des questions des soumissionnaires concernant la problématique énergétique et plus particulièrement par rapport à la note PEB en base et variante, nous vous prions de trouver un complément d'information aux articles:

- 00.01 – Plans/précisions
[...]

- 00.06 – Performances énergétiques du bâtiment – PEB

Afin de garantir une équité entre les différentes techniques qui nous seront proposées et permettre une saine concurrence entre les différents soumissionnaires, la somme des données énergétiques pourront s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201 aussi bien pour les versions de base que variante.

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission, sous peine de nullité de celle-ci le formulaire PEB correspondant au logement B1, dans tous les cas de figure, base ou variante.

Exemple:

- je réponds à l'offre de base et ma structure est conforme au csch (art. 29), je joins à ma soumission:
 - Formulaire PEB
 - je peux m'écarter de 10 %
- je réponds à l'offre de base et ma structure est différente du csch (art. 29), je joins à ma soumission:
 - Formulaire PEB
 - je peux m'écarter de 10 %
- je réponds à l'offre en variante, je joins à ma soumission:
 - Formulaire PEB
 - je peux m'écarter de 10 %

DANS TOUS LES CAS LA NOTE PEB (du logement B1) EST JOINTE A LA SOUMISSION SOUS PEINE DE NULLITE".

Ce récapitulatif comporte par ailleurs les réponses suivantes à diverses questions posées, lesquelles réponses sont susceptibles de présenter un intérêt dans le cadre de l'examen du présent recours:

" [...]

7. Concernant la performance énergétique du bâtiment, il est indiqué en page 4 du Tome 0 que nous devons joindre à notre soumission le formulaire PEB correspondant au logement B1 dont le modèle est annexé au dossier. Ce modèle correspond au calcul pour le projet de base. Pouvez-vous nous confirmer que, pour le projet de base, le calcul n'est plus à réaliser et que nous devons simplement joindre cette annexe à notre soumission?

[Réponse]: Pour l'offre de base:

- le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch;

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch.

[...]

Performance énergétique

Dans le CSC, il est autorisé pour la solution variante en brique de terre cuite de s'écarter de 10 % des valeurs de base à atteindre dans le rapport PEB.

Dans un souci d'équité au niveau de l'analyse des offres, il me semble judicieux d'étendre ce critère également à la solution de base.

En effet, la solution de base se trouve pénalisée par rapport à la variante.

[Réponse]: Voir art. 00.06:

Pour l'offre de base:

- le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch;
- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch.

Exemple:

Je réponds à l'offre de base et ma composition de paroi est différente:

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 (règle des 110 %)

Je réponds à l'offre en variante:

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 (règle des 110 %).

[...]

9. Performance [...]

Les performances décrites, en matière d'isolation et d'acoustique, prévalent-elles bien sur les compositions décrites dans le cahier des charges (qui sont dès lors données à titre indicatif sans certitude de correspondance aux performances exigées)?

En d'autres termes, un soumissionnaire déposant strictement suivant les compositions décrites au cahier des charges a-t-il bien également la responsabilité de respecter les performances (isolation et acoustique) exigées?

Ne devrait-il pas, dès lors, également déposer une note de calcul PEB?

[Réponse]: VOIR NOTE IMPORTANTE page 1".

III.7. Le 12 avril 2016, dix soumissionnaires déposent une offre pour le lot 1:

1. l'association momentanée composée des sociétés KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN;
2. la société FRANKI de FLEMALLE;
3. l'association momentanée composée des sociétés ARTES TWT et ARTES ROEGIERIS de SEILLES et KRUIBEKE;
4. la société BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE;
5. la société GILLES MOURY de BRESSOUX;
6. les sociétés J. WUST et VANHOUT de MALMEDY et GEEL;
7. la société DUCHENE de STREE;
8. la société (BAM) GALERE de CHAUDFONTAINE;

9. l'association momentanée composée des sociétés CBD et DAMMAN de ATH et DEERLIJK,
10. la société STRABAG de ANVERS.

Tous les soumissionnaires déposent par ailleurs une offre, tant pour le projet de base que pour la variante facultative, à l'exception de l'association momentanée composée des sociétés KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN et de la société BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE.

La société FRANKI ayant par ailleurs proposé des modifications à la version de base et déposé une variante facultative, a annexé deux rapports PEB à son offre. Par contre, l'association momentanée composée des sociétés CBD et DAMMAN ayant respecté, pour la version de base, les prescriptions du cahier spécial des charges relatives à cette version, n'a annexé à son offre qu'un seul rapport PEB, à savoir celui relatif à son offre pour la variante facultative.

L'auteur de projet a interrogé divers soumissionnaires, dont la société FRANKI et l'association momentanée composée des sociétés CBD et DAMMAN au sujet de certains aspects de leurs offres et de certains des prix proposés. La société FRANKI et l'association momentanée composée des sociétés CBD et DAMMAN ont répondu par des courriers des 18 et 19 août 2016. Dans sa réponse, l'association momentanée composée des sociétés CBD et DAMMAN a par ailleurs confirmé qu'elle mettait en œuvre du matériel entièrement conforme au cahier spécial des charges.

III.8. Le 30 août 2016, l'auteur de projet établit un rapport d'analyse des offres qui propose d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit la société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V.

Le rapport d'analyse des offres relève notamment que :

- " Tous les soumissionnaires ont rentré les documents de la PEB et fait leurs commentaires afin de répondre aux exigences du CSC suivant l'article :

«00.06. Performance énergétique du bâtiment – PEB» :
[...].

De plus, dans les réponses aux questions des soumissionnaires, il y est confirmé l'élément suivant :

«00.06-Performance énergétique du bâtiment - PEB

Afin de garantir une équité entre les différentes techniques qui nous seront proposées et permettre une saine concurrence entre les différents soumissionnaires, la somme des données énergétiques pourront s'écarter de maximum 10 % des

valeurs de base et atteindre un total de 201 aussi bien pour les versions de base que variante.

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission, sous peine de nullité de celle-ci, le formulaire PEB correspondant au logement B1, dans tous les cas de figure, base ou variante».

Cependant, le calcul n'est pas obligatoire si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du CSC.

	Soumissionnaires :	Dossier Complet Base+variante	Omission d'isolant mentionné par le soumissionnaire
1	KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN	Base / Variante Pas offre variante	néant
2	FRANKI de FLEMALLE	Base / Variante	néant
3	ARTES TWT et ARTES ROEGIER de SEILLES et KRUIBEKE	Base / Variante	néant
4	BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE	Base / Variante	néant
5	GILLES MOURY de BRESSOUX	Base / Variante	néant
6	J. WUST et VANHOUT de MALMEDY et GEEL	Base / Variante	néant
7	DUCHENE de STREE	Base / Variante	néant
8	(BAM) GALERE de CHAUDFONTAINE	Base / Variante	néant
9	CBD et DAMAN de ATH et DEERLIJK	Base non fourni / Variante	néant
10	STRABAG de ANVERS	Base / Variante	néant

Projet référence = BASE :

Nom de l'unité	Niveau K La compacité est donnée par (Volume du bâtiment) / (Surface externe du bâtiment) et est donc exprimée en m.	Niveau Ew Le niveau de consommation d'énergie primaire, niveau Ew,	Niveau Espec La consommation spécifique en énergie primaire
Logement B1	25.0	55.0	103

Soit $25 + 55 + 103 = 183 = 100 \%$

Projet proposé par le soumissionnaire :

Soit « $x + y + z$ » = 201 =>> 110 %

« BASE »

Calculs transmis pour information sachant les consignes mentionnées ci-dessus = facultatif

	Soumissionnaires :	Niveau K	Niveau Ew	Niveau Espec	Total
	Valeurs de références :	25.0	55.0	103	183
1	KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN	25.0	55.0	102.9	182.9
2	FRANKI de FLEMALLE	27.0	54.0	101.2	182.2
3	ARTES TWT et ARTES ROEGIER de SEILLES et KRUIBEKE	25.0	55.0	102.9	182.9

4	BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE	30.0	57.0	105	192
5	GILLES MOURY de BRESSOUX	26.0	56.0	105	187
6	J. WUST et VANHOUT de MALMEDY et GEEL	28.0	54.0	102	184
7	DUCHENE de STREE Base avec épaisseur modifiée	25.0 26.0	55.0 55.0	103 104	183 185
8	(BAM) GALERE de CHAUDFONTAINE	25.0	53.0	98	176
9	CBD et DAMAN de ATH et DEERLIJK	Non rendu	Non rendu	Non rendu	Non rendu
10	STRABAG de ANVERS	25.0	55.0	102.9	182.9

« VARIANTE »

	Soumissionnaires :	Niveau K 25.0	Niveau Ew 55.0	Niveau Espec 103	Total 183
1	KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN	Pas d'offre = Non remis			
2	FRANKI de FLEMALLE	32.0	56.0	105.3	193.3
3	ARTES TWT et ARTES ROEGIER de SEILLES et KRUIBEKE	28.0	54.0	102	184
4	BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE	Pas d'offre = Non remis			
5	GILLES MOURY de BRESSOUX	26.0	56.0	105	187
6	J. WUST et VANHOUT de MALMEDY et GEEL	31.0	57.0	106,5	194.5
7	DUCHENE de STREE	25.0	55.0	103	183
8	(BAM) GALERE de CHAUDFONTAINE	30.0	54.0	102	186
9	CBD et DAMAN de ATH et DEERLIJK	27.0	55.0	102.3	184.3
10	STRABAG de ANVERS	30.0	57.0	107	194

De cette analyse, il ressort que la SM CBD de ATH et DAMAN de DEERLIJK n'a pas joint à son offre la PEB pour la «base», ce qui impliquerait son écartement. Cependant, le calcul n'est pas obligatoire si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du CSC (voir réponses fournies aux soumissionnaires).

Dès lors, nous maintenons le soumissionnaire SM CBD de ATH et DAMAN de DEERLIJK.

De cette analyse, il y ressort que tous les soumissionnaires sont conformes et sélectionnés ».

En ce qui concerne la capacité économique et financière, l'auteur de projet mentionne ce qui suit dans le rapport d'analyse des offres:

" [...] Il est à noter que les soumissionnaires :

- A.M. ~~KEULEN~~ et DETHIER de ~~LANAKEN~~ et ALKEN ;
- DUCHENE de STREE ;
- A.M. ~~CBD~~ et DAMAN de ~~ATH~~ et DEERLIJK

Ont rentré une attestation [ONSS] du 3^{ème} trimestre 2015. Dans le cas d'une désignation, une demande d'attestation du 4^{ème} trimestre 2015 devra être demandée.
[...]"

Par contre, dans les conclusions du rapport d'analyse des offres, l'auteur du projet précise cette fois fait cette fois état de ce qu'une demande d'attestation ONSS du 1^{er} trimestre 2016 devra être demandée auprès de l'associé DAMAN.

III.9. Par un envoi recommandé du 2 septembre 2016, la partie adverse a invité la société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V. à produire une attestation ONSS actualisée, jusque et y compris l'avant-dernier trimestre civil écoulé.

Celle-ci s'est exécutée le 8 septembre 2016, soit avant l'attribution du marché.

III.10. Le 15 septembre 2016, la Société régionale du Logement de Herstal a décidé d'attribuer à la société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V. le marché public de travaux querellé (lot 1), pour un montant de 8.026.010,39 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. Pour ce faire, elle déclare expressément approuver le rapport d'analyse des offres qu'elle considère comme faisant partie intégrante de sa délibération et qu'elle annexe par ailleurs à celle-ci.

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la société anonyme FRANKI par un courrier recommandé du 30 novembre 2016.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 5 janvier 2017, la société anonyme C.B.D. et la société anonyme DAMMAN, ayant formé une société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V., demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

La partie requérante soulève un premier moyen de la 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, de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et des dispositions du cahier spécial des charges, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes généraux du droit et plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation, ainsi que des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence.

Dans une première branche, elle fait valoir que c'est à tort que la partie adverse a considéré que l'offre de la société momentanée C.B.D. SA-DAMMAN N.V. était régulière, malgré que son offre ne comporte pas le formulaire PEB pour la version de base, alors que l'offre de la société momentanée C.B.D. SA-DAMMAN N.V. est atteinte d'une irrégularité substantielle, et ce compte tenu des considérations qui suivent:

" A) Non-respect d'une exigence formelle et technique énoncée par les documents du marché

[...] L'article 00.06 des clauses techniques exige de joindre à l'offre un formulaire PEB :

« 00.06 Performances énergétique du bâtiment – PEB

Généralités

L'ensemble des travaux seront effectués conformément à la législation en vigueur concernant les nouvelles performances énergétiques des bâtiments et plus particulièrement l'ARW du 17 avril 2008.

Le présent projet fera également référence aux renforcements des exigences PEB à dater de l'introduction du permis d'urbanisme, soit le 15 juin 2014.

Enveloppe et technique spéciales

L'entreprise tiendra compte lors de la construction de l'ensemble des valeurs maximum admissible des différentes parois aussi bien horizontales que verticales.

Dans un souci de facilité seul le logement B1 est transmis.

La performance générale du bâtiment devra satisfaire aux exigences reprises au rapport PEB joint en annexe et plus particulièrement au niveau des valeurs U, du niveau K, du niveau Espec et du niveau EW.

Il devra également satisfaire aux exigences de ventilation suivant la norme NBN D50-001 et aux indices de surchauffe admissible.

La possibilité étant donnée aux soumissionnaires de répondre à une variante, la sommes des données énergétiques pourront [sic] s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201. (Voir exemple ci-après)

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission sous peine de nullité de celle-ci le formulaire PEB correspondant au logement B1, dont modèle en annexe».

Ce formulaire constitue l'annexe [8] des clauses administratives.

[...] De surcroit, le PV de questions/réponses énonce à ce propos :

a. En page 3 :

- La question est la suivante :

«concernant la performance énergétique du bâtiment, il est indiqué en page 4 du Tome 0 que nous devons joindre à notre soumission le formulaire PEB correspondant au logement B1 dont le modèle est annexé au dossier. Ce modèle correspond au calcul pour le projet de base. Pouvez-vous nous confirmer que, pour le projet de base, le calcul n'est plus à réaliser et que nous devons simplement joindre cette annexe à notre soumission ».

- La réponse est la suivante :

« pour l'offre de base :

-le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch,
-le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions au poste 29 du csch».

b. En page 14 :

- La question est la suivante :

« un soumissionnaire déposant strictement suivant les compositions décrites au cahier des charges a-t-il bien également la responsabilité de respecter les performances (isolation et acoustique) exigées ?
Ne devrait-il pas, dès lors, également déposer une note de calcul PEB ? »

- La réponse est la suivante :

« VOIR NOTE IMPORTANTE page 1».

c. En page 1 («note importante») :

« 00.06 Performances énergétique du bâtiment – PEB

Afin de garantir une équité entre les différentes techniques qui nous seront proposées et permettre une saine concurrence entre les différentes soumissionnaires, la somme des données énergétiques pourront s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201 aussi bien pour les versions de base que variante.

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission, sous peine de nullité de celle-ci, le formulaire PEB correspondant au logement B1, dans tous les cas de figure, base ou variante.

Exemple:

Je réponds à l'offre de base et ma structure est conforme au csch (art. 29), je joins à ma soumission:

- formulaire PEB
- Je peux m'écarter de 10 %

Je réponds à l'offre de base et ma structure est différente du csch (art.29), je joins à ma soumission:

- formulaire PEB
- Je peux m'écarter de 10 %

Je réponds à l'offre en variante, je joins à ma soumission:

- formulaire PEB
- Je peux m'écarter de 10 %

Dans tous les cas la note PEB (du logement B1) est jointe à la soumission sous peine de nullité

Fichier informatique joint en annexe».

[...] En synthèse, il résulte des éléments exposés-ci avant que :

- Tant en base qu'en variante, il était possible de s'écarter des valeurs prédéfinies à hauteur de 10 %,
- En toute hypothèse, le formulaire PEB devait être joint à l'offre, tant en base qu'en variante, ce même en cas de respect des différentes compositions reprises à l'article 29 des clauses techniques (tome 2);
- La remise du formulaire PEB est sanctionnée à peine de nullité.

[...] En conséquence, dès lors que la SM CBD SA-DAMMAN NV n'a pas joint de formulaire PEB pour la version de base, son offre comporte une irrégularité. En effet, elle méconnaît une exigence formelle et technique prescrite par les documents du marché.

A cet égard, la remise du formulaire PEB est une exigence formelle en ce que celui-ci constitue une annexe technique à joindre permettant l'analyse des offres, et une exigence technique en ce qu'elle permet de s'assurer du respect des spécificités techniques exigées – aussi bien en cas de conformité à l'article 29 des clauses techniques qu'en application de l'article 00.06.

[...] Du reste, la circonstance qu'«un calcul n'était pas obligatoire» est sans effet sur le manquement de la SM CBD SA-DAMMAN NV. La remise du formulaire PEB était imposée en toute hypothèse. Ainsi :

- si la SM CBD SA-DAMMAN NV souhaitait se conformer aux exigences reprises à l'article 29 des clauses techniques, il lui incombait de déposer l'annexe 9 [lire: "8"] sans y opérer de modification, tel qu'exigé clairement par la S.R.L.H;
- à l'inverse, si la SM CBD SA-DAMMAN NV souhaitait s'écarter du formulaire PEB de base, il lui incombait de produire un calcul spécifique.

La SM CBD SA-DAMMAN NV s'est abstenue d'opérer tout choix.

[...] Au surplus, il ne pouvait être déduit de l'absence de remise du formulaire PEB que la SM CBD SA-DAMMAN NV entendait se conformer aux exigences reprises à l'article 29 des clauses techniques.

Il s'agit là d'opérer un choix en lieu et place de la SM CBD SA-DAMMAN NV".

Après avoir rappelé les principes qui s'appliquent lorsqu'une offre est atteinte d'une irrégularité substantielle, la requérante fait valoir la portée essentielle de l'exigence qui a été méconnue sur la base des considérations suivantes:

" B) Caractère substantiel de l'exigence méconnue

[...] Votre Conseil a confirmé que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne définit pas les formalités qui doivent être tenues pour substantielles ni les dispositions des documents du marché qui doivent être tenues pour essentielles. Il convient donc de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché [...].

Ce caractère substantiel ou essentiel peut résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché, mais il peut aussi découler de la nature même de la formalité ou de la disposition qui ne serait pas respectée [...].

Tel sera notamment le cas lorsque le non-respect d'une formalité ou d'une disposition des documents du marché est de nature à entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou à compromettre la bonne exécution du marché. Dans un tel cas, l'irrégularité constatée doit entraîner la nullité de l'offre, que le Pouvoir Adjudicateur l'ait ou non expressément indiqué dans les documents du marché [...].

[...] En l'espèce, l'exigence méconnue par la SM CBD SA-DAMMAN NV présente assurément un caractère essentiel au regard des éléments exposés ci-après.

En conséquence, le rejet de l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV ne pouvait être évité sans commettre une erreur manifeste d'appréciation.

Il se déduit en effet de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que lorsque le Pouvoir Adjudicateur conclut à la présence d'une irrégularité substantielle, il est tenu de déclarer l'offre nulle (aucune marge de manœuvre) : « § 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle ».

a. Les termes utilisés par les documents du marché

[...] Le caractère essentiel est tout d'abord démontré par les termes « à peine de nullité » employés à plusieurs reprises par la S.R.L.H., dans les documents du marché (art. 00.06 des clauses techniques) et durant la phase de questions/réponses.

Il s'agit là d'un « premier indice » [...] que Votre Conseil a d'ailleurs relevé à plusieurs reprises :

- C.E., n° 83.122 du 26 octobre 1999 : un métré récapitulatif à joindre à l'offre « à peine de nullité » ;
- C.E., n° 160.908, 4 juillet 2006 : des documents à joindre « à peine de nullité » ;
- C.E., n° 210.422 du 14 janvier 2011 : le coût détaillé dans une fiche technique jointe à l'offre sous peine d'irrégularité de l'offre.

[...] En l'espèce, la répétition et la précision de la sanction annoncée («le soumissionnaire joindra à sa soumission, sous peine de nullité de celle-ci») permet de ne pas douter de la portée «essentielle» qu'a entendu donner la partie adverse à cette «annexe PEB».

En conséquence, le Pouvoir Adjudicateur aurait dû rejeter l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV en application de la sanction prévue par les documents du marché.

Il s'agit là de respecter le principe «*patere legem quam ipse fecisti*» :

«sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation, en application des principes *Patere legem quam ipse fecisti* ou de confiance légitime, il semble logique de conclure qu'un pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer la règle qu'il a lui-même inscrite dans le cahier spécial des charges. Il ne peut renoncer à sanctionner une exigence prévue à peine de nullité par le cahier spécial des charges, pour autant qu'elle ne dépasse pas les limites du raisonnable» [...].

[...] C'est d'ailleurs en ce sens que Votre Conseil a rendu un arrêt du 7 décembre 2009 (n° 198.594) :

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte des articles 90, § 2, et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, combinés, que le pouvoir adjudicateur peut imposer, dans le cahier spécial des charges et à peine de nullité de l'offre, la production de documents devant être annexés à celle-ci, en vue de permettre le contrôle de la régularité des offres et la comparaison entre celles-ci; que dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de considérer comme irrégulières toutes les soumissions ne comportant pas les documents annexes imposés à peine de nullité par le cahier spécial des charges;

Considérant qu'en l'espèce, l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et l'article 12 du cahier spécial des charges imposaient d'annexer le plan particulier de sécurité et de santé à l'offre et ce, selon l'article 12, "sous peine d'exclusion"; qu'il n'est pas contesté que la soumission de la société momentanée TRA.GE.CO.- TRA.GE.CO.BAT. ne comportait ni plan particulier de sécurité et de santé, ni évaluation du coût des mesures à mettre en oeuvre, ni explication ou justification concernant l'absence de ces documents; que cette offre devait donc être écartée d'office (...)».

[...] Dans un arrêt du 6 janvier 2011 (n° 210.229), Votre Conseil a aussi indiqué que dès lors que le cahier spécial des charges imposait la jonction obligatoire à l'offre «sous peine de nullité» des prévisions de planning des interventions de maintenance sur les installations, le Pouvoir Adjudicateur ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation malgré le fait qu'aucun soumissionnaire n'avait été en mesure de le faire. Il devait écarter les deux offres" [...].

[...] Ce faisant, le Pouvoir Adjudicateur était lié par l'énoncé de ses exigences et quant à leur sanction, et devait en conséquence rejeter l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV.

b. L'atteinte au traitement égalitaire des soumissionnaires et à la comparaison des offres – incertitude quant à la bonne exécution du marché

[...] A cet égard, Votre Conseil a indiqué que :

« 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» (C.E., n° 231.217, 13 mai 2015).

Votre Conseil l'a encore récemment confirmé (C.E., n° 234.390, 14 avril 2016).

[...] En l'espèce, il n'est pas permis à la S.R.L.H. de comparer de manière complète l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV avec les autres offres.

En effet, il n'est pas possible d'identifier les «données» PEB qu'a entendu respecter la SM CBD SA-DAMMAN NV, ce indépendamment du fait qu'il était possible de s'en tenir au formulaire PEB prédéfini dans les documents du marché.

S'agissait-il des données PEB de base ou d'une adaptation de celles-ci compte tenu de la marge de 10 % octroyée ?

Le tableau repris en page 14 mentionne d'ailleurs la mention «non-rendu» au lieu d'indiquer la valeur de base qui aurait été de mise en cas de dépôt du formulaire «PEB» de base, semble-t-il à l'instar de la SA DUCHENE.

Partant, les offres n'ont pu être valablement comparées.

[...] De surcroît :

- ce manquement ne permet pas au Pouvoir Adjudicateur de s'assurer de la bonne exécution du marché. Rien n'indique en effet que la SM CBD SA-DAMMAN NV se conformera à l'article 29 des clauses techniques ;
- le traitement réservé à l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV est inégalitaire et injustifié au regard de la sanction définie par la S.R.L.H. et de la motivation non-pertinente développée (cfr. point (...)).

En ce qui concerne les conséquences que l'irrégularité de l'offre de base entraîne sur l'irrégularité de la variante, la requérante développe les arguments suivants:

" [...] L'apparente régularité de la variante déposée par la SM CBD SA-DAMMAN NV ne fait pas obstacle à l'irrégularité de son offre en entier.

En effet, à défaut d'avoir remis une offre de base régulière, seule l'offre en variante subsiste. Or :

« la remise d'une offre uniquement sous forme de variante, sans dépôt d'une offre pour la solution de base, n'est pas admissible. Tant l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que l'article 100 de l'arrêté royal du 10 janvier 1966 prévoient en effet expressément que le si Cahier Spécial des Charges impose ou autorise des variantes, le «soumissionnaire remet offre pour le projet de base». Par conséquent, lorsque pareille situation vient à se présenter, le Pouvoir Adjudicateur n'aura, le plus souvent, pas d'autre choix que d'écarter la ou les variantes ainsi déposées. En effet, s'il la considère comme une variante, il doit constater que la soumission ne contient pas d'offre de base, il devra considérer, excepté le cas où la variante ne diverge pas en réalité du projet de base, que celle-ci n'est pas conforme à ce projet, ce qui l'obligera à la déclarer irrégulière et à l'écarter. Par conséquent, une variante ne peut pas être déposée seule, sans l'offre de base qu'elle doit accompagner. Si tel était néanmoins le cas, la variante ne pourrait être qu'être rejetée^[...] ».

En conséquence, l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV est intégralement nulle.

[...] Au demeurant, le dépôt de l'offre de base était imposé par les documents du marché (article 00.02) :

« Le présent marché est composé d'une version de base dont la superstructure est décrite en ossature bois préfabriquée en atelier.
Le soumissionnaire est tenu de répondre sous peine de nullité de son offre à cette version de base.

Le présent cahier des charges décrit également une variante facultative en ossature traditionnelle terre cuite.
Le soumissionnaire n'est donc pas tenu de répondre à cette variante».

En conséquence, il serait sans effet de soutenir que ce n'est qu'en présence d'une imposition précise dans les documents du marché que le dépôt d'une offre pour la solution de base est requis et que le non-respect de cette imposition constituerait une cause d'irrégularité substantielle de l'ensemble de l'offre".

Dans une seconde branche, la requérante considère que la motivation de la décision attaquée quant à la régularité de l'offre des parties intervenantes ne répond aux exigences ni de l'article 3 de la loi du 29 juillet relative à la motivation formelle des actes administratifs, ni des articles 5 et 6 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En effet, elle estime que cette motivation ne permet pas de comprendre :

- " - Pourquoi la SM CBD SA-DAMMAN NV aurait décidé de se conformer aux prescriptions de l'article 29 des clauses techniques;
- Si l'absence de formulaire PEB constitue une irrégularité au sens de l'article 95 de l'AR du 15 juillet 2011;
- Le cas échéant, pourquoi celle-ci n'est pas substantielle".

Elle en conclut que l'acte attaqué est insuffisamment motivé.

B. Note d'observations

En ce qui concerne la première branche, la partie adverse considère que celle-ci n'est pas sérieuse et ce, sur la base des considérations qui suivent:

- " a. Quant au contenu du cahier spécial des charges
[...] La position de la requérante repose sur une mauvaise interprétation du cahier spécial des charges.
En effet, comme la partie adverse l'a rappelé ci-dessus à l'occasion de l'examen des faits du litige, le marché était divisé en deux : une offre de base (ossature bois) et une variante facultative (ossature traditionnelle).
L'offre de base permettait elle-même aux soumissionnaires d'opérer un choix : soit respecter scrupuleusement les plans et matériaux proposés par l'auteur de projet, ainsi que les exigences du formulaire PEB qui en découlent, soit les adapter en respectant une marge de tolérance de maximum 10 % par rapport aux valeurs calculées par l'auteur de projet dans son formulaire PEB.
La partie adverse insiste sur le fait qu'un formulaire PEB a été joint au cahier spécial des charges (annexe 8), lequel comporte les calculs effectués par l'auteur de projet sur base des matériaux proposés.

A partir du moment où un soumissionnaire entendait employer ces matériaux, il n'avait pas d'autre choix / possibilité matérielle que d'aboutir au même résultat que l'auteur de projet.

Il s'agit de la raison pour laquelle le formulaire PEB ne devait être déposé à l'appui des offres que si:

- soit le soumissionnaire déposait une offre «de base» mais modifiait les matériaux proposés (ce qui ne modifie en rien le prix mais uniquement les moyens d'exécution);

- soit le soumissionnaire déposait une offre pour la variante facultative.

Considérer qu'il en va autrement, comme le fait la partie adverse, n'a aucun sens puisque, par hypothèse, un soumissionnaire employant les matériaux proposés dans l'offre de base sans aucune adaptation ne peut aboutir qu'aux mêmes résultats, figurant dans le formulaire PEB.

En l'espèce, la SM CBD SA — DAMMAN NV a déposé une offre «de base» sans modification ainsi qu'une offre pour la variante facultative et un formulaire PEB assorti de ses propres calculs pour la variante facultative.

Dans cette mesure, son offre était parfaitement régulière.

[...] La requérante estime cependant qu'à peine de nullité, la SM CBD SA — DAMMAN NV devait déposer un formulaire PEB pour l'offre de base, en se fondant notamment sur les réponses adressées aux soumissionnaires avant l'ouverture des offres.

Or, force est de constater que ces réponses précisent :

«7. Concernant la performance énergétique du bâtiment, il est indiqué en page 4 du Tome 0 que nous devons joindre à notre soumission le formulaire PEB correspondant au logement B1 dont le modèle est annexé au dossier. Ce modèle correspond au calcul pour le projet de base. Pouvez-vous nous confirmer que, pour le projet de base, le calcul n'est plus à réaliser et que nous devons simplement joindre cette annexe à notre soumission ?

[Réponse de l'auteur de projet] Pour l'offre de base:

- le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch,
- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch».

Si, certes, cette réponse est contradictoire avec le contenu de la première page, elle est conforme au cahier spécial des charges. Le raisonnement tenu par la partie adverse est en effet celui qui a été exposé ci-dessus,

La meilleure preuve figure dans la réponse apportée à la question n° 6:

«* Avis rectificatifs 14/03/2016 - Question 6:

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch
- Pouvez-vous nous expliquer ce que vous entendez par "un soumissionnaire non conforme aux différentes compositions" ... pouvez-vous nous expliquer comment un soumissionnaire peut ne pas être conforme sans être disqualifié.

Voir art 00.01

Concerne article 29 -éléments de structure en bois

Les modifications tant en version base qu'en version variante appelant une composition différentes, des épaisseurs d'isolation différentes, des matériaux différents seront vérifiées (à charge de l'adjudicataire) par un expert agréé qui sera proposé à l'entreprise par le maître de l'ouvrage. Au besoin, des modifications devront être apportées pour être conforme aux règles de l'art et aux différentes exigences reprise[s] au présent cahier des charges.

[...].

* Etude PEB —variante:

Pour quelles raisons est-ce que les exigences de la variante doivent dépasser de 10 % les exigences de base, ceci est en contradiction avec le principe d'égalité supposé entre la solution de base et la variante.

Voir art.00.06

Pour l'offre de base :

- le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch,
- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch

Exemple

Je réponds à l'offre de base et ma composition de paroi est différente:

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 (règle des 110 %)

Je réponds à l'offre en variante:

- le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 (règle des 110 %)).

[...] La partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le formulaire PEB constituerait une exigence technique «en ce qu'elle permet de s'assurer du respect des spécificités techniques exigées», que les conditions de l'article 29 des clauses techniques du cahier spécial des charges soient remplies ou non.

Cette affirmation est factuellement inexacte, ces problématiques n'ayant aucun lien entre elles.

La partie requérante confond manifestement deux problématiques, les exigences techniques prévues par l'article 29 précité peuvent être vérifiées via l'offre. Ces exigences sont les suivantes : [...].

L'offre de la SM CBD SA- DAMMAN NV propose bien évidemment ces postes. Ils se retrouvent en pages 11 et suivantes du métré annexé à son offre (pièce 6, annexe 2.1).

La SM CBD SA- DAMMAN NV a en outre déposé une attestation confirmant la concordance entre le métré déposé et celui annexé au cahier spécial des charges par la partie adverse (pièce 6, annexe 3.1).

Dans cette mesure, la thèse de la partie adverse selon laquelle la SM CBD SA-DAMMAN NV n'aurait pas posé de choix entre l'offre de base et d'éventuelles variantes ne peut pas non plus être suivie.

Il en va de même de son affirmation selon laquelle la partie adverse ne pourrait s'assurer de la bonne exécution du marché en l'absence de formulaire PEB.

b. Conséquence des contradictions dans les explications fournies par l'auteur de projet.

[...] La partie adverse doit bien constater que les exemples et affirmations qui figurent en première page des réponses de l'auteur de projet sont matériellement inexacts [...].

Ainsi dans le premier exemple, si un soumissionnaire répond à l'offre de base et que la structure est conforme au cahier spécial des charges, il n'existe aucune marge de tolérance de 10 % comme l'a indiqué erronément l'auteur de projet. Soit la structure est conforme au cahier spécial des charges, soit elle ne l'est pas. Ce n'est que dans la seconde hypothèse qu'une marge de tolérance est possible.

La partie adverse a par ailleurs exposé ci-dessus[...] que les réponses fournies par l'auteur de projet étaient intrinsèquement contradictoires.

La partie adverse estime que, face à ces contradictions, il convient d'appliquer strictement le cahier spécial des charges.

Cette interprétation est la seule qui soit conforme à la *ratio legis* et à la portée de l'article 85, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui prévoit que:

«Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'ordre de priorité suivant est déterminant pour l'interprétation en cas de contradiction entre les documents du marché :

- 1° les plans;
- 2° le cahier spécial des charges;

3° le métré récapitulatif ou l'inventaire. (...)».

c. Quant au respect des principes généraux d'égalité et de non-discrimination.

[...] La partie adverse a appliqué le même raisonnement à l'ensemble des soumissionnaires et conteste toute violation des [principes] généraux d'égalité et de non-discrimination.

A l'inverse, elle constate que la thèse de la partie requérante viole les principes généraux d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence dans la mesure, notamment, où les contradictions existant dans les réponses formulées par l'auteur de projet ont pu induire les soumissionnaires en erreur quant à la nécessité de déposer ou non un formulaire PEB pour l'offre de base.

Force est dès lors de constater que le Cahier spécial des charges doit être interprété de manière conforme à ces règles et principes, ce qui exclut en l'espèce d'écarter l'offre de la SM CBD SA — DAMMAN NV.

Il convient en effet d'appliquer la thèse la plus favorable aux soumissionnaires, comme tel est le cas en cas de contradiction au sein des plans. Ce cas de figure est visé par l'article 85 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 :

«Lorsque les plans contiennent des contradictions, le soumissionnaire peut se prévaloir de l'hypothèse la plus avantageuse pour lui, à moins que les autres documents du marché ne donnent des précisions à cet égard».

Les plans priment sur le cahier spécial des charges, de sorte que le même raisonnement doit être tenu en l'espèce.

d. Quant au caractère prétendument essentiel de la formalité.

[...] Enfin, l'article 95, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

«§ 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».

Il est admis que la référence au caractère essentiel de la formalité octroie au pouvoir adjudicateur un certain pouvoir d'appréciation (voir notamment en ce sens P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, 2015, p. 557; C.E., n° 230.385 du 3 mars 2015 :

«il convient de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché. Ce caractère substantiel ou essentiel peut résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché, mais il peut aussi découler de la nature même de la formalité ou de la disposition qui ne serait pas respectée. Tel sera notamment le cas lorsque le non-respect d'une formalité ou d'une disposition des documents du marché est de nature à entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou à compromettre la bonne exécution du marché. Dans un tel cas, l'irrégularité constatée doit entraîner la nullité de l'offre, que le pouvoir adjudicateur l'ait ou non expressément indiqué dans les documents du marché [...]».

En l'espèce, compte tenu des précisions apportées ci-dessus, le dépôt du formulaire PEB ne peut constituer une formalité essentielle en ce qui concerne l'offre de base, en l'absence de toute modification.

Le fait de redéposer ou non un document identique à celui émanant de l'auteur de projet, alors même que le soumissionnaire a déposé une offre pour chaque poste concerné et qu'il lui a été précisé qu'aucun calcul PEB n'est nécessaire, n'a aucune incidence sur l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou sur la bonne exécution du marché.

Les extraits du cahier spécial des charges cités par la requérante ne modifient en rien ce constat, le caractère essentiel de cette formalité n'étant avéré qu'en cas de dépôt d'une variante et/ou d'une offre de base modifiée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

e. Subsidiairement, quant aux conséquences de l'irrégularité invoquée.

[...] En termes de recours, la partie requérante affirme que l'irrégularité de l'offre de base entraînerait l'irrégularité de l'ensemble de l'offre.

La partie adverse ne peut partager cette analyse et, en particulier, l'automatisme invoqué par la requérante.

En effet, s'il est acquis qu'une offre qui ne contiendrait qu'une variante obligatoire sans offre de base est irrégulière, tel n'est pas le cas de figure rencontré en l'espèce.

Or, le rapport au Roi sous l'article 9 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que:

«[...] La question de savoir si tant l'offre de base que la variante sont régulières se résout en effectuant un double examen. Le premier concerne le dépôt de ces différents types d'offres. Si cette étape est franchie avec succès, il convient alors d'examiner la régularité de chacune des offres déposées afin d'en déterminer l'influence mutuelle éventuelle en termes de régularité. Par exemple, en cas de variante obligatoire, le soumissionnaire est obligé de remettre offre tant pour l'offre de base que pour chaque variante obligatoire, sous peine d'irrégularité complète de son offre. (...)» [...].

En l'espèce, les offres retenues car économiquement les plus intéressantes sont celles relatives à la variante obligatoire [lire: "facultative"], tant pour ce qui concerne la requérante que la SM CBD SA-DAMMAN NV. Ces deux soumissionnaires ont bien rentré deux formulaires d'offre distincts et se sont engagés pour chacune des deux offres, lesquelles ne présentent aucun lien entre elles.

Vu ces circonstances spécifiques au cas d'espèce, la prétendue irrégularité de l'offre de base ne remet dès lors pas en cause la régularité de l'offre déposée pour la variante ou de l'ensemble du marché".

La partie adverse conclut également à l'absence de sérieux de la seconde branche du premier moyen et ce, sur la base de l'argumentaire suivant:

" La jurisprudence de Votre Haute Juridiction confirme que la motivation d'une décision d'attribution peut être sommaire. La partie adverse n'a pas d'obligation d'exposer les motifs des motifs et doit permettre au candidat ou au soumissionnaire d'apprécier l'opportunité d'un recours éventuel.

Le constat qu'une offre est techniquement régulière ne doit pas faire l'objet de développements formels particuliers. Il en va de même pour le constat que les prix sont normaux (C.E., n° 227.960 du 2 juillet 2014; P. THIEL, *in* Mémento marchés publics et PPP, 2016, p. 712).

En l'espèce, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, l'acte attaqué permet de comprendre les motifs pour lesquels l'offre de la SM CBD SA-DAMMAN NV a été déclarée recevable.

L'acte attaqué se réfère ainsi au «rapport d'examen des offres du 30 août 2016 pour Lot 1- Construction de 60 logements durables, réalisation de voiries et aménagement des abords) rédigé par l'auteur de projet, sm P. MAES & Ass. - CONTRAST ARCHITECTURE, RUE DETHIER 2 à 4607 DALHEM», figurant en annexe.

Il constate que «l'auteur de projet propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit sm CBD SA -DAMMAN NV, Rue des Prés du Roy 3 à 7800 ATH» et décide notamment :

- de sélectionner les soumissionnaires sm KEULEN-DETHIER, FRANKI sa, LES ENTREPRISES G. MOURY sa, SA DUCHENE, Galere sa, STRABAG BELGIUM SA, sm CBD SA - DAMMAN NV, sm ARTES

TWT SA - ARTES ROGIER NV, CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE SA (BPC Liège) et SA JEAN WUST SA pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative;

- de considérer les offres de sm KEULEN-DETHIER, FRANKI sa, LES ENTREPRISES G. MOURY sa, SA DUCHENE, Galere sa, STRABAG BELGIUM SA, sm CBD SA - DAMMAN NV, sm ARTES TWT SA - ARTES ROGIER NV, CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE SA (BPC Liège) et SA JEAN WUST SA comme complètes et régulières;
- d'approuver le rapport d'examen des offres du 30 août 2016 pour Lot 1 : Construction de 60 logements durables, réalisation de voiries et aménagement des abords), rédigé par l'auteur de projet, sm P. MAES & Ass. - CONTRAST ARCHITECTURE, RUE J. DETHIER 2 à 4607 DALHEM;
- de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Dans le rapport d'analyse des offres, figure clairement que «tous les soumissionnaires ont rentré les documents de la PEB et fait leurs commentaires afin de répondre aux exigences du CSC» en matière de PEB (p. 12) et que «le calcul n'est pas obligatoire si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du CSC» (p. 13).

Le calcul correspond bien au contenu du formulaire PEB.

L'auteur de projet poursuit comme suit :

«BASE

Calculs transmis pour information sachant les consignes mentionnées ci-dessus
=facultatif

	Soumissionnaires :	Niveau K	Niveau Ew	Niveau Espec	Total
	Valeurs de références :	25.0	55.0	103	183
1	KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN	25.0	55.0	102.9	182.9
2	FRANKI de FLEMALLE	27.0	54.0	101.2	182.2
3	ARTES TWT et ARTES ROEGIER de SEILLES et KRUIBEKE	25.0	55.0	102.9	182.9
4	BPC LIEGE de GRACE-HOLLOGNE	30.0	57.0	105	192
5	GILLES MOURY de BRESSOUX	26.0	56.0	105	187
6	J. WUST et VANHOUT de MALMEDY et GEEL	28.0	54.0	102	184
7	DUCHENE de STREE Base avec épaisseur modifiée	25.0 26.0	55.0 55.0	103 104	183 185
8	(BAM) GALERE de CHAUDFONTAINE	25.0	53.0	98	176
9	CBD et DAMAN de ATH et DEERLIJK	Non rendu	Non rendu	Non rendu	Non rendu
10	STRABAG de ANVERS	25.0	55.0	102.9	182.9

« VARIANTE »

	Soumissionnaires :	Niveau K 25.0	Niveau Ew 55.0	Niveau Espec 103	Total 183
1	KEULEN et DETHIER de LANAKEN et ALKEN	Pas d'offre = Non remis			
2	FRANKI de FLEMALLE	32.0	56.0	105.3	193.3
3	ARTES TWT et ARTES ROEGIER de SEILLES et KRUIBEKE	28.0	54.0	102	184

4	BPC LIEGE GRACE-HOLLOGNE	de	Pas d'offre = Non remis			
5	GILLES MOURY BRESSOUX	de	26.0	56.0	105	187
6	J. WUST et VANHOUT MALMEDY et GEEL	de	31.0	57.0	106,5	194.5
7	DUCHENE de STREE		25.0	55.0	103	183
8	(BAM) GALERE CHAUDFONTAINE	de	30.0	54.0	102	186
9	CBD et DAMAN de ATH et DEERLIJK	et	27.0	55.0	102.3	184.3
10	STRABAG de ANVERS		30.0	57.0	107	194

De cette analyse, il ressort que la SM : CBD de ATH et DAMAN de DEERLIJK n'a pas joint à son offre la PEB pour la «base» ce qui impliquerait son écartement.

Cependant, le calcul n'est pas obligatoire si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du CSC (voir réponses fournies aux soumissionnaires).

Dès lors, nous maintenons le soumissionnaire SM : CBD de ATH et DAMAN de DEERLIJK.

De cette analyse, il y ressort que tous les soumissionnaires sont conformes et sélectionnés».

Le raisonnement de la partie adverse est dès lors limpide : l'offre de base de la SM CBD SA - DAMMAN NV correspond aux différentes compositions reprises au poste 29 des clauses techniques du cahier spécial des charges, de sorte qu'elle ne devait pas déposer de « calcul » (formulaire PEB) pour cette offre.

La partie adverse n'avait pas à expliciter les raisons pour lesquelles l'offre de la SM CBD SA - DAMMAN NV est conforme à l'article 29 du cahier spécial des charges, ce qui constitue les motifs de ses motifs et peut facilement être vérifié via les matériaux entrepris. La requérante n'invoque au demeurant aucune erreur manifeste d'appréciation quant à ce.

Enfin, l'obligation de motivation formelle n'impose en aucun cas aux pouvoirs adjudicateurs de justifier en quoi chaque prescription du marché est ou non susceptible d'engendrer une irrégularité (substantielle ou non) au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Une telle exigence reviendrait à paralyser l'action administrative.

De surcroît, en l'espèce, la motivation du rapport d'analyse fait implicitement mais certainement référence à cette problématique en évoquant le caractère facultatif du calcul".

La partie adverse en conclut que le premier moyen n'est sérieux dans aucune de ses branches.

C. La requête en intervention

Au sujet de la première branche du moyen, les parties intervenantes, après avoir rappelé les articles 95 et 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et divers arrêts du Conseil d'Etat à leur sujet, exposent ensuite comme suit les raisons pour lesquelles elles estiment que cette branche est dépourvue de tout caractère sérieux:

- " A) Quant au contenu des documents du marché
[...] Comme le relève pertinemment la partie adverse, la thèse de la requérante repose sur une mauvaise interprétation du CSC.

Les soumissionnaires devaient déposer une offre de base (ossature bois) et, le cas échéant, une variante facultative. L'offre de base permettait aux soumissionnaires, conformément à l'article 00.01 du CSC, de déposer une soumission strictement conforme aux prescriptions des documents du marché ou d'en modifier la composition. L'article 00.01 stipule, en effet, à ce sujet que : [...].

L'annexe 8 du CSC contient un formulaire PEB complété par l'auteur de projet pour l'offre de base sur la base des matériaux proposés.

Dès lors qu'un soumissionnaire dépose une offre strictement conforme au projet de base étudié par l'auteur de projet, un calcul PEB n'est pas nécessaire (ni utile) dès lors que le résultat sera strictement identique.

Toutes les réponses apportées aux questions des soumissionnaires, hormis la quatrième version, le confirment en ces termes :

- «Pour l'offre de base:
 - + le calcul n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch,
 - + le calcul est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch».

[...] C'est d'ailleurs ce que précise très clairement le CSC en son article 00.06 : "...". La PEB doit satisfaire aux exigences du formulaire PEB joint en annexe du CSC et, dans l'hypothèse où les soumissionnaires déposent des variantes ou modifient la composition de l'offre de base, ils doivent justifier leurs valeurs afin que la partie adverse puisse s'assurer de ce que lesdites exigences sont respectées avec la marge de 10 % autorisée. A l'inverse, si les soumissionnaires ne modifient rien à la composition de l'offre de base, le dépôt du formulaire PEB est superflu, ce dernier étant en tous points identiques à celui élaboré par l'auteur du projet et annexé au CSC.

L'intervenante a, en l'espèce, choisi de déposer une offre de base totalement conforme aux prescriptions du CSC, de sorte que le dépôt du formulaire PEB annexé au CSC n'était pas requis.

Le CSC n'impose pas le dépôt du formulaire PEB à peine de nullité en cas de conformité de son offre aux spécifications du marché.

[...] Il ne peut, par ailleurs, être considéré que le dépôt du formulaire PEB constitue une exigence technique comme le soutient la partie requérante.

En effet, l'exigence technique ne porte que sur le respect de la performance énergétique souhaitée et non sur le dépôt dudit formulaire. La partie adverse pouvait aisément s'assurer de ce que l'offre de l'intervenante respectait lesdites exigences sans ledit formulaire, dès lors que le métré joint à son offre confirme le respect des clauses techniques visées à l'article 29.

L'intervenante a, par ailleurs, déposé une attestation confirmant la concordance entre le métré déposé et celui annexé au cahier spécial des charges par la partie adverse (pièce 6, annexe 3.1 du dossier de la partie adverse).

Dès lors que l'offre de l'intervenante est en tous points identique au projet de base conçu par l'auteur de projet, le respect des exigences PEB est assuré.

[...] Enfin, comme le reconnaît la partie adverse, il y a bien eu, à tout le moins, une réponse contradictoire de l'auteur du projet aux questions des soumissionnaires. Ainsi, comme nous l'avons exposé dans le rappel des faits, toutes les réponses de l'auteur du projet confirmaient que le dépôt du formulaire PEB n'était requis que lorsque des modifications dans la composition des éléments de l'offre de base ou en cas de présentation d'une variante étaient réalisées, afin que la partie adverse puisse vérifier le respect des exigences PEB et de la marge de 10 %.

Ce n'est que dans la quatrième réponse que, tout en reprenant les réponses précitées, l'auteur de projet indique sur la première page que le dépôt du formulaire serait, dans tous les cas, requis, ce qui contredit le cahier spécial des charges.

Comme l'indique la partie adverse, face à cette contradiction, il convient d'appliquer strictement le cahier spécial des charge, conformément à la *ratio legis* et à la portée de l'article 85, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 stipulant que :

«Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'ordre de priorité suivant est déterminant pour l'interprétation en cas de contradiction entre les documents du marché :

- 1° les plans;
- 2° le cahier spécial des charges;
- 3° le métré récapitulatif ou l'inventaire. (...)».

En tout état de cause, la partie adverse ne pourrait modifier la teneur du CSC par le biais de réponses à des questions, dès lors que seul le CSC a été dûment approuvé par l'organe compétent de la partie adverse.

B) Quant au respect des principes généraux d'égalité et de non-discrimination

[...] La thèse de la requérante ne peut être suivie. La partie adverse n'a pas violé ces principes et a traité l'ensemble des soumissionnaires de la même manière.

Le non-dépôt du formulaire d'offre n'a pu porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ni affecter la comparabilité des offres ou modifier le classement de celles-ci.

La partie adverse a très bien pu comparer les offres dès lors que celle de l'intervenante est en tous points conforme à l'offre de base établie par la partie adverse et que cette dernière a vérifié la performance énergétique et mis le formulaire PEB à disposition des soumissionnaires dans le CSC. En présence de l'offre de base de l'intervenante, la partie adverse a pu, sans aucun inconvénient, la comparer à celle des autres soumissionnaires.

Le non-dépôt dudit formulaire n'a également pas pu porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

[...] La question de la requérante quant à savoir si les données PEB qu'entendait respecter l'intervenante étaient celles du PEB de base ou d'une adaptation de celles-ci compte tenu de la marge de 10 % octroyée est rhétorique, dès lors qu'en l'absence de toute modification du métré de l'offre de base, il ne peut être question d'adaptation et du renvoi à une quelconque marge de 10 %.

[...] Au surplus, l'intervenante s'en réfère aux arguments développés au point (...) de la partie adverse.

C) Quant au caractère prétendument essentiel de la formalité

[...] Contrairement à ce que soutient la partie requérante, le CSC n'indique à aucun moment que le dépôt du formulaire PEB soit prescrit à peine de nullité. Ainsi, l'article 00.06 ne fait qu'imposer le dépôt dudit formulaire lorsque le soumissionnaire apporte des modifications au projet de base élaboré par l'auteur de projet, et ce, pour vérifier SES valeurs. Il le fait en ces termes :

«La possibilité étant donnée aux soumissionnaires de répondre à une variante, la somme des données énergétique pourront s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201. (Voir exemple ci-après)

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission sous peine de nullité de celle-ci le formulaire PEB correspondant au logement B1, dont modèle en annexe.»

Si le soumissionnaire ne modifie pas l'offre et se base sur les valeurs du CSC, il n'a pas besoin de déposer le formulaire fourni par la partie adverse et annexé au CSC. Toutes les réponses aux questions des soumissionnaires, hormis la première page de la quatrième réponse, vont dans le même sens : le calcul ne doit pas être effectué si l'offre de base est parfaitement conforme aux documents du marché.

Tel est le cas en l'espèce.

[...] En l'espèce, et contrairement à ce que soutient la requérante, l'offre de l'intervenante respecte intégralement les documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques.

Le développement de l'argumentation de la requérante débute par rappeler qu'une offre est irrégulière lorsqu'elle déroge aux dispositions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais d'exécution et les spécifications techniques pour aboutir au caractère irrégulier par le simple manquement d'un document formel, dont dispose la partie adverse, qui serait lui-même essentiel.

Or, l'offre de l'intervenante respecte intégralement les documents du marché tant au niveau des prix, des délais d'exécution et des spécifications techniques, ce dont a pu s'assurer la partie adverse sur la base du métré et des documents de l'offre. Seul

le formulaire PEB annexé au CSC et élaboré par la partie adverse n'a pas été fourni, dès lors que son dépôt était, en l'espèce, parfaitement inutile.

En l'espèce, il ne peut être sérieusement soutenu que l'offre de la requérante ne respecte pas les spécifications techniques requises, son offre de base étant en tous points conforme au projet de base élaboré par la partie adverse.

[...] Au demeurant, en présence d'une irrégularité ayant trait au prix, aux spécifications techniques ou aux délais, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation, comme le précise le rapport au Roi [...].

Comme a déjà pu le préciser Votre Conseil, cette marge d'appréciation porte sur le caractère essentiel ou non, de la prescription technique qui serait méconnue et il n'appartient pas à Votre Conseil de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur, sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation [...].

En l'espèce, l'omission du dépôt du formulaire PEB est sans incidence aucune dès lors que l'offre de base était bien strictement conforme au projet de référence et que cela a pu être vérifié par la partie adverse.

Considérer, en l'espèce, que le dépôt dudit formulaire, présent au sein du CSC, et dont la présence n'aurait pas pu éclairer mieux la partie adverse quant à l'objet de l'offre, constituait une formalité substantielle pouvant entraîner l'irrégularité de l'offre de l'intervenante, constituerait un excès de formalisme [...]. La partie adverse n'aurait pu, en l'espèce, comme le soutient la requérante, considérer l'offre de l'intervenante irrégulière pour ce seul motif, alors qu'elle dispose d'autres éléments dans le dossier qui confirme la régularité de l'offre au niveau PEB et qu'elle a sa disposition l'annexe en question et qu'elle l'a rédigée.

[...] Au contraire et à titre subsidiaire, compte tenu du caractère purement formel de cette annexe [dans le cas d'espèce et dès lors que le respect des exigences PEB est attesté par le métré strictement conforme au projet de base], nous nous trouvons, tout au plus, en présence d'une erreur matérielle si tant est qu'il soit considéré que le dépôt de ce formulaire était, bien que non substantiel, néanmoins requis.

Dans cette hypothèse, l'article 96 de l'arrêté précité autorise la partie adverse soit à rectifier lui-même une erreur matérielle en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire en analysant son offre et en la comparant à celle des autres et, également, s'il ne parvient pas à la rectifier seul, à inviter le soumissionnaire à préciser ou compléter son offre sans la modifier.

Tel est le cas en l'espèce où la partie adverse a, d'elle-même, rectifié l'offre en l'analysant et en recherchant l'intention réelle de l'intervenante sur la base du métré et du respect des prescriptions techniques de l'offre de base et a pu considérer sans commettre la moindre erreur que l'intervenante entendait bien respecter les valeurs définies dans le formulaire PEB joint au CSC.

En toute hypothèse, elle aurait pu inviter l'intervenante à préciser ce point et à compléter son offre en y joignant ledit formulaire ou la confirmation de son respect, sans que cette précision n'ait d'incidence sur son offre ni ne la modifie en aucun point.

L'enseignement de l'arrêt de Votre Conseil du 14 juin 2016 confirme, *a contrario*, cette hypothèse. En effet, dans cet arrêt Votre Conseil a jugé que :

«Le seul fait que l'omission de joindre à l'offre une note exigée par les documents du marché puisse résulter d'une inadvertance ne suffit pas à qualifier cette omission d' "erreur matérielle" au sens de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. En toute hypothèse, et à supposer que l'omission constatée aurait pu être qualifiée d' "erreur matérielle", la seule possibilité de rectifier une telle erreur consistait, pour le pouvoir adjudicateur, à inviter la société requérante, conformément au paragraphe 4 de l'article 96 précité, à communiquer la note de méthodologie qu'elles avaient omis de joindre à son offre. Une telle communication aurait toutefois nécessairement eu pour effet de modifier l'offre de la société requérante, dès lors qu'il n'apparaît pas que le contenu de cette note - indispensable à l'évaluation de l'offre - figurait dans d'autres parties de celle-ci. Dès lors que le pouvoir adjudicateur ne pouvait, pour cette raison, user de la faculté réservée par l'article 96, paragraphe 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir invité la

société requérante à produire la note consacrée à la méthodologie de maintenance du centre technique» (C.E., n° 235.084 du 14 juin 2016, SA Yvan Paque & Hydro Ecolo Météo Management Information Systems).

En l'espèce, non seulement l'annexe PEB n'est pas indispensable à l'évaluation de l'offre, dès lors que le respect des exigences PEB découle du projet conforme de l'intervenante et de son métré, mais également, cette annexe n'aurait pas modifié l'offre l'intervenante dès lors que son contenu pouvait être retrouvé dans le dossier (métré, CSC, et attestation).

D) Subsidiairement : quant aux conséquences de l'irrégularité invoquée

[...] Selon la requérante, l'irrégularité alléguée de l'offre de base a pour effet automatique l'irrégularité intégrale de l'offre de l'intervenante, de base et la variante, bien que régulière.

La requérante cite à ce sujet un arrêt de Votre Conseil dans lequel le soumissionnaire avait omis de déposer une offre de base.

[...] L'intervenante ne peut souscrire à cette thèse.

On relèvera, tout d'abord, qu'on ne peut assimiler omission et irrégularité d'une offre de base dûment déposée. Ainsi, l'omission d'une offre de base est l'hypothèse dans laquelle le soumissionnaire ne dépose aucune offre de base. L'irrégularité de celle-ci est celle où le soumissionnaire dépose une offre de base, mais que celle-ci est déclarée irrégulière.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'une omission de l'offre de base, mais bien de son irrégularité éventuelle malgré son dépôt.

[...] Comme le rappelle la partie adverse, le rapport au Roi commentant l'article 9 de l'arrêté du 15 juillet 2011 précise que : (...).

En conséquence, le pouvoir adjudicateur doit, dans un premier temps, vérifier la présence physique de l'offre de base, lorsqu'elle est imposée, et celle de la variante, lorsqu'elle est également imposée. En l'absence de l'offre de base imposée ou de variante imposée, l'offre est irrégulière dans son ensemble.

Par contre, en cas de présence des offres imposées, l'irrégularité de l'une n'a pas d'incidence sur l'autre et vice-versa.

Votre Conseil a déjà jugé à ce sujet en matière d'appel d'offre restreint que l'irrégularité de l'offre de base n'implique pas automatiquement l'irrégularité d'une variante imposée [...].

La doctrine va dans le même sens :

«L'irrégularité de l'offre de base ne peut dépendre du dépôt de variantes régulières. L'on considère en effet que l'offre avec variante et l'offre de base sont deux offres différentes et indépendantes qui doivent être distinguées l'une de l'autre [...].»

[...] En l'espèce, seules les variantes facultatives ont été retenues car économiquement les plus avantageuses, tant pour l'intervenante que la requérante. Les deux offres (de base et variante) ont été déposées sur deux formulaires différents et chaque soumissionnaire s'est engagé pour chacune des deux offres lesquelles sont différentes et indépendantes.

L'irrégularité de l'une n'a pas d'incidence sur l'irrégularité de l'autre. Leur régularité doit s'apprécier de manière indépendante.

La première branche du premier moyen n'est pas sérieuse".

D. Débats à l'audience

La requérante a déposé, préalablement à l'audience, une note d'audience qu'elle a par ailleurs communiqué à la partie adverse et à la partie intervenante. Elle fait valoir que cette note a été rédigée sur la base des informations nouvelles qui sont parvenues à sa connaissance après l'exposé et le développement de ses moyens et entend ainsi apporter, avant la tenue des débats, une réponse formelle à la note

d'observations, et ce afin de permettre aux autres parties de faire valoir leurs arguments.

En synthétisant le contenu de cette note, la requérante, en ce qui concerne la première branche, tient encore à mettre en évidence les éléments suivants. Elle relève tout d'abord que la thèse de la partie adverse, selon laquelle il n'était pas imposé au soumissionnaire de déposer le formulaire PEB si était déposée une offre de "base" sans modification des matériaux proposés à l'article 29 du cahier spécial des charges, constitue une prétention nouvelle qui est cependant contredite par le rapport d'analyse des offres et par les documents du marché. S'agissant du rapport d'analyse des offres, pourquoi est-il fait allusion à ce que l'absence d'un formulaire PEB "impliquerait" l'écartement d'une offre si aucune obligation n'était de mise à cet égard. De même, les documents du marché mentionnent explicitement, et à plusieurs reprises, que le formulaire PEB doit être déposé dans tous les cas et l'interprétation que donne la partie adverse à l'article 00.06 n'est en rien évident et est par ailleurs démentie par les éclaircissements ultérieurs apportés par l'auteur du projet, notamment dans la note importante de la page 1 de son document de réponse récapitulatif de mars 2016. Ce n'est donc pas à bon droit que la partie adverse tente d'invalidier cette "note importante" en s'appuyant sur l'existence d'une erreur formelle dépourvue de toute incidence concrète. Elle considère par ailleurs qu'il ne peut être déduit de l'absence de remise du formulaire PEB par les parties intervenantes que celles-ci ont, de ce fait, entendu se conformer aux exigences reprises à l'article 29 du cahier spécial des charges et la seule lecture de l'offre des parties intervenantes ne permet pas non plus d'en déduire que tel a bien été le choix de ces dernières. Il est, en effet, impossible de l'affirmer en l'absence du formulaire PEB. Pour la requérante, cette absence du formulaire PEB revêt par ailleurs un caractère substantiel, du fait que ce formulaire a été exigé "sous peine de nullité" et que son absence constitue un obstacle à la vérification des exigences techniques. Enfin, la requérante maintient que si l'offre de base doit être déclarée nulle, alors la variante doit également être écartée même si celle-ci est bien accompagnée d'un formulaire PEB.

Quant à la seconde branche, la requérante déclare ne pas voir dans la motivation formelle de la décision attaquée où il serait affirmé que les parties intervenantes ont bien entendu se conformer à l'article 29 du cahier spécial des charges. Si une apparence d'irrégularité est, en effet, découverte, il faut justifier expressément pourquoi il est décidé de passer outre.

V.2. Décision

A. Sur la recevabilité de la note d'audience

Le dépôt d'une note d'audience n'est en effet pas prévu par le règlement de procédure en référé. Toutefois, ainsi que le fait valoir la requérante, cette note d'audience est justifiée par la circonstance qu'elle se fonde sur un certain nombre d'éléments qui n'ont pu être connus qu'après la consultation du dossier administratif et qu'après la prise de connaissance de la note d'observations déposée par la partie adverse.

Dans ces conditions, qui apparaissent comme établies au regard du dossier, il n'y pas lieu d'écarter purement et simplement la note d'audience, mais bien de la verser au dossier à titre de simple information, la requérante ayant par ailleurs repris l'essentiel du contenu de cette note lors de sa plaidoirie.

B. Sur la première branche du moyen

Comme le reconnaissent les parties, la pertinence de la première branche du premier moyen repose sur l'interprétation qu'il convient de donner, *prima facie* du fait que l'on se situe en procédure de suspension d'extrême urgence, à l'article 00.06 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges, laquelle dispose comme suit:

" Généralités

L'ensemble des travaux seront effectués conformément à la législation en vigueur concernant les nouvelles performances énergétiques des bâtiments et plus particulièrement l'ARW du 17 avril 2008.

Le présent projet fera également référence aux renforcements des exigences PEB à date de l'introduction du permis d'urbanisme soit le 15 juin 2014.

Enveloppe et technique spéciales

L'entreprise tiendra compte lors de la construction de l'ensemble des valeurs maximum admissibles des différentes parois aussi bien horizontales que verticales.

Dans un souci de facilité seul le logement B1 est transmis.

La performance générale du bâtiment devra satisfaire aux exigences reprises au rapport PEB joint en annexe et plus particulièrement au niveau des valeurs U, du niveau K, du niveau Espec et du niveau EW.

Il devra également satisfaire aux exigences de ventilation suivant la norme NBN D50-001 et aux indices de surchauffe admissible.

La possibilité étant donnée aux soumissionnaires de répondre à une variante, la sommes des données énergétique pourront s'écarter de maximum 10 % des valeurs de base et atteindre un total de 201. (Voir exemple ci-après)

Afin de justifier ses valeurs, le soumissionnaire joindra à sa soumission sous peine de nullité de celle-ci le formulaire PEB correspondant au logement B1, dont modèle en annexe.
[...]"

Il ressort *prima facie* de la manière dont cette clause est rédigée que les deux dernières phrases de celle-ci ("la possibilité (...) en annexe") constituent bien un ensemble séparé des phrases qui précèdent et doivent, en conséquence, être interprétées tant de manière autonome par rapport aux autres phrases, que l'une en fonction de l'autre. En conséquence, dès lors que la première de ces deux phrases permet aux soumissionnaires de présenter une variante pour autant que la somme des données énergétiques ne s'écartent pas de plus de 10 % maximum des valeurs de base, et que la seconde phrase précise que le soumissionnaire devra, afin de justifier "ses" valeurs, joindre à sa soumission sous peine de nullité le formulaire PEB correspondant au logement B1, il apparaît bien que la remise d'un formulaire PEB n'est exigée que lorsqu'un soumissionnaire décide de déposer une variante. Comme il ressort du dossier administratif que les parties intervenantes n'ont précisément pas déposé de variante pour leur offre de base et que leur offre, ainsi qu'elles l'ont par ailleurs expressément confirmé dans leur courrier justificatif du 18 août 2016, est conforme au cahier spécial des charges et, notamment, aux exigences reprises au poste 29 du cahier spécial des charges, cette partie n'avait donc pas à déposer de formulaire PEB pour la version de base, du fait même que ce formulaire est déjà repris à l'annexe 8 des clauses administratives du cahier spécial des charges. L'on observera par ailleurs que les parties intervenantes ont également déposé à l'appui de leur offre pour la version de base une attestation confirmant la concordance entre le mètre déposé et celui annexé au cahier spécial des charges. La première branche du premier moyen manque donc de sérieux lorsqu'elle se fonde sur une interprétation de l'article 00.06 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges qui n'est pas celle qu'il convient de donner à cet article et, au regard de cet article, il n'est par ailleurs pas non plus établi, *prima facie* et dans les conditions de l'extrême urgence, que l'offre de la société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V. ne serait précisément pas conforme au poste 29 du cahier spécial des charges.

Il est vrai que, comme le fait valoir la requérante, l'exemple cité en page 1 du récapitulatif des réponses rédigé par l'auteur de projet le 30 août 2016 apparaît dès lors bien en contradiction avec le cahier spécial des charges, en ce qu'il y est précisé ce qui suit: " je réponds à l'offre de base et ma structure est conforme au csch (art. 29), je joins à ma soumission: - formulaire PEB ; - je peux m'écarter de 10 %". Mais ce passage du récapitulatif des réponses appelle toutefois les observations qui suivent. En premier lieu, cet exemple, qui figure donc dans un document récapitulatif, est en contradiction avec certaines des réponses qui ont déjà été apportées à ce sujet par l'auteur du projet dans de précédents documents. Ainsi, dans un courrier du 14 mars

2016, l'auteur de projet avait clairement précisé que, pour l'offre de base, "le calcul [PEB] n'est pas à réaliser si le soumissionnaire est conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch", alors qu'il "est à réaliser suivant la règle énoncée à l'article 00.06 si le soumissionnaire n'est pas conforme aux différentes compositions reprises au poste 29 du csch". La même réponse a encore été formulée dans un courrier du 22 mars 2016. L'on aperçoit donc que l'auteur du projet s'est lui-même contredit dans ses différents courriers. En deuxième lieu, l'exemple donné dans le document récapitulatif de l'auteur du projet est lui-même frappé d'une contradiction interne, en ce qu'il part de l'hypothèse que l'offre de base du soumissionnaire et sa structure seraient conformes au cahier spécial des charges (art. 29), alors qu'il précise immédiatement après que, même dans ce cas, le soumissionnaire pourrait s'écarter de 10 %. Ce n'est bien évidemment pas possible: soit je suis conforme et je ne m'écarter pas; soit je ne suis pas conforme, mais je ne peux alors m'écarter que de 10 % maximum et je dois bien évidemment justifier "mes" valeurs au moyen d'un formulaire PEB. En troisième lieu, même si l'on devait s'en tenir, sans plus, au document récapitulatif de l'auteur de projet, il y aurait en tout état de cause lieu de considérer que l'exemple donné par l'auteur du projet est en contradiction avec les stipulations mêmes du cahier spécial des charges, telles qu'elles ont été explicitées ci-avant. Or, même dans cette hypothèse, il y aurait lieu de se référer à l'article 85, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques, en application duquel "Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'ordre de priorité suivant est déterminant pour l'interprétation en cas de contradiction entre les documents du marché: 1° les plans; 2° le cahier spécial des charges; 3° le métré récapitulatif ou l'inventaire". Cet ordre de priorité a par ailleurs été rappelé à l'article 01.03 de la cinquième partie "clauses techniques" du cahier spécial des charges. *A fortiori* doit-il en aller ainsi en cas de contradiction entre, d'une part, des dispositions du cahier spécial des charges et, d'autre part, des réponses formulées par un auteur de projet à des questions posées par des soumissionnaires ou, encore, par rapport à une formulation quelque peu ambiguë figurant dans le rapport d'analyse des offres également établi par l'auteur de projet. Sous cet angle également, la première branche du premier moyen n'est pas non plus sérieuse.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas non plus en quoi la partie adverse aurait, dans l'examen des offres, rompu l'égalité de traitement entre soumissionnaires, notamment lors de la comparaison effective des offres. En premier lieu, pour les raisons qui ont été exposées ci-avant, il n'est *prima facie* pas établi que c'est à tort que l'offre des parties intervenantes a été considérée comme régulière par la partie adverse. En deuxième lieu, seule les parties intervenantes ayant déposé une version de base apparaissant *prima facie* comme conforme au cahier spécial des charges, en particulier à ses exigences techniques et aux valeurs des niveaux K, Ew, et Espec, il

est normal que cette offre a été déclarée régulière nonobstant la circonstance qu'elle n'est pas accompagnée d'un formulaire PEB. En troisième lieu, la requérante, qui a remis une variante pour l'offre de base, a été traitée de la même manière que les autres soumissionnaires qui ont procédé de la même manière. En quatrième lieu, la requérante reste en défaut d'établir en quoi son offre et celle des parties intervenantes n'auraient pas été valablement comparées, une fois le stade de l'examen de leur régularité dûment effectué. Sous cet aspect, la première branche du premier moyen n'est pas non plus sérieuse.

Quant aux autres griefs qui sont formulés par la requérante, ils manquent en fait compte tenu de ce qu'ils reposent sur la constatation, non établie, que l'offre des parties intervenantes est affectée d'une irrégularité, laquelle serait, au surplus substantielle et n'aurait pu être couverte par la partie adverse.

Pour l'ensemble des considérations qui précèdent, la première branche du moyen n'est, en conséquence, pas sérieuse.

C. Sur la seconde branche du premier moyen.

La motivation de la décision attaquée quant à la régularité de l'offre des parties intervenantes, notamment de par son renvoi au rapport d'analyse des offres, permet de comprendre, contrairement à ce que tente de faire valoir la requérante, les raisons pour lesquelles la partie adverse a considéré comme régulière l'offre des parties intervenantes. Il apparaît en effet clairement que la partie adverse a considéré, à la lumière des différents tableaux reprenant les différentes offres, que l'offre des parties intervenantes ne devait, pour ce qui concerne la version de base, pas être accompagnée d'un formulaire PEB, dès lors que cette offre ne différerait pas des exigences techniques du cahier spécial des charges et donc du formulaire PEB repris en annexe 8 de ce cahier. Par ailleurs, la motivation de cette décision n'avait pas à comporter de considérations quant au caractère substantiel ou non de l'irrégularité dont aurait été frappée l'offre des parties intervenantes, du fait même qu'il ressort des raisons explicitées ci-avant que cette offre a été, à bon droit, déclarée régulière par la partie adverse. Il va par ailleurs de soi, sans que cela doive être explicitement indiqué dans la motivation formelle de la décision attaquée, que les parties intervenantes, dès lors qu'elles n'ont pas remis de variante pour la version de base et n'ont donc pas déposé de formulaire PEB justifiant "leurs" propres valeurs, ont bien entendu se conformer au poste 29 du cahier spécial des charges et à son annexe 8, contrairement à ce qu'allègue encore la requérante à l'audience.

En tout état de cause, si l'on se rappelle le but poursuivi par l'exigence de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs à portée individuelle, l'on

ne peut que constater que, dans le cas d'espèce, la partie requérante a été en mesure de contester adéquatement par sa requête introductive d'instance les motifs de la décision attaquée.

La seconde branche du premier moyen n'est également pas sérieuse.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un second moyen pris de la 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, des articles 58 et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et des dispositions du cahier spécial des charges, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes généraux du droit et plus particulièrement des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence.

La requérante fait valoir ce qui suit:

- " [...] Le rapport d'analyse des offres, en pages 11 et 16, révèle que la SM CBD SA - DAMMAN NV n'a pas déposé les attestations ONSS du 4^{ème} trimestre 2015. Le pouvoir adjudicateur a considéré que cela ne pouvait engendrer l'exclusion de la SM CBD SA - DAMMAN NV pour le motif suivant : «dans le cas d'une désignation, une demande d'attestation du 4^{ème} trimestre 2015 devra être demandée».
- Pour cette raison, le pouvoir adjudicateur a émis la réserve suivante lors de l'attribution du marché :
- « L'association momentanée devra transmettre entre autre:
- Les attestations ONSS des deux associés
 - ~~AM CBD de ATH~~ et DAMMAN de DEERLIJK ont rentré une attestation du 3^{ème} trimestre 2015. Dans le cas d'une désignation, une demande d'attestation du 1^{er} trimestre 2016 devra être demandée auprès de l'associé DAMMAN.
 - La convention qui lie les deux associés dont copie était présente dans l'offre et reprise en page 23»,

alors que,

[...] L'offre de la SM CBD-DAMMAN NV n'était pas sélectionnable. Le rapport au Roi précise, au sujet de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qu'en vertu du paragraphe 1^{er}, la sélection s'opère sur la base, d'une part, des dispositions relatives au droit d'accès contenues dans les articles 61 à 66 et, d'autre part, des critères de sélection qualitative mentionnés aux articles 67 à 79 (C.E., n° 226.574, 27 février 2014).

[...] En l'espèce, les clauses administratives – deuxième partie (art. 3.1.) conditionnaient l'accès au marché comme suit : «le soumissionnaire est tenu de joindre à son offre une attestation de l'ONSS, avec cachet sec, relative à l'avant-dernier trimestre précédant la date de remise des offres ou des candidatures».

La SM CBD SA - DAMMAN NV a manqué à cette obligation. En effet, le rapport d'analyse des offres énonce que :

« Il est à noter que les soumissionnaires:

- AM ~~KEULEN~~ et DETHIER de ~~LANAKEN~~ et ALKEN;
- DUCHENE de STREE;
- AM ~~CBD~~ et DAMAN de ~~ATH~~ et DEERLIJK

Ont rentré une attestation du 3^{ème} trimestre 2015. Dans le cas d'une désignation, une demande d'attestation du 4^{ème} trimestre 2015 devra être demandée».

La SM CBD SA-DAMMAN NV n'avait dès lors pas accès au marché et - partant - son offre ne pouvait être sélectionnée.

[...] Devant ce constat, le pouvoir adjudicateur ne pouvait remédier à ce manquement en permettant de produire postérieurement à l'attribution les attestations ONSS dont question.

[...] Il s'agit là d'une confusion avec la faculté offerte à tout pouvoir adjudicateur, en application de l'article 58, § 5, de l'AR du 15 juillet 2011, de vérifier - avant l'attribution du marché - que la situation des soumissionnaires ne s'est pas dégradée, sans qu'un soumissionnaire qui ne remplit pas les conditions au moment de référence ne puisse prétendre à son intégration postérieurement.

De fait, l'article 58, § 5, de l'AR du 15 juillet 2011 énonce que

«lors de l'attribution, le pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné si sa situation personnelle ou sa capacité ne répondent plus à ce moment aux conditions de sélection déterminées en vertu du paragraphe 1^{er}».

[...] Le rapport au Roi le confirme explicitement:

«Il se peut dès lors que, sans tomber dans une situation d'exclusion, un candidat sélectionné en procédure restreinte ou en procédure négociée avec publicité ou un soumissionnaire susceptible d'être sélectionné au regard des renseignements et documents obtenus en procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publicité voie par exemple sa capacité financière et économique évoluer défavorablement. Comme déjà prévu dans la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, en fonction de renseignements probants nouveaux ou nouvellement connus, le pouvoir adjudicateur peut revoir son appréciation portant sur la sélection de l'entreprise. La règle est en effet qu'un marché n'est normalement attribué qu'à une entreprise dont la capacité est établie. Cette révision ne peut en aucun cas conduire à la régularisation d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne remplissait pas les conditions de sélection quant à la période de référence à prendre en considération pour la sélection. Cela signifie également qu'un non-sélectionné ne peut plus être repêché à un stade ultérieur pour prendre la place d'un candidat sélectionné écarté».

L'article 58, § 5, de l'AR du 15 juillet 2011 ne peut dès lors permettre de compléter ou de régulariser une offre.

[...] Partant, le pouvoir adjudicateur a manifestement méconnu les dispositions visées au moyen, et plus particulièrement les exigences de sélection définies dans les documents du marché, en application de l'article 62 de l'AR du 15 juillet 2011".

B. Note d'observations

La partie adverse relève que le moyen manque en fait dès lors qu'elle a, par envoi recommandé du 2 septembre 2016, invité les parties intervenantes à

produire une attestation ONSS actualisée et que ces dernières se sont exécutées avant l'attribution du marché, ainsi que l'établit le dossier administratif.

A titre subsidiaire, elle fait valoir que le même raisonnement peut être tenu que celui suivi récemment par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 235.704 du 8 septembre 2016:

" Il n'est pas contesté que la partie adverse n'avait pas procédé à la vérification visée à l'article 61, § 4, alinéa 4, 2°, avant d'adopter la décision d'attribution du marché litigieux, mais que, aux fins de cette vérification, elle a adressé aux membres de la société momentanée à laquelle le marché a été attribué un courrier le jour de l'adoption de cet acte, soit le 14 juillet 2016, courrier à la suite duquel ceux-ci ont transmis à la partie adverse les documents permettant à celle-ci de procéder à la vérification requise au titre du droit d'accès au marché. A supposer que l'abstention reprochée à la partie adverse, à tout le moins pour ce qui concerne une vérification préalable à l'adoption de la décision d'attribution du marché, soit de nature à entacher d'illégalité cette décision, encore faut-il observer que, dans les circonstances particulières de la cause, telles qu'elles viennent d'être décrites, pareille illégalité ne peut, *prima facie*, avoir lésé la requérante. Le moyen doit donc être déclaré irrecevable en sa première branche".

A titre infiniment subsidiaire, la partie adverse estime que la lecture combinée des articles 59, 1°, et 60 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 amène à la conclusion que le législateur a expressément conservé une souplesse relative en matière de droit d'accès au marché, laquelle a permis en l'espèce à la partie adverse d'inviter la partie intervenante à produire l'attestation ONSS relative au 4^{ème} trimestre 2015, et ce "en cas de désignation".

C. Requête en intervention

La partie intervenante se réfère tout d'abord à la défense de la partie adverse selon laquelle le moyen manque en fait, dès lors que l'attestation ONSS a été fournie avant même l'attribution du marché litigieux.

A titre subsidiaire, la partie intervenante, après avoir exposé la teneur des articles 59, 1°, et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de même du rapport au Roi de cet arrêté royal, pour ce qui concerne la première disposition citée, fait valoir que la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en invitant la partie intervenante à fournir l'attestation *ad hoc* en matière d'ONSS avant même l'attribution du marché.

D. Débats à l'audience

La requérante maintient tout d'abord que l'article 58, § 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'offre que la faculté de vérifier si une offre est toujours en ordre, et

non pas d'inviter un soumissionnaire à "récupérer" celle-ci. Elle observe par ailleurs que le courrier de la partie adverse invitant la partie intervenante à produire l'attestation *ad hoc* est postérieur à la date à laquelle le rapport d'analyse des offres a été établi, ce qui n'est pas conforme aux exigences de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Par ailleurs, dans un moyen qu'elle présente comme "nouveau", pris de la violation 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir, dans la décision attaquée, fait mention de ce qu'elle avait interrogé les parties intervenantes au sujet de l'attestation ONSS. Elle fait notamment valoir à l'appui de ce moyen que le Conseil d'Etat a déjà considéré que l'autorité qui, au travers de sa décision, ne fait pas apparaître qu'un soumissionnaire avait été invité à compléter les documents de la sélection, manquait à son obligation de motivation, que la partie adverse a donc, en l'espèce, indiscutablement omis d'indiquer les motifs fondant la sélection de la société momentanée C.B.D. S.A. - DAMMAN N.V., ayant pour conséquence de priver la requérante de vérifier pleinement la légalité de l'acte attaqué, et que ce constat s'entend évidemment malgré les explications fournies par la partie adverse *a posteriori*. En effet, même à considérer celles-ci pertinentes - *quod non* -, elles doivent être rejetées en application de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat.

Pour la partie adverse, aucune difficulté ne se présente en l'espèce, du fait que tout a été produit avant l'attribution du marché. Il n'y avait pas lieu de viser dans le courrier d'invitation adressé aux parties intervenantes l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et même si cela était le cas, cette omission n'a en rien lésé la requérante. Enfin, l'obligation de motivation formelle ne va pas jusqu'à imposer qu'il soit fait état dans une décision d'attribution d'un marché public de ce qu'une invitation à envoyer une attestation ONSS *ad hoc* aurait été adressée à l'un des soumissionnaires et de ce que ce dernier y aurait donné suite. La requérante n'a donc pas d'intérêt à ce nouveau moyen.

La partie intervenante considère également que le deuxième moyen de la requête manque en fait et qu'il est toujours permis à un pouvoir adjudicateur d'interpeller avant l'attribution du marché.

VI. 2. Décision

A. Sur le second moyen de la requête

Aucune des parties ne conteste le fait que la société C.B.D. a bien produit à l'appui de l'offre des parties intervenantes les attestations ONSS requises par le cahier spécial des charges.

Seule se pose donc la question de savoir si la société DAMMAN a bien produit en temps utile l'attestation ONSS manquante dans son chef.

A ce sujet, il convient d'observer ce qui suit.

En vertu de l'article III. 2. 1) de l'avis de marché, les soumissionnaires devaient joindre à leur offre, au titre de condition de participation, les renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique suivant: "une attestation délivrée par l'autorité compétente confirmant que le soumissionnaire est en règle quant à ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, jusque et y compris l'avant dernier trimestre civil écoulé par rapport à la date limite de réception [...] des offres,[...]".

La date limite de réception des offres étant le 12 avril 2016, cette attestation devait porter sur le quatrième trimestre de l'année 2015.

Il n'est pas contesté que la société anonyme DAMMAN n'a pas transmis cette attestation, mais bien celle portant sur le troisième trimestre de l'année 2015.

Dans le rapport d'analyse des offres, il a clairement été fait mention de ce qu'une telle attestation devrait être demandée.

Même s'il n'est pas fait expressément mention de cette disposition dans ledit courrier, la partie adverse a, en application de l'article 59, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, sollicité par un courrier du 2 septembre 2016, adressé à la société momentanée C.B.D. S.A. – DAMMAN N.V., qu'elle transmette, pour la société DAMMAN, une attestation ONSS "relative au paiement des cotisations de sécurité sociale jusque et y compris l'avant-dernier trimestre civile écoulé".

La société anonyme DAMMAN s'est exécutée avant l'attribution du marché, soit le 15 septembre 2016. Il est vrai, sur ce point, que la partie adverse déclare ne plus retrouver trace de l'enveloppe contenant cette attestation, mais qu'une capture d'écran de son logiciel interne (ARCO) d'enregistrement et de traitement des

courriers entrants confirme la date de réception de cet envoi, à savoir le 8 septembre 2016. Cette affirmation n'est par ailleurs pas contestée par la requérante.

Il s'ensuit que le second moyen de la requête manque, en conséquence, en fait, en ce qu'il se fonde sur le postulat erroné selon lequel l'attestation ONSS actualisée n'aurait été produite qu'après l'attribution du marché.

B. Sur le moyen nouveau

Le nouveau moyen soulevé par la requérante est recevable *ratione temporis* du fait qu'il se fonde sur des éléments qui n'ont pu être connus par la requérante qu'à la suite de la prise de connaissance du dossier administratif et de la note d'observations déposée par la partie adverse.

S'agissant de ce nouveau moyen, il est vrai que, comme l'affirme la requérante, rien dans la motivation formelle de la décision attaquée ne fait ressortir que la partie intervenante aurait été invitée à produire l'attestation ONSS *ad hoc*, ni qu'elle aurait effectivement déposé celle-ci en temps utile.

Toutefois, et sans qu'il soit besoin de trancher dès le stade de la demande d'extrême urgence, la question de savoir s'il doit nécessairement être fait état de ces éléments dans la motivation formelle d'une décision d'attribution d'un marché public, le Conseil d'Etat n'aperçoit en tout état de cause pas quelle lésion concrète une telle abstention de motivation aurait pu être causée à la requérante au regard des exigences de l'article 14 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'on ne voit effectivement pas en quoi, dans les circonstances concrètes du cas d'espèce, une éventuelle violation de l'obligation de motivation formelle aurait pu concrètement léser la requérante, alors même que cette dernière a pu faire valoir, dans le cadre de la présente procédure, les raisons concrètes pour lesquelles la partie adverse n'aurait pu procéder de la manière dont elle l'a fait dans le cas d'espèce, chose que la requérante est toutefois restée en défaut de faire. Le moyen nouveau de la requérante doit, en conséquence, être rejeté, à défaut de grief dûment établi dans son chef.

VII. Indemnité de procédure et dépens

VII.1. Demandes des parties

Dans sa demande de suspension d'extrême urgence, la partie requérante sollicite la condamnation de la partie adverse à l'indemnité de procédure de base.

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande la condamnation de la partie requérante à une indemnité de procédure fixée au montant de 700 euros.

VII.2. Décision

La partie adverse ayant obtenu gain de cause dans la présente procédure, au sens de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il y a lieu de faire droit à sa demande d'indemnité de procédure et de condamner la requérante au paiement de celle-ci, liquidée à son montant de base de 700 euros

Il se justifie également que les autres dépens soient supportés par la requérante à concurrence de 200 euros.

VIII. Confidentialité

VIII.1. Demandes des parties

La partie requérante sollicite la confidentialité de son offre.

La partie adverse demande que la confidentialité tant des offres que des justificatifs de prix déposés par les parties requérante et intervenantes soit maintenue.

VIII.2. Décision

En vue de préserver le secret des affaires et dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des offres et des justificatifs de prix (pièces 5, 5bis, 6 et 6bis du dossier administratif et annexe 11 à la requête en suspension).

Pour les mêmes motifs, il convient d'étendre cette confidentialité à la partie de rapport d'analyse des offres qui contient les justificatifs de prix des soumissionnaires.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme C.B.D. et la société anonyme DAMMAN, ayant formé une société momentanée C.B.D. S.A. –

DAMMAN N.V., est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres (annexe n° 11 à la requête, pièces n° 5, et 6 du dossier administratif) ainsi que les justificatifs de prix déposés par les deux soumissionnaires (pièces n° 5bis et 6bis du dossier administratif et pages 85 à 110 du rapport d'analyse des offres) demeureront, à ce stade de la procédure, 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

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

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 500 euros, sont mis à charge de la partie requérante à concurrence de 200 euros 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 siégeant en référé, le vingt-cinq janvier deux mille dix-sept par :

M. Jacques JAUMOTTE,	président de chambre,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.