

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

A R R Ê T

n° 238.734 du 29 juin 2017

A.222.341/VI-21.029

En cause :

- 1. la société coopérative à responsabilité limitée
ALTIPLAN ARCHITECTES,**
- 2. la société privée à responsabilité limitée ETUDES
TRAVAUX ARCHITECTURE URBANISME,**
- 3. la société anonyme BUREAU D'ÉTUDES
PIERRE BERGER,**
- 4. la société privée à responsabilité limitée ENGINEERING
CONSULTING & MANAGEMENT, en abrégé ECM,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Philippe HOREMANS et
Sébastien FIEVEZ, avocats,
rue de la Souvenance 17
7522 Blandain,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 juin 2017, la société coopérative à responsabilité limitée ALTIPLAN ARCHITECTES, la société privée à responsabilité limitée ETUDES TRAVAUX ARCHITECTURE URBANISME, la société anonyme BUREAU D'ÉTUDES PIERRE BERGER et la société privée à responsabilité limitée ENGINEERING CONSULTING & MANAGEMENT, en abrégé ECM, sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 3 mai 2017 par le Conseil d'administration du Centre Hospitalier Universitaire de Liège de ne pas leur attribuer le marché référencé «Marché public de services - Mission d'auteur de projet ayant pour objet les études complètes et le contrôle des travaux en vue de l'extension de l'aile E du CHU de Liège en son site de Notre-Dame des Bruyères» et de lui préférer l'offre [...] de l'association momentanée BAEV – ARCADIS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 juin 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 juin 2017 à 10 heures.

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

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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Sébastien FIEVEZ, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et M^e Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

1. En sa séance du 28 septembre 2016, le conseil d'administration de la partie adverse arrête les conditions et le mode de passation d'un marché de services ayant pour objet les études complètes et le contrôle des travaux pour l'extension de l'aile E du CHU de Liège en son site de Notre-Dame des Bruyères, extension destinée à accueillir des unités d'hospitalisation, soins intensifs, le hall d'entrée et d'accueil du site hospitalier, une galerie commerciale, un tunnel technique et un niveau technique rédigé par le département technique et le service des marchés publics.

Ce marché fait l'objet d'un cahier spécial des charges référencé CHUNDB/16.026. Le mode de passation retenu est l'appel d'offres ouvert avec publicité européenne.

Des avis de marché et avis rectificatifs sont publiés au Bulletin des adjudications et aux annexes au Journal officiel de l'Union européenne.

2. Il ressort du procès-verbal de la séance d'ouverture des offres tenue le 22 novembre 2016 que des offres ont été déposées par les soumissionnaires suivants:

- AM Beauvais Associés – CPI ARCHITECTURE – GREISCH INGENIERIE;
- AM VERHAEGEN (BAEV) – ARCADIS;
- AM MODULO – DJGA – BEL;
- AM ETAU ARCHITECTS – ALTIPLAN ARCHITECTS – BUREAU D'ETUDE PIERRE BERGER – ECM ENGINEERING (ABE2);
- AM HENRY GARCIA – Buroll & Archil+ TPF ENGINEERING – DL Consult.
- AM CABINET D'ARCHITECTES p.HD – ARCHITECTES ASSOCIES – TGI;
- AM ASSAR – BICE.

3. Par un courriel des services de la partie adverse, adressé le 28 février 2017, ceux-ci informent les soumissionnaires BAEV et ARCADIS de ce certains éléments et documents sont manquants dans leur offre, parmi lesquels, les "documents permettant de vérifier les pouvoirs de signature de Monsieur Olivier de Temmerman d'engager la société Arcadis au moment du dépôt de l'offre".

Les destinataires de ce courriel sont invités à y donner suite pour le 10 mars 2017 au plus tard, ce qu'ils feront effectivement, en communiquant notamment la "procuration de signature" des documents se rapportant à l'offre, donnée à Olivier De Temmerman par Kristof Peperstraete. Cette procuration date du 15 novembre 2016 et est donc antérieure à la date de signature de l'offre des soumissionnaires BAEV-ARCADIS.

4. Le rapport d'examen des offres établi par les services de la partie adverse et portant la date du 26 avril 2017 mentionne notamment au titre de l' "Examen formel et matériel des offres des soumissionnaires sélectionnés", plus particulièrement sous le titre "AM BAEV Arcadis", ce qui suit:

" Les documents permettant de vérifier les pouvoirs de signature de la personne permettant d'engager la société Arcadis au moment du dépôt de l'offre ont été réclamés le 28 février 2017 et ont été reçus dans les délais impartis".

Au terme de la comparaison des offres et de leur classement, ce même rapport d'attribution classe l'offre des soumissionnaires BAEV et ARCADIS en première position et propose de leur attribuer le marché litigieux. L'offre des requérantes est, toujours selon ce même rapport, classée en deuxième position.

5. Dans sa délibération du 3 mai 2017, qui constitue l'acte attaqué, le conseil d'administration de la partie adverse fait sien le rapport d'examen des offres du

26 avril 2017, sélectionne les sept soumissionnaires, considère leurs offres comme régulières et attribue le marché litigieux aux soumissionnaires BAEV et ARCADIS.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un moyen unique, "pris de la violation de l'article 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 51, 82 et 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle le formule dans les termes suivants:

- " Le pouvoir adjudicateur est tenu d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution (article 25 de la loi du 15 juin 2006).

Ce sont les requérantes, regroupées en association momentanée, qui ont remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et non le soumissionnaire BAEV-ARCADIS dont l'offre était affectée d'une irrégularité substantielle.

En effet, suivant l'article 95, § 2 et § 4 :

«§ 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 (...)

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

La principale question posée par ce recours est celle de savoir si un pouvoir adjudicateur peut, dans le respect de la réglementation des marchés publics et de ses propres documents du marché, permettre à un soumissionnaire négligeant de prouver les pouvoirs de signature de son offre après le dépôt de celle-ci.

□ Cette possibilité n'apparaît pas de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui renvoie aux articles 58, § 1^{er}, et 61 à 79 (phase de sélection), alors que le pouvoir de signature est régi par l'article 82.

□ Cette possibilité n'apparaît pas de l'article 96, § 4, qu'invoque la partie adverse. Outre que cet article concerne la réparation des erreurs matérielles, le questionnement envisagé ne concerne que le contenu de l'offre et pas sa signature («Le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier»).

□ Il ne peut être contesté que la capacité du ou des signataires d'une offre est un élément essentiel et que sa violation devait être considérée comme une irrégularité formelle substantielle imposant au pouvoir adjudicateur de déclarer l'offre nulle. Ainsi (...):

- o Arrêt n° 224.458 du 2 août 2013 en cas SA ADVISERS vs Office régional bruxellois de l'Emploi.

«En application de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, la signature valide de l'offre est une condition essentielle de régularité de la soumission. (...)

Il ressort de ces différentes pièces que l'offre qui a été déposée par l'association momentanée n'est signée que par l'administrateur délégué d'un des associés, agissant à la fois en cette qualité et comme mandataire de l'association.

Or, aucune des pièces jointes à cette offre ne contient un tel mandat de l'association momentanée. (...)

Il s'agit d'un élément essentiel, dont l'objectif est d'établir l'existence et la validité de l'engagement d'un soumissionnaire, membre d'une société momentanée».

- o Arrêt n° 236.354 du 4 novembre 2016 en cause SA SOTRAPLANT vs SOFICO

«Toute irrégularité de l'offre au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'entraîne pas d'office l'écartement de celle-ci. Il revient en effet à l'autorité adjudicatrice de constater valablement en fait l'existence d'une irrégularité, de qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle, d'énoncer les motifs, conformes à l'article 95, sur lesquels elle se fonde pour ce faire, de tirer les conséquences de cette qualification et, si l'irrégularité est qualifiée de non-substantielle, de motiver la décision d'écartier ou non l'offre en raison de cette irrégularité.

Toute irrégularité n'est donc pas nécessairement substantielle. Pour qu'une irrégularité doive en effet être qualifiée de substantielle, une condition supplémentaire est requise, à savoir que la formalité prescrite revête un caractère essentiel. Tel est le cas lorsqu'elle est définie comme telle dans la disposition qui la prescrit, par exemple lorsqu'elle est prescrite à peine de nullité, ou encore lorsqu'elle peut être considérée comme telle de par sa nature même.

Il se déduit, par ailleurs, de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que si l'irrégularité est substantielle, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre, alors que si elle ne l'est pas, il peut, mais ne doit pas déclarer l'offre nulle.

Si une irrégularité doit être considérée comme non-substantielle, il convient donc d'en tirer les conséquences éventuelles et ce, en tenant, notamment, compte de l'ampleur de l'irrégularité ainsi constatée, du caractère ou non répétitif de l'irrégularité ou des irrégularités constatées, ou, encore, des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Il peut, à cet égard, être considéré, même à défaut de toute précision à ce sujet dans l'article 82, § 1, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, que l'absence de toute signature de l'offre constitue une irrégularité substantielle par nature, du fait même qu'il peut en être déduit qu'il n'y a pas du tout d'engagement valablement contracté par le soumissionnaire concerné ».

- o Arrêt n°236.807 du 15 décembre 2016 en cause SA KOSE CLEANING vs Etat Belge

«Quoi qu'il en soit, les documents qui ont été annexés à l'offre de l'entreprise VILLAGE N° 1 ne permettent, en tout état de cause, pas de considérer que la condition requise pour que cet acte de délégation puisse trouver à s'appliquer était bien rempli en l'espèce, à savoir que Madame Michèle VAN IERSEL était bien "absente" lors de la signature de l'offre. Il suit des considérations qui précèdent qu'il y a *prima facie* lieu de considérer que c'est à tort que la

partie adverse a considéré que l'offre déposée par l'entreprise VILLAGE N° I est bien revêtue des signatures requises à cet effet pour pouvoir être considérée comme régulière sur le plan formel».

o Arrêt n° 236.863 du 21 décembre 2016 en cause SA CFE et consorts vs Régie des Bâtiments

«Certes, toute irrégularité formelle n'est pas nécessairement substantielle. Pour qu'une telle irrégularité doive être qualifiée de substantielle, il faut que la formalité prescrite revête un caractère essentiel. Tel est le cas notamment lorsque ce caractère découle de la nature même de la formalité. Il en va ainsi de la signature de l'offre, dès lors que c'est par cette signature que le soumissionnaire exprime son engagement.

Il se déduit, par ailleurs, de l'article 95, § 4, que si l'irrégularité est substantielle, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge de manœuvre et doit déclarer l'offre nulle».

□ Pour justifier sa démarche, la partie adverse soutiendra que «En l'espèce, la procuration manquante déposée par le soumissionnaire interrogé était bien antérieure au jour de l'ouverture des offres et ne peut donc s'analyser comme une modification de l'offre déposée en vue de couvrir une irrégularité substantielle». Il n'existe en réalité aucune certitude que cette procuration (qui suppose que le pouvoir du signataire n'apparaissait d'aucun document statutaire) a réellement été rédigée avant le dépôt des offres. À tout le moins, il appartient à la partie adverse d'en apporter la preuve incontestable. Et quand bien même cette preuve serait-elle apportée que cela ne justifierait pas que la partie adverse ait contourné les effets de l'article 95, § 2, pour éviter de devoir déclarer nulle la soumission de l'association BAEV ARCADIS.

□ Pour justifier sa démarche, la partie adverse soutiendra aussi que «Ni l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ni le cahier spécial des charges du marché en question ne prévoit que la jonction à l'offre de la procuration constitue une condition imposée à peine de nullité, qui devrait donc, à défaut d'être jointe, s'analyser en irrégularité substantielle».

Ce faisant, la partie adverse méconnaît l'article 82, §3, «Lorsque l'offre est signée par un mandataire, celui-ci mentionne clairement son (ses) mandant(s). Le mandataire joint à l'offre l'acte authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie de la procuration. Il fait éventuellement référence au numéro de l'annexe du Moniteur belge qui a publié l'extrait de l'acte concerné».

Quant au Cahier spécial des charges, il ne laissait planer aucun doute sur la sanction qu'encourrait un soumissionnaire négligent puisque, sous la rubrique II.12 des clauses administratives du Cahier spécial des charges (page 16/105), le pouvoir adjudicateur avait spécialement prévu la disposition suivante (...) :

«Les documents sont dûment complétés, datés et signés par le soumissionnaire ou son mandataire.

L'offre déposée par les mandataires indique clairement le ou les mandants au nom desquels ils agissent. Les mandataires joignent obligatoirement à l'offre l'acte authentique ou sous seing privé qui leur accorde ces pouvoirs ou une copie attestant la conformité de leur procuration à l'original».

Que la fin de cet article est sans ambiguïté :

«Le formulaire d'offre repris en annexe doit être accompagné des pièces suivantes :

- 1) les autres annexes reprises en fin de cahier spécial des charges;
- 2) les statuts portant création de la société, parus au Moniteur belge ou dans le bulletin officiel dans le cas d'une société étrangère, ainsi que tout document attestant des pouvoirs de signature;
- 3) les documents requis pour la sélection qualitative mentionnés au § II.9 ci-dessus;

- 4) les autres documents exigés par le présent cahier spécial des charges;
- 5) toute information que le soumissionnaire estime utile de joindre à son offre pour en compléter la teneur».

Ces dispositions impératives sont de bon sens et constituent un élément essentiel puisque l'absence de la preuve du pouvoir de signature équivaut à une absence de signature et donc d'engagement sur les conditions de l'offre».

Ainsi donc, pour permettre d'admettre l'association momentanée BAEV ARCADIS au comparatif, la partie adverse a non seulement dû contourner les dispositions légales, mais encore renier ses propres écrits !

□ La partie adverse soutiendra enfin qu'«Il apparaît, en l'espèce, que l'offre du soumissionnaire interrogé était valablement signée avant le dépôt de celle-ci et n'était donc entachée d'aucune irrégularité substantielle. Toute autre est la situation évoquée par le Conseil d'état dans l'arrêt que vous citez n° 236.865, où, précisément, le Conseil d'état vise l'absence de procuration valide donnée à l'un des signataires de l'offre».

Comment la partie adverse peut-elle affirmer que «l'offre du soumissionnaire interrogé était valablement signée avant le dépôt de celle-ci», alors que précisément les éléments officiels fournis ou à sa disposition (statuts) ne lui permettaient de créer un lien entre le signataire pour ARCADIS et cette société ?!

Valider le comportement de la partie adverse au motif qu'après un questionnement illégal l'irrégularité aurait disparu ouvrirait la «boîte de Pandores» à toutes les corrections d'irrégularités substantielles.

Que le moyen est sérieux".

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le moyen formule, en substance, deux griefs distincts. Les requérantes y reprochent à la partie adverse, d'une part, d'avoir invité les soumissionnaires BAEV et ARCADIS à produire, après l'ouverture des offres, la procuration donnée à Olivier DE TEMMERMAN, pour engager la société ARCADIS en signant l'offre déposée dans le cadre du marché litigieux et, d'autre part, de ne pas avoir écarté l'offre de ces soumissionnaires, alors qu'elle était entachée d'une irrégularité substantielle résultant de ce que la procuration donnée à Olivier DE TEMMERMAN n'était pas jointe à l'offre lors du dépôt de celle-ci.

S'agissant du premier grief, si l'on admet – à la suite des requérantes – que la demande de procuration litigieuse ne paraît pas relever des hypothèses visées aux articles 59 et 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il ne peut, pour autant, être déduit de ces dispositions qu'elles faisaient interdiction à la partie adverse d'adresser aux soumissionnaires BAEV et ARCADIS la demande de communication de la procuration. Les requérantes restent, par ailleurs, en défaut d'indiquer tant les dispositions et principes desquels une telle interdiction pouvait, à leur estime, être déduite, que la manière dont ces principes et dispositions auraient été méconnus. En toute hypothèse, il ne paraît, *prima facie*, pas devoir être question d'une violation du

principe d'égalité entre soumissionnaires visé au moyen, dès lors que – comme cela ressort du rapport d'examen des offres, considéré par la partie adverse comme partie intégrante de l'acte attaqué – la partie adverse a pris soin d'inviter tous les soumissionnaires concernés à lui transmettre les documents qui n'avaient pas été joints à leurs offres.

En ce qui concerne la deuxième grief, il n'est pas contesté que l'obligation de joindre à l'offre la procuration donnée au mandataire d'un soumissionnaire pour engager celui-ci en signant une offre est imposée par l'article 82, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité auquel se réfère l'article 95, § 2, du même arrêté, qui est libellé comme suit:

" 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".

Il n'est pas davantage contesté que la même obligation est imposée – en des termes différents, mais fort proches – par le point II.12 du cahier spécial des charges du marché litigieux, lequel constitue l'un des "documents du marché" que vise également ce même article 95, § 2.

Les requérantes semblent toutefois perdre de vue que la méconnaissance d'une des dispositions visées par l'article 95, § 2, ou d'une prescription des documents du marché n'est une irrégularité substantielle que dans la mesure où la règle ainsi méconnue revêt un caractère essentiel. Or, dans le cas d'espèce, elles n'établissent pas – et n'entreprennent même pas de démontrer – en quoi les prescriptions qu'auraient méconnues les soumissionnaires BAEV et ARCADIS revêtiraient un tel caractère. L'affirmation péremptoire – et non autrement étayée – de l'existence d'une irrégularité substantielle d'une offre ne permet pas d'établir l'illégalité manifeste de l'acte attaqué, que doit s'efforcer de démontrer un moyen, pour être considéré comme sérieux dans le cadre d'une demande de suspension introduite sur le fondement de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen unique ne peut être déclaré sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 9bis, 10bis, 14 et 15 du dossier administratif.

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

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation des requérantes au paiement de l'indemnité de procédure, fixée au montant de 1.400 euros, qu'elle justifie par le fait que la présente procédure est relative à la réglementation des marchés publics.

Dès lors que la partie adverse doit être considérée comme étant la partie qui a obtenu gain de cause, au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, une indemnité de procédure doit lui être accordée.

La seule circonstance que, dans les litiges relatifs à la réglementation des marchés publics, le montant maximum de l'indemnité de procédure soit porté à 2.800 euros par l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ne suffit pas à justifier que, dans le cas d'espèce, il soit dérogé au montant de base, la partie adverse ne faisant pas état d'éléments concrets qui attesteraient une complexité particulière du présent litige.

L'indemnité de procédure qu'il y a lieu d'accorder à la partie adverse sera, en conséquence, limitée au montant de base de 700 euros.

Le rejet de la présente demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie requérante.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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

Article 4.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 800 euros, sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le vingt-neuf juin deux mille dix-sept par :

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.