CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R RÊT

n^o^ 240.511 du 23 janvier 2018

A.224.152/VI-21.156

En cause : **l'Association sans but lucratif CERAA**,

ayant élu domicile chez
M^es^ Jacques SAFRAN et
Marie-Laure JORDENS, avocats,
rue des Colonies 56/1
1000 Bruxelles,

contre :

l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement,
en abrégé IBGE,

ayant élu domicile chez
M^es^ François VISEUR, Sophie CHARLIER et
Julie PERNIAUX, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 janvier 2018, l'Association sans but lucratif CERAA demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par l'IBGE en date du 11 décembre 2017 qui lui a été notifiée par courrier recommandé et par e-mail datés du 20 décembre 2017, d'attribuer le Lot 5 (Coordination thématique Construction durable) du marché de service d'assistance à la coordination du PREC et à la coordination de l'animation du PREC à BDO Management Advisory cvba".

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 janvier 2018 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. Jacques VANHAEVERBEEK, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e^ Marie-Laure JORDENS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ François VISEUR et Sophie CHARLIER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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. Par un avis de marché publié au bulletin des adjudications du 21 septembre 2017 et au Journal officiel de l'Union européen du 26 septembre 2017, la partie adverse lance un marché de services relatif à l'assistance à la coordination du Programme Régional en Economie Circulaire (PREC) et à la coordination de l'animation du PREC.

Le marché de services est passé par procédure ouverte. Il est divisé en cinq lots.

2. Le lot 5 porte sur la "Coordination de la thématique Construction durable".

Il s'agit d'un marché de consultance dont l'objet est le suivant :

" La mission du prestataire de services consiste à :
- Coordonner la mise en œuvre des 13 mesures prévues dans le PREC – secteur construction en collaboration avec les pilotes et partenaires collaborants de chacune de ces mesures. Ceci implique notamment :
  - avoir une vue d'ensemble du secteur;
  - coordonner les actions entre elles afin de développer des synergies entre actions au sein de la thématique/du secteur;
  - poursuivre la dynamique collaborative entre les différents acteurs impliqués dans cette thématique;
  - assurer un accompagnement des pilotes d'actions sous la forme d'aide à

l'organisation : coaching, méthode, planning, budget, reporting semestriel qualitatif et quantitatif… ;
  - organiser l'émergence de nouvelles propositions du PREC dans sa thématique/son secteur;
  - assurer la représentation externe pour la thématique.
- Assurer une coordination inter-thématique en vue d'identifier les potentielles redondances et besoins d'articulation entre les actions sectorielles et les actions transversales.
- Assurer le lien avec la coordination générale du PREC notamment via :
  - la participation aux réunions hebdomadaire;
  - l'alimentation de la communication générale;
  - l'alimentation des indicateurs PREC généraux.
- Relier la coordination thématique construction avec les autres projets de la Division ou de Bruxelles Environnement au sens plus large lorsque pertinents.
- Travailler à la prospection de nouveaux partenariats.

Cette mission nécessitera une étroite collaboration entre le prestataire et les personnes en charge des aspects stratégiques et opérationnelles du PREC – secteur construction au sein du Département Stimulation économique bâtiments durables".

3. Les critères d'attribution tels que décrits dans le cahier spécial des charges sont les suivants :

"

Lot 5 (Coordination thématique Construction durable)		100
1	Prix	40
	Voir Lot 1 (Assistance au coordinateur général et aux coordinateurs thématiques)	
2	La pertinence de la méthodologie de coordination	30
	Le soumissionnaire joint à son offre une note de deux pages A4 (maximum) décrivant sa méthodologie pour : Organiser dans la pratique la coordination des acteurs de la thématique construction. Assurer une cohésion entre les actions pilotées différents acteurs de la thématiques construction Faire le lien avec la coordination générale et les autres coordinations thématique Les moyens mis à disposition pour garantir la qualité du service Le soumissionnaire joint à son offre une note de deux pages A4 (maximum) décrivant sa méthodologie pour : Assurer une dynamique collaborative Garantir une circulation continue d'information autour du PREC Répondre aux exigences de la coordination générale en terme de communication, indicateurs, etc...	
3	Les moyens mis à disposition pour garantir la qualité du service	30
	Le soumissionnaire joint à son offre une note de deux pages A4 (maximum) décrivant sa méthodologie pour : Organiser dans la pratique la coordination des acteurs de la thématique construction. Assurer une cohésion entre les actions pilotées différents acteurs de la thématiques construction Faire le lien avec la coordination générale et les autres coordinations thématique Les moyens mis à disposition pour garantir la qualité du service Le soumissionnaire joint à son offre une note de deux pages A4 (maximum) décrivant sa méthodologie pour : Assurer une dynamique collaborative Garantir une circulation continue d'information autour du PREC Répondre aux exigences de la coordination générale en terme de communication, indicateurs, etc...	

".

4. Deux soumissionnaires ont remis offre pour ce marché :

- BDO MANAGEMENT ADVISORY CVBA pour un montant total de 97.707,50 € TVAC
- la requérante pour un montant total de 135.907,20 € TVAC

5. L'inventaire joint à l'offre de la CVBA BDO MANAGEMENT ADVISORY fait état de ce qui suit :

" 2. Inventaire : Lot 5 «Coordination thématique Construction durable»

N°	Description	Type	Unité	Qt	PU en chiffres HTVA	Total HTVA
1	Coordination thématique construction	QP	Homme / Jour	120 jours	672,92 euros HTVA	80.750,00 €
Total lot 5 HTVA :						80.750,00 €
TVA 21 % :						16.957,50 €
Total lot 5 TVAC :						97.707,50 €
Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule. La quantité de produits x le prix unitaire doivent cependant être à chaque fois arrondis à 2 chiffres après la virgule.						
Vu, vérifié et complété avec les prix unitaires, les totaux partiels et le total global qui ont servi à déterminer le montant de mon offre de ce jour, pour être joint à mon formulaire d'offre. Fait à La Hulpe le 30 octobre 2017 Fonction : Partner Nom et prénom : Christophe de Ville Signature :						

Légende :
QP ou Q.P. : un poste à quantité présumée. Ceci signifie que la quantité du poste ne peut être définie avec précision à l'avance dans le CSCH et qu'il ne peut donc être donné qu'une approximation. Pendant l'exécution, cette quantité peut s'avérer supérieure ou inférieure à la quantité présumée signifiée donc dans le CSCH. Lors du décompte final, le décompte de tous les QP est toujours fait séparément. o QF ou Q.F. : un poste à quantité forfaitaire. Ceci signifie que la quantité du poste est définie avec exactitude dans le CSCH et ne peut en aucun cas être dépassée pendant l'exécution, sauf suite à l'approbation d'un décompte.
PT/PG : un poste à prix total / global. La quantité est 1, le prix total du poste est donné.
Ou MF : un poste à montant fixe. Ceci signifie que le montant est fixé à l'avance et qu'il sera le même dans toutes les offres, p.ex. pour les essais.
SR : une somme réservée. Ici aussi, le montant est fixé à l'avance et sera le même dans toutes les offres, p.ex. pour des travaux supplémentaires. Cette somme ne sera typiquement pas entièrement utilisée".

Dans cet inventaire, la société BDO MANAGEMENT ADVISORY modifie les quantités présumées évaluées par le pouvoir adjudicateur. La société remplace la quantité de 172,8 jours par 120 jours.

Le nombre de 120 jours provient de la note méthodologique jointe par BDO Management Advisory à son offre.

6. Dans son rapport d'examen des offres, la partie adverse refuse cette modification des quantités dans les termes qui suivent sous le point relatif à la "Conclusion de l'examen de la régularité des offres" :

" BDO dans son offre modifie les quantités présumées et fait une proposition de 120 H/J (contre 172.8 H/J présumé) dans l'inventaire, basée sur une disponibilité de 2.5 HJ/semaine calculé sur une année.

Ce changement des quantités n'est pas suffisamment argumenté et n'est donc pas pris en compte dans l'analyse des offres, vu que la note explicative conformément à l'art. 79 § 2 A.R. 18 avril 2017 n'était pas jointe. Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications du poste à quantité présumée, et il ramène à la quantité initiale l'inventaire les quantités proposées inférieures, conformément à l'art. 86 §1 A.R. 18 avril 2017. Le montant total d'offre est alors corrigé, de 97.707,50 € TVAC vers 140.699,50 € TVAC".

Dans ce rapport, après avoir apprécié l'ensemble des critères, la partie adverse classe les offres de la manière suivante (sur le seul critère prix, BDO obtient 38,64 et CERAA 40/40) :

"

Lot 5 (Coordination thématique Construction durable)			
1	BDO Management Advisory cvba	98,64[/100]	140.699,50 €
2	CERAA	92[/100]	135.907,20 €

et propose «d'attribuer le lot 5 du marché (Coordination thématique Construction durable) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit BDO MANAGEMENT ADVISORY CVBA, Avenue Louise 326 bte 30 à 1050 Bruxelles, pour le montant d'offre contrôlé de 116.280,58 € hors TVA ou 140.699,50€, 21% TVA comprise (34,58% de plus que l'estimation)»".

7. Le 13 décembre 2017, le Ministre de l'Environnement approuve ce rapport et attribue le lot 5 du marché de services litigieux à la société BDO Management Advisory.

Il s'agit de la décision attaquée.

8. La décision est communiquée par courriers recommandés du 20 décembre 2017 à la société BDO Management Advisory et à la requérante.

Le pouvoir adjudicateur précise qu'il observera un délai d'attente de 15 jours avant de conclure le marché.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation du principe général d'égalité de traitement consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 36 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des "articles 76, 79, § 2, 2° et 87 [lire 86 ainsi que cela ressort du développement du moyen et des débats à l'audience]" de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 1er et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et du principe général du droit de la motivation formelle des actes administratifs.

Elle soutient que les modifications apportées aux quantités présumées lorsque les documents du marché ne l'ont pas autorisé implique une modification des prix et a trait à une condition essentielle du marché et qu'une telle modification est constitutive d'une irrégularité substantielle dès lors que le respect du principe d'égalité des soumissionnaires est compromis au préjudice de ceux qui ont respecté l'interdiction.

Elle estime que la correction opérée en l'absence d'autorisation formulée en ce sens dans les documents du marché a pour conséquence de fausser la concurrence et que l'offre qui en est affectée doit être écartée à ce titre.

Elle fait valoir qu'il ressort du rapport d'analyse des offres auquel se réfère entièrement la partie adverse pour attribuer le lot 5 du marché de service litigieux, que BDO MANAGEMENT ADVISORY a modifié les quantités présumées dans l'inventaire, que cette modification a été analysée à tort sous l'angle des irrégularités non-substantielles compte tenu du défaut de justification de la correction suggérée et qu'en conséquence, et toujours de façon erronée, la partie adverse a fait application de l'article 86, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et a refusé la modification suggérée et corrigé le montant offert par BDO MANAGEMENT ADVISORY en faisant application des quantités présumées initialement imposées dans l'inventaire.

Elle soutient que conformément à l'article 79, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la partie adverse aurait dû écarter l'offre de BDO MANAGEMENT ADVISORY en relevant l'absence d'autorisation de modification dans les documents du marché faisant de la modification opérée une irrégularité

substantielle et qu'il en va d'autant plus ainsi que l'offre telle que corrigée par la partie adverse en ayant égard aux quantités présumées initiales plutôt qu'aux quantités présumées modifiées, ne permet pas de s'assurer de l'engagement de BDO MANAGEMENT ADVISORY à exécuter le lot 5 du marché de service litigieux aux conditions prévues.

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir, dans sa note d'observations, que la modification apportée par BDO MANAGEMENT ADVISORY des quantités présumées, sans que cela ne soit autorisé par les documents du marché, ne constitue pas une irrégularité substantielle et rappelle qu'elle a, quoiqu'il en soit, refusé la modification litigieuse, laquelle n'a dès lors pas été prise en compte dans la comparaison des offres.

Elle rappelle également que conformément à l'article 79, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, les soumissionnaires doivent joindre une note justifiant ces modifications et ne conteste pas que cette note n'a pas été fournie par BDO, ce qui l'a amenée à considérer, dans le rapport d'examen des offres, à considérer que le changement des quantités n'était pas suffisamment argumenté.

Etant dans l'impossibilité de vérifier la pertinence des modifications que BDO MANAGEMENT ADVISORY avait apportées à l'inventaire, elle estime que c'est à bon droit qu'elle a décidé d'user de la faculté inscrite à l'article 86, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, de maintenir la quantité initiale de l'inventaire et de ramener les 120 jours proposés par BDO MANAGEMENT ADVISORY à 172,8 jours et ce en vue d'assurer la comparaison des offres et le respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Quant au fait que les modifications apportées par BDO MANAGEMENT ADVISORY ne permettrait pas de s'assurer de l'engagement de celle-ci à exécuter le lot 5 du marché litigieux, elle soutient qu'au vu de sa méthodologie, du planning, de sa présentation et des références indiquées dans son offre, c'est raisonnablement qu'elle n'a pas émis de doute quant au fait que le soumissionnaire disposerait des moyens requis pour l'exécution du lot n° 5.

IV.2. Appréciation

La rubrique I.6. du cahier spécial des charges prévoit que "le soumissionnaire établit son offre en néerlandais ou en français et complète l'inventaire sur le modèle annexé au cahier spécial des charges le cas échéant".

L'inventaire indique pour le lot 5 "Coordination thématique Construction durable" une quantité présumée de "172,8" "homme/jour", pour laquelle le soumissionnaire intéressé est invité à mentionner un prix unitaire (PU) hors tva, et à indiquer le total hors tva qui résulte et de son prix unitaire et de la quantité présumée mentionnée par le pouvoir adjudicateur.

La rubrique I.7. du cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit :

" Par l'introduction d'une offre, les soumissionnaires acceptent sans condition le contenu du cahier des charges et des autres documents relatifs au marché, ainsi que le respect de la procédure de passation telle que décrite dans le cahier des charges et acceptent d'être liés par ces dispositions.

Lorsqu'un soumissionnaire formule une objection à ce sujet, il doit communiquer les raisons de cette objection au pouvoir adjudicateur par écrit et par courrier recommandé dans les 7 jours calendrier après la réception du cahier des charges. Lorsque le soumissionnaire découvre des erreurs ou des omissions dans les documents du marché, telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit, et ce, au plus tard 10 jours avant la date limite d'introduction des offres".

Aucune objection, erreur ou omission dans les documents du marché n'a été portée à la connaissance de la partie adverse dans les délais prévus par cette clause du cahier spécial des charges.

Les articles 79 et 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont ainsi rédigés :

" Art. 79. § 1er. Si les documents du marché comprennent un métré récapitulatif ou un inventaire, le soumissionnaire y porte les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires.

§ 2. En tenant compte des documents du marché, de ses connaissances professionnelles ou de ses constatations personnelles, le soumissionnaire :
1° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires;
2° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées pour lesquelles les documents du marché autorisent cette correction et à condition que la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins dix pour cent du poste considéré;
3° répare les omissions dans le métré récapitulatif ou l'inventaire.
Il joint à son offre une note justifiant ces modifications".

Art. 86 § 1er. Lorsque, conformément aux articles 34 et 79, § 2, un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire, le pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie s'il échet selon ses propres calculs et amende, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres.

Pour le soumissionnaire qui a proposé une réduction en application de l'article 79, § 2, 2°, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire, à condition que et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur accepte cette correction.

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications d'un poste à quantité présumée, il ramène à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire les quantités proposées supérieures ou inférieures.
[…]".

Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise bien, à propos de l'article 79, § 2, qu' "il faut désormais que ces corrections [des quantités présumées] soient autorisées dans les documents du marché […]".

Dans son rapport d'analyse des offres, la partie adverse indique, sous le titre examen de la régularité des offres, à propos du lot 5 et de l'offre de l'attributaire du marché ce qui suit :

" Analyse des irrégularités non-substantielles:
- BDO dans son offre modifie les quantités présumées et fait une proposition de 120 H/J (contre 172.8 H/J présumé) dans l'inventaire, basée sur une disponibilité de 2.5 HJ/semaine calculé sur une année. Ce changement des quantités n'est pas suffisamment argumenté et n'est donc pas pris en compte dans l'analyse des offres, vu que la note explicatif conformément à l'art. 79 §2 A.R. 18 avril 2017 n'était pas jointe. Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications du poste à quantité présumée, et il ramène à la quantité initiale l'inventaire les quantités proposées inférieures, conformément à l'art. 86 §1 A.R. 18 avril 2017. Le montant total d'offre est alors corrigé, de 97.707,50 € TVAC vers 140.699,50€ TVAC".

Ce faisant, la partie adverse a uniquement fait application de l'article 86, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, en constatant que le changement de quantités n'était pas suffisamment argumenté par l'attributaire du marché et en ramenant, conformément à l'alinéa 3 de cette disposition, la quantité proposée par celui-ci à la quantité initiale de l'inventaire, sans s'interroger sur la question de savoir si l'offre proposée au vu de la quantité modifiée était constitutive d'une irrégularité substantielle ou non.

Il n'est toutefois pas contesté, qu'en l'espèce, les documents du marché n'autorisaient pas la correction d'erreurs découvertes dans les quantités présumées, en sorte que la correction à laquelle a procédé l'attributaire du marché ne rentrait pas dans les prévisions de l'article 79, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Il en découle que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas rectifier la modification des quantités présumées contenue dans l'offre de ce dernier, puisque cette rectification ne peut avoir lieu, en vertu de l'article 86 dudit arrêté, que lorsque le soumissionnaire a corrigé une quantité du métré conformément à l'article 79, § 2, du même arrêté.

En comparant des offres dont l'une était entachée d'une irrégularité provenant de sa modification par le pouvoir adjudicateur, au stade de l'examen de la régularité des offres, c'est l'ensemble de la procédure de comparaison des offres qui a été viciée, et partant la décision d'attribution du 13 décembre 2017 d'attribuer le lot 5 à BDO MANAGEMENT ADVISORY.

Il découle de ce qui précède que le moyen, en ce qu'il est pris de la violation des articles 79, § 2, 2°, et 86, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, est sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse demande que les offres des deux sociétés soumissionnaires demeurent confidentielles. Ces offres sont contenues aux pièces A et B du dossier administratif que la partie adverse qualifie de "confidentiel".

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, sous réserve de l'inventaire de l'offre de BDO MANAGEMENT ADVISORY reproduit à la page 9 de la note d'observations et pour lequel la partie adverse renonce implicitement à sa demande de confidentialité et dans la mesure où cet inventaire est reproduit dans le présent arrêt.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision du ministre de l'Environnement du 13 décembre 2017 d'attribuer le lot 5, Coordination thématique Construction durable du marché de service d'assistance à la coordination du PREC et à la coordination de l'animation du PREC à BDO MANAGEMENT ADVISORY CVBA, est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 4.

Les pièces portant les références A et B du dossier administratif qualifié de "confidentiel" sont à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le vingt-trois janvier deux mille dix-huit par :

M.	Jacques VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
Mme	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Katty LAUVAU. Jacques VANHAEVERBEEK.