

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 249.649 du 29 janvier 2021

A.223.858/VI-21.125

A.223.859/VI-21.126

(affaires jointes)

En cause :

1. la société privée à responsabilité limitée

GERARD-LEMAIRE & associés,

2. CELLIER Etienne,

ayant élu domicile chez

M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,

rue des Augustins 32

4000 Liège,

contre :

la Commune d'Yvoir,

ayant élu domicile chez

M^e France GUERENNE, avocat,

chemin du Stocquoy 1

1300 Wavre.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 janvier 2018, la société privée à responsabilité limitée GERARD-LEMAIRE & Associés et Etienne CELLIER demandent l'annulation de :

- « - la décision du 7 novembre 2017 du collège communal d'Yvoir par laquelle est attribué le marché "Étude pour la création d'une maison rurale à Mont — Lot I (Conception et réalisation de la salle polyvalente)" à "AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL" [premier acte attaqué].
- la décision du 7 novembre 2017 du collège communal d'Yvoir par laquelle est attribué le marché "Étude pour la création d'une maison rurale à Mont — Lot 2 (Conception et réalisation des abords) " à "AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL" [second acte attaqué] ».

Ils sollicitent également, dans la même requête, que la partie adverse soit condamnée à leur payer la somme de 67.400 euros à titre d'indemnité réparatrice.

II. Procédure

Un arrêt n° 240.226 du 18 décembre 2017 a joint les affaires A.223.858/VI-21.125 et A.223.859/VI-21.126 et a ordonné la suspension de l'exécution des délibérations du collège communal d'Yvoir du 7 novembre 2017 attribuant le marché "Etude pour la création d'une maison rurale à Mont – Lot 1 (conception et réalisation de la salle polyvalente)" (affaire A.223.858/VI-21.125) et le marché "Étude pour la création d'une maison rurale à Mont – Lot 2 (conception et réalisation des abords)" (affaire A.223.859/VI-21.126) à la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD. Il a été notifié aux parties.

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.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base des articles 12 et 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 30 novembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2019.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Tiffanie LUYTEN, *loco* M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et M^e France GUERENNE, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, 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. Exposé des faits utiles

L'arrêt n° 240.226 du 18 décembre 2017 a exposé les faits utiles à l'examen des recours. Il y est fait référence.

IV. Premier moyen dirigé contre le premier acte attaqué

IV. 1. Requête

Le premier moyen est dirigé contre le premier acte attaqué est pris de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Les parties requérantes exposent qu'à la réception du premier acte attaqué, elles ont constaté que les projets des différents soumissionnaires présentaient des options architecturales et des variations relativement importantes et qu'eu égard à la déclaration faite, avant la remise des offres, par la partie adverse, selon laquelle « je réponds à chaque candidat individuellement selon leur demande. Si certaines vous semblent opportunes pour les commun, je vous conseille d'utiliser le forum », elles s'étaient « fortement interrogés, dans le cadre de leurs recours en suspension d'extrême urgence, sur l'existence de questions qui auraient été soumises à la partie adverse par certains soumissionnaires et dont les réponses n'auraient pas été portées à la connaissance de l'ensemble des soumissionnaires », en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés par la disposition visée au moyen.

Elles rappellent que, dans sa note d'observations, « la partie adverse a fait valoir qu'elle avait publié "les réponses aux questions principales" sur un forum accessible à tous les soumissionnaires, opérant donc un choix des questions et réponses qui ont fait l'objet d'une diffusion par le canal de ce forum ».

Elles soulignent que « les mails reprenant ces questions et réponses entre la partie adverse et les différents soumissionnaires ont par ailleurs été placés sous le sceau de la confidentialité par la partie adverse » et que « cette attitude [les] confortait [...] dans l'idée d'une inadéquation entre le contenu de ces mails et le contenu du forum (pourquoi demander la confidentialité des mails si l'ensemble de leur contenu est effectivement publié sur le forum ?), mais portait également atteinte à leur droit de la défense ».

Les parties requérantes déduisent des termes de l'arrêt de suspension « que la partie adverse n'a pas publié sur son forum l'ensemble des questions et réponses échangées avec certains soumissionnaires, et notamment sur des aspects techniques qui ont influencé les choix du soumissionnaire ayant, seul, obtenu cette indication, au moment d'établir son offre » et que « ce faisant, la partie adverse a donc rompu l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires ».

Elles concèdent que « s'il ne peut, certes, être établi que la connaissance de ces questions et réponses par les autres soumissionnaires n'aurait eu aucune incidence sur le contenu des offres de chacun, il ne peut de même être établi que cette connaissance aurait effectivement eu une telle incidence », mais elles concluent que « l'illégalité commise par la partie adverse [a privé] définitivement les soumissionnaires d'adapter leur offre aux prescriptions techniques fournies à certains d'entre eux et non à tous ».

IV.2. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'elle a produit, en toute transparence, l'ensemble des courriels échangés avec tous les soumissionnaires, ainsi que les questions et réponses publiées sur le forum et que c'est sur cette base que le Conseil d'État a pu examiner le moyen.

La partie adverse affirme que sa manière de procéder « n'avait pas pour objet de favoriser l'un ou l'autre soumissionnaire ». Elle indique qu'elle a répondu, par écrit, aux diverses questions des soumissionnaires et qu'elle publié, sur le forum, les questions principales. Elle précise à cet égard que « n'ont notamment pas été jugées pertinentes les réponses qui consistaient à répéter les clauses techniques du cahier spécial des charges ». Elle revient sur les informations dont le Conseil d'État a relevé qu'elles n'avaient pas été communiquées à tous sur le forum. Elle énumère les questions posées par l'adjudicataire et indique si la réponse a été postée sur le forum. Elle reproduit les réponses qui n'ont pas été publiées sur le forum (à propos de la salle multifonctionnelle, à propos des questions complémentaires relatives à la salle multifonctionnelle et la scène amovible, au sujet de la composition de l'offre et à propos des impétrants). Elle indique que, sauf pour les deux points relevés par le Conseil d'État dans l'arrêt de suspension, « soit la partie adverse se réfère aux exigences du cahier spécial des charges soit elle en rappelle le contenu ».

Elle revient sur les deux exceptions relevées dans l'arrêt de suspension, à

savoir :

- l'information relative à l'espace scénique amovible, libellée comme suit : « la scène sera utilisée ponctuellement, donc un montage / démontage manuel serait suffisant à condition que celui-ci ne soit pas trop contraignant en matière de temps et de main d'œuvre » ;
- l'information suivante relative aux « différents raccordements », soit les impétrants, libellée comme suit : « pour le gaz, il passe dans la rue du Centre qui longe le terrain. Enfin, l'alimentation du bâtiment en eau, électricité, téléphone sera également fonction du choix de l'implantation de celui-ci. Mais il semble que la solution la plus adéquate soit d'alimenter le bâtiment par le haut du terrain ».

La partie adverse admet que ces deux informations n'ont pas été communiquées à tous les soumissionnaires, mais elle estime qu'« on ne saurait en déduire d'emblée que cette circonstance a eu pour effet de rompre le principe d'égalité entre les soumissionnaires ». Elle invoque de la jurisprudence selon laquelle les requérants devraient démontrer l'existence d'un « désavantage concurrentiel avec une vraisemblance suffisante » et estime qu'il incombait aux parties requérantes d'apporter la preuve de cette circonstance.

Elle souligne que la question relative aux impétrants a été posée par les requérants et qu'il leur a été répondu par téléphone. Elle observe par ailleurs que tous les soumissionnaires étaient logés à la même enseigne dès lors que les requérants ont aussi obtenu des informations qui n'ont pas été communiquées à l'adjudicataire du marché.

IV.3. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir qu'elle n'a pas communiqué les informations concernées à tous les soumissionnaires car celles-ci n'étaient pas, à ses yeux, déterminantes sur le plan technique à ce stade de la procédure ; tout au plus s'agissait-il, selon elle, d'informations importantes dans le cadre de l'exécution du marché.

Elle soutient que les deux informations ainsi données n'étaient pas susceptibles d'être valorisés positivement dans le cadre de l'examen des offres et qu'elles n'ont pas entraîné une « dévalorisation » de l'offre des requérants.

Elle relève que les requérants ne soutiennent pas que le contenu de leur offre aurait été, dans les faits, différent s'ils avaient eu connaissance de ces

informations et qu'aucune influence concrète de ces informations sur la préparation des offres n'est soulevée.

Elle expose que les requérants ont posé la même question que l'adjudicataire du marché à propos des impétrants, que par un courriel du 8 septembre 2017, elle leur a répondu que l'agent technique en charge du dossier allait leur revenir à ce sujet et que ce dernier a répondu aux requérants par téléphone notamment à propos de la question relative aux les impétrants, de sorte que les requérants ne sauraient établir le moindre désavantage concurrentiel à cet égard.

Selon la partie adverse, l'utilité des informations en cause ne peut être déduite de la proximité de points attribués aux offres, sauf à consacrer en quelque sorte la présomption selon laquelle « toute information relative aux besoins et aux préférences du pouvoir adjudicateur a pu avantager l'adjudicataire et désavantager les parties requérantes de manière déterminante ». Elle estime qu'une telle présomption serait particulièrement sévère et qu'elle pourrait inciter à l'avenir les pouvoirs adjudicateurs à éviter d'octroyer des notes avec peu d'écart, par exemple en prévoyant une méthode d'évaluation qui ne le permet pas. Selon elle, la seule manière de conclure au caractère utile d'informations dans le cadre de la préparation des offres, et donc, à la violation des principes d'égalité et de transparence, serait de prouver concrètement l'existence d'un désavantage concurrentiel dans le chef du soumissionnaire concerné et d'établir avec certitude que l'adjudicataire a effectivement été avantagé par rapport aux requérants en disposant des informations concernées. Elle souligne que le premier acte attaqué ne peut être annulé au seul motif que certaines informations n'ont pas été communiquées aux requérants mais qu'il faut que les informations concernées aient concrètement avantagé l'adjudicataire par rapport aux requérants dans le cadre de la préparation des offres, ce qui n'est pas démontré en l'espèce.

IV.4. Appréciation du Conseil d'État

Sur le grief invoqué par le moyen, l'arrêt n° 240.226 du 18 décembre 2017 se lit comme suit :

« Quant à la prétendue violation du principe de transparence et d'égalité de traitement, il y a lieu de rappeler que sous le titre “Principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité”, l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose :

“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée”.

Les principes d'égalité et de non-discrimination et le principe de transparence qui en découlent sont les principes fondateurs et directeurs de toute procédure de marché public.

Au questionnement des requérants qui "s'interrogent fortement sur l'existence des questions qui auraient été soulevées à la partie adverse par certains soumissionnaires et dont les réponses n'auraient pas été portées à la connaissance de l'ensemble des soumissionnaires", la partie adverse répond qu'elle a publié "les réponses aux questions principales" sur un forum accessible à tous, laissant entendre qu'elle a opéré une sélection parmi les questions et les réponses communiquées à tous.

À cet égard, les requérants n'ont pu comparer le contenu des questions et réponses, déposées à titre confidentiel, avec le contenu du forum, déposé au dossier.

Sans préjuger de ce qu'il pourrait advenir du maintien de leur confidentialité dans le cadre d'une procédure au fond, ce maintien – au stade actuel – n'empêche, en toute hypothèse, pas le Conseil d'État d'examiner, notamment à la lumière de ces pièces auxquelles il a bien accès puisqu'elles ont été déposées, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite le présent recours, et ce en ayant égard au fait que les requérants n'ont, quant à eux, pu y accéder à ce stade, ce qui peut justifier notamment que leur argumentation soit développée de façon plus succincte.

En l'espèce, il résulte d'une comparaison des courriels échangés et du forum que certaines questions techniques ont été posées et qu'il y a été répondu, parfois avec l'indication d'une préférence du pouvoir adjudicateur, comme pour la scène amovible ou les différents raccordements.

Les réponses apportées par la partie adverse à l'attributaire du marché, sur des questions techniques, dont les requérants n'ont pas eu connaissance a eu pour effet de rompre le principe d'égalité entre les soumissionnaires ».

La partie adverse ne conteste pas la matérialité des faits constatés dans l'arrêt de suspension. Son argumentation consiste à exiger des parties requérantes qu'elles démontrent, avec une vraisemblance suffisante, qu'il en aurait résulté un désavantage concurrentiel.

Elle invoque plusieurs arrêts relatifs à des espèces dans lesquelles un pouvoir adjudicateur avait traité distinctement, sur un plan procédural, différents soumissionnaires. Dans le premier cas (arrêt n° 224.298 du 8 juillet 2013), la discrimination dont se plaignaient les parties requérantes résultait « du désavantage concurrentiel qu'elles déclarent avoir subi du fait que la version française de certains documents utiles à l'établissement de leur offre améliorée leur a été communiquée bien après que l'avait été, à leurs concurrents, la version néerlandaise de ces documents ». Dans le deuxième cas (arrêt n° 224.612 du 12 septembre 2013), la discrimination était déduite de ce que « la partie adverse a effectué une visite au siège social de la société MACH4 PHARMA SYSTEM afin d'examiner les armoires faisant l'objet du marché, tandis qu'elle n'aurait pas organisé pareille visite dans les établissements de la requérante ». Dans le troisième cas (arrêt n° 224.526 du 29 août

2013), la discrimination résultait de ce que l'intervenante et la partie requérante « auraient bénéficié de délais différents, tant pour la préparation de la réunion de négociations que pour le dépôt de leurs offres améliorées ».

En l'espèce, les parties requérantes ne se plaignent pas d'un traitement procédural distinct, mais de bien de la violation du principe de transparence et du principe d'égalité entre les soumissionnaires, en ce que tous les soumissionnaires n'ont pas disposé des mêmes informations utiles pour préparer leur offre. C'est en vertu du même principe de transparence que le pouvoir adjudicateur doit annoncer « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative ».

Certes, une différence « formelle » de traitement entre les soumissionnaires, en ce qui concerne les réponses aux questions posées au cours de la préparation des offres, pourrait-elle ne pas causer concrètement de désavantage concurrentiel, si les questions et réponses ne présentent aucun intérêt pour la préparation des offres des autres soumissionnaires. Tel pourrait être le cas, par exemple, de questions relatives à la situation particulière d'un soumissionnaire ou de questions dont la réponse figure déjà clairement dans les documents du marché.

L'arrêt de suspension a relevé deux questions posées par un soumissionnaire, en vue de l'élaboration de son offre, qui ne trouvent pas de réponse dans les documents du marché. Les réponses apportées par la partie adverse à ce soumissionnaire, et dont la partie adverse ne conteste pas qu'elles ne figurent pas sur le forum, expriment tantôt un assouplissement du besoin exprimé dans les documents du marché (une scène « qui peut être montée/démontée manuellement »), tantôt une préférence du pouvoir adjudicateur, non exprimée dans les documents du marché (l'alimentation par le haut du terrain). Ces questions sont pertinentes et les réponses sont utiles pour la préparation des offres. Les réponses du pouvoir adjudicateur indiquent qu'elles pouvaient aussi en avoir, en aval, sur leur évaluation. La partie adverse ne conteste pas que l'information relative à la scène amovible n'a été communiquée qu'au soumissionnaire ayant posé la question. Par ailleurs, c'est en vain qu'elle indique avoir donné verbalement aux requérants l'information relative aux raccords, dès lors qu'elle n'apporte pas la preuve de ce fait.

La circonstance que les requérants n'ont pas disposé de telles informations est de nature à les avoir désavantagés. Eu égard à la nature même de celles-ci, rien n'exclut que s'ils en avaient eu connaissance, ils eussent pu remettre des offres qui auraient fait l'objet d'appréciations plus favorables. Un tel constat permet

de conclure à la violation du principe de transparence, lequel tend notamment à garantir que de telles informations soient communiquées à tous les soumissionnaires. Le grief est d'autant plus établi que l'écart entre les points attribués aux offres des requérants et à celles des adjudicataires n'est que de 1,5 ou 2 points sur 100.

Le premier moyen dirigé contre le premier acte attaqué est fondé.

V. Second moyen dirigé contre le premier acte attaqué

V.1. Requête

Le second moyen dirigé contre le premier acte attaqué est pris « de la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés public, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur de fait et de droit, de la contradiction des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Les parties requérantes reproduisent le texte de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 et rappellent l'exigence de motivation formelle de la décision d'attribution.

Après avoir reproduit la motivation contenue dans le rapport d'analyse des offres, en ce qui concerne le critère « qualité », elles synthétisent les points forts et les points faibles respectifs de l'offre de la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD et de leur propre offre.

Elles rappellent, empruntant les termes de l'arrêt de suspension que, pour qu'elles puissent comprendre pourquoi leurs offres ont été classées secondes, « la motivation formelle aurait dû être d'autant plus précise que l'écart entre les notes attribuées à chaque offre était minime, l'adjudicataire ayant obtenu 80,5/100 et les parties requérants 78,5 ou 79/100, soit un écart de 1,5 ou 2 points sur 100 ».

Les parties requérantes estiment que le premier acte attaqué « viole les dispositions reprises au moyen lorsqu'il souligne l'originalité d'une rue centrale et l'importante polyvalence de leur projet, pour ensuite considérer que la distribution des locaux est inadéquate ». Elles s'attachent à démontrer que la distribution des locaux est « logique », en fonction de cette rue centrale et des exigences de polyvalence. Elles estiment ne pas être en mesure de comprendre en quoi la disposition des locaux serait inadéquate, à la lecture de l'acte attaqué.

Elles voient une contradiction entre le motif selon lequel la disposition des locaux serait inadéquate et l'affirmation selon laquelle « le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence et ouvre de nombreuses possibilités de modulations et de mises en place de diverses activités même en extérieur grâce à la terrasse ». Selon elles, « la distribution des locaux résulte de la polyvalence requise et cette polyvalence ne peut être atteinte que par une distribution particulière des locaux, laquelle a par ailleurs été pensée autour d'une rue centrale dont l'acte attaqué souligne l'originalité comme une qualité ». Elles rappellent l'arrêt de suspension, aux termes duquel « s'il n'y a pas, à proprement parler, de contradiction entre l'affirmation selon laquelle “le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence” et celle selon laquelle “la distribution des locaux est inadéquate”, aucune explication n'est donnée à ce sujet de sorte qu'il est impossible de comprendre pourquoi l'offre des requérants a été pénalisée ».

Par ailleurs, les parties requérantes relèvent que, selon l'acte attaqué, « le projet de AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL présente un accès à double niveau ». Elles « n'aperçoivent pas comment un tel bâtiment peut atteindre une meilleure distribution des locaux et une meilleure polyvalence qu'un bâtiment de plain-pied qui permet d'être plus fonctionnel et présente une meilleure mobilité, notamment pour les personnes à mobilité réduite, outre que la gestion de la sécurité d'un bâtiment avec un accès à double niveau est plus complexe ».

Les parties requérantes ne comprennent toujours pas la portée de l'« interrogation quant à la possibilité de cloisonnement en cas de location partielle de la salle », à la suite de l'instruction de la demande de suspension, qui a révélé que l'offre de la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD reprenait bien une telle cloison amovible. Elles reproduisent un extrait de l'arrêt de suspension à ce sujet.

Enfin, sur le vu des points forts et des points faibles analysés pour chacune des deux offres en lice, les requérants n'aperçoivent pas en quoi leur projet ne remporterait que la cote de 22/30 là où celle de la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD obtient 26,5/30 pour le critère « qualité ». Elles reproduisent un extrait de l'arrêt de suspension à ce sujet, selon lequel « la partie adverse s'est contentée de quelques points forts et de quelques points faibles qui ne permettent pas de comprendre la note globale attribuée à chacun des soumissionnaires ». Les parties requérantes estiment que « certains points faibles de l'offre de la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD

portent sur des éléments essentiels du projet que sont l'aspect esthétique du bâtiment et la possibilité de modulation des locaux dans le but de rendre l'ensemble polyvalent, alors que ces éléments essentiels sont rencontrés par l'offre des requérants, ce que souligne expressément l'acte attaqué » et qu'à l'inverse, « les points faibles relevés dans l'offre des requérants portent sur des éléments plus accessoires par rapport au projet global ».

En particulier, les parties requérantes :

- n'aperçoivent pas en quoi l'accès pour les fournisseurs et à la scène serait peu pratique alors qu'il se fait directement à partir du parking ;
- n'aperçoivent pas en quoi un rapport d'un service incendie peut constituer un point fort dès lors que ce rapport, prématuré, a été rendu sur base d'une simple esquisse et que tous les détails du projet doivent encore faire l'objet de définitions plus précises au stade de l'avant-projet qui sera soumis à la concertation de la partie adverse avant l'établissement du projet définitif ;
- s'interrogent sur la consommation d'énergie du bâtiment en cours d'exploitation, ainsi que sur les frais d'installation et d'entretien, dans l'hypothèse où le passage d'un niveau à l'autre serait rendu accessible aux personnes à mobilité réduite par l'installation d'un ascenseur.

Les parties requérantes concluent que « ce qu'elles reprochent à l'acte attaqué, c'est de ne pas comporter une motivation cohérente et pertinente qui permettrait à ses destinataires, dont les requérants, de comprendre pourquoi leur offre a reçu 4,5/30 points de moins que celle de leur concurrent quant au critère de la qualité des projets ».

V.2. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle le critère d'attribution « qualité » et les notes attribuées. Elle souligne que les parties requérantes ont obtenu 78,5/100 au total, dont 22/30 pour la qualité, tandis que l'adjudicataire a obtenu 80,5 points au total dont 26,5/30 pour la qualité.

Elle rappelle ensuite que le pouvoir adjudicateur est tenu de démontrer qu'il a effectivement comparé les offres et qu'il s'est appuyé sur une comparaison d'éléments concrets de chaque offre, et qu'en revanche, il ne doit pas indiquer les motifs de ses motifs et il ne doit pas reprendre tous les éléments de chaque offre, mais uniquement les éléments jugés essentiels.

Selon la partie adverse, la décision « procède à un examen complet des offres au regard du critère d’attribution concerné au moyen d’une évaluation descriptive s’appuyant sur les points forts et les points faibles du contenu de chaque offre ».

Elle synthétise comme suit la comparaison des deux offres :

«

<i>Offre</i>	<i>Adjudicataire du marché</i>	<i>Requérants</i>
Appréciation globale	Projet étudié en profondeur, lequel est jugé “le plus abouti des trois offres reçues”	/
Points forts	<ul style="list-style-type: none"> • Accès à double niveau • Distribution des locaux optimisée • Dénivelé du terrain permettant une réduction des coûts énergétiques • Rapport de sécurité incendie 	<ul style="list-style-type: none"> • Aspect esthétique • Proposition d’une rue centrale jugée originale • Objectifs de polyvalence rencontrés • Nombreuses possibilités de modulations et de mises en place grâce à la terrasse
Points faibles	<ul style="list-style-type: none"> • Peu de lumière naturelle • Aspect esthétique de l’extérieur du bâtiment ne rencontre que partiellement les attentes • Interrogation quant au cloisonnement en cas de location partielle de la salle 	<ul style="list-style-type: none"> • Proposition d’une rue centrale jugée originale mais la disposition des locaux autour risque de créer plus d’inconvénients que d’avantages • Accessibilité pour les fournisseurs inadéquate • Scène peu pratique • Distribution des locaux inadéquate

».

Elle conclut qu’elle « n’aperçoit pas en quoi les requérants ne seraient pas en mesure de comprendre la différence de points entre les deux offres ». Elle rappelle qu’ « il résulte de la motivation de l’acte attaqué que le projet – et donc, l’esquisse – de l’adjudicataire du marché est le plus abouti ». Elle observe que les requérants « n’indiquent pas les raisons qui auraient dû mener la partie adverse à considérer que leur projet avait été étudié en profondeur ».

Selon elle « un écart de 4,5 points entre les offres n’est pas déraisonnable dès lors que l’esquisse de l’adjudicataire – soit l’élément prépondérant de l’évaluation – a été jugée la plus aboutie et la mieux étudiée en amont ».

Elle ajoute qu'elle « n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en attribuant davantage de points à l'offre de l'adjudicataire puisque son esquisse est la plus aboutie de toutes ».

En ce qui concerne « l'inadéquation de la disposition des locaux dans l'offre des requérants », la partie adverse estime que l'arrêt de suspension a partiellement écarté la contradiction, alléguée par les requérants, entre l'affirmation selon laquelle « le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence » et celle selon laquelle « la distribution des locaux est inadéquate ». Elle considère, pour le surplus, que les parties requérantes invitent le Conseil d'État à se substituer à l'appréciation de la partie adverse. Elle ajoute qu'il n'existait pas une seule manière de disposer les locaux autour de la rue centrale, et qu'une autre distribution aurait pu être envisagée. Elle estime que l'arrêt de suspension est particulièrement sévère dans le considérant selon lequel « aucune explication n'est donnée [au sujet de la distribution inadéquate des locaux] de sorte qu'il est impossible de comprendre pourquoi l'offre des requérants a été pénalisée ». Elle rappelle qu'elle n'était pas tenue d'exprimer les motifs de ses motifs.

En ce qui concerne l'accès des fournisseurs à la scène, la partie adverse répond de la même manière qu'il ne lui incombait pas d'exposer les motifs de ses motifs.

Il en va de même, selon elle, en ce qui concerne le rapport sécurité incendie : « il ne revenait pas à la partie adverse d'exposer en quoi ledit rapport est admissible comme élément d'appréciation des offres ». Elle prétend qu'elle pouvait estimer, en vertu de son pouvoir d'appréciation, qu'il s'agissait d'un point fort de l'offre de l'adjudicataire, même au stade de l'esquisse. Elle souligne que les parties requérantes n'ont pas été pénalisées sur ce point.

En ce qui concerne l'accès à un double niveau et ses conséquences sur l'accès des personnes à mobilité réduite et sur la consommation d'énergie, la partie adverse répond que l'argumentation est fondée sur des conjectures et n'est donc pas pertinente. Elle soutient avoir statué en pleine connaissance de cause, l'adjudicataire ayant notamment annexé à son offre un avis concernant l'accès pour les personnes à mobilité réduite et une note exposant la « stratégie liée à la performance énergétique et l'approche pour minimiser les coûts ».

Enfin, sur la question de la possibilité de cloisonnement en cas de location

partielle de la salle, la partie adverse répond qu'« un poste concerne la cloison acoustique en option, pour un montant de 126.000 € ». Elle n'aperçoit pas l'intérêt de la critique, dès lors que l'adjudicataire a été sanctionné en raison de cette incertitude. Elle s'interroge sur les conséquences de cette critique sur la légalité du premier acte attaqué. Selon elle, la critique est irrecevable.

V.3. Dernier mémoire de la partie adverse

S'agissant de la critique selon laquelle la motivation de l'acte attaqué ne suffirait pas pour comprendre les notes octroyées pour le critère d'attribution « qualité », la partie adverse expose qu'elle a systématiquement relevé les points forts et les points faibles de chaque offre. Selon elle, l'affirmation selon laquelle le projet de l'adjudicataire est le plus abouti résulte du dossier administratif. Elle considère que le travail proposé par l'adjudicataire est davantage complet, illustré et étayé que celui des requérants, ainsi qu'en témoigne l'existence, dans l'offre de l'adjudicataire, d'un rapport sur les PMR, d'une étude énergétique et d'un rapport sécurité incendie. Elle relève que les requérants n'indiquent pas les raisons qui auraient dû la conduire à considérer que leur projet a été étudié en profondeur. Elle estime qu'il est indifférent qu'elle n'ait pas systématiquement relevé, dans la motivation, la valeur technique, la valeur esthétique, l'intégration dans l'environnement, l'intégration des paramètres de développement durable et la cohérence avec le but final du projet ainsi que les éléments d'appréciation annoncés de manière exhaustive. Selon elle, cette dernière critique semble relever davantage de la mise en œuvre du critère d'attribution ou de sa méthode d'évaluation que de l'obligation de motivation formelle. Elle maintient qu'un écart de 4,5 points entre les offres n'est pas déraisonnable.

Quant à l'affirmation selon laquelle le projet des requérants propose une distribution des lieux inadéquate, la partie adverse relève que l'arrêt n° 240.226 a jugé qu'il n'y a pas à proprement parler de contradiction entre l'affirmation selon laquelle « le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence » et celle selon laquelle « la distribution des locaux est inadéquate ». La partie adverse maintient que ses explications figurant dans le rapport d'attribution sont suffisantes : la proposition d'une rue centrale est certes originale, mais la distribution des locaux qui en résulte est inadéquate et l'existence d'une rue centrale n'empêchait pas d'envisager une autre distribution des locaux. La partie adverse souligne que le critère en cause laisse inévitablement une place importante à une appréciation subjective, qui pourra difficilement être justifiée en profondeur. La partie adverse considère qu'elle ne pouvait davantage rendre compte de son appréciation subjective et que les parties requérantes savent ainsi à suffisance pour quoi leur offre n'a pas été valorisée sur ce

point.

La partie adverse estime que le même raisonnement est applicable à la critique relative à la scène et à l'accès pour les fournisseurs ainsi qu'à la critique relative au rapport de sécurité incendie, lequel a retenu son attention dès lors qu'il s'agit d'un élément, parmi d'autres, qui permet de constater le caractère « abouti » du projet de l'adjudicataire par rapport à celui des requérants. La partie adverse précise qu'il ne s'agissait pas d'évaluer la qualité « formelle » de l'offre mais bien la qualité du projet imaginé par les soumissionnaires, qui résulte de leurs esquisses et des documents annexes qui la fondent, comme le rapport sécurité incendie. Elle estime avoir ainsi correctement mis en œuvre le critère d'attribution concerné.

V.4. Appréciation du Conseil d'État

Sur le grief invoqué par le moyen, l'arrêt n° 240.226 du 18 décembre 2017 se lit comme suit :

« Au surplus, la motivation formelle du critère qualité est largement insuffisante.

Alors que le cahier spécial des charges annonçait, par une série non exhaustive d'éléments d'appréciation, une appréciation minutieuse de la qualité des offres, la partie adverse s'est contentée de quelques points forts et de quelques points faibles qui ne permettent pas de comprendre la note globale attribuée à chacun des soumissionnaires.

En l'espèce la motivation formelle aurait due être d'autant plus précise que l'écart entre les notes attribuées à chaque offre était minime, l'adjudicataire ayant obtenu 80,5/100 et les requérants 78,5 ou 79/100, soit un écart de 1,5 ou 2 points sur 100. Ainsi, s'il n'y a pas, à proprement parler, de contradiction entre l'affirmation selon laquelle "le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence" et celle selon laquelle "la distribution des locaux est inadéquate", aucune explication n'est donnée à ce sujet de sorte qu'il est impossible de comprendre pourquoi l'offre des requérants a été pénalisée.

De même la partie adverse ne s'explique toujours pas sur l'interrogation qu'elle soulève à propos de l'offre de l'adjudicataire quant à "la possibilité de cloisonnement en cas de location partielle de la salle", la réponse donnée dans la note d'observation selon laquelle un poste de 126.000 euros a été prévu par l'adjudicataire pour la cloison acoustique ne permettant pas de lever cette interrogation ».

Le cahier spécial des charges annonçait l'analyse de chaque offre selon plusieurs critères, dont la qualité (30 points sur 100). À cet égard, il est indiqué que chaque esquisse sera examinée « suivant sa valeur technique, sa valeur esthétique, son intégration dans l'environnement, son intégration des paramètres de développement durable et sa cohérence avec le but final du projet ». Une série d'éléments d'appréciation (présentés comme non exhaustifs) étaient également annoncés.

Dans le rapport d'analyse des offres, l'appréciation relative à la qualité se présente de la manière suivante :

«

N°	Nom	Motivation	Score
Critère d'attribution N° 1: Qualité Appréciation sur 30 points Le soumissionnaire proposera une esquisse du projet. Celle-ci sera examinée suivant sa valeur technique, sa valeur esthétique, son intégration dans l'environnement, son intégration des paramètres de développement durable et sa cohérence avec le but final du projet. Il sera notamment tenu compte des points suivants (liste non exhaustive): ☐ conceptualisation de la salle polyvalente ; ☐ conceptualisation et descriptif détaillés du mobilier et particulièrement du mobilier scénique ☐ minimisation de la consommation d'énergie dans la construction du bâtiment et dans son exploitation ; ☐ Une attention particulière sera apportée à l'isolation du bâtiment au niveau thermique et acoustique et à son aspect énergétique. ...			
1	AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL	Le soumissionnaire propose un projet étudié en profondeur avec un accès à double niveau. La distribution des locaux est optimisée et le dénivelé du terrain est utilisé pour permettre une réduction des coûts énergétiques. Le soumissionnaire dispose déjà de rapport sécurité incendie. Par contre, la proposition semble apporter peu de lumière naturelle, l'aspect esthétique de l'extérieur du bâtiment ne rencontre que partiellement les attentes du jury et il y a une interrogation quant à la possibilité de cloisonnement en cas de location partielle de la salle. Ce projet est le plus abouti des trois offres reçues.	26,5
4	AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL	Le soumissionnaire propose un projet étudié en profondeur avec un accès à double niveau. La distribution des locaux est optimisée et le dénivelé du terrain est utilisé pour permettre une réduction des coûts énergétiques. Le soumissionnaire dispose déjà de rapport sécurité incendie. Par contre, la proposition semble apporter peu de lumière naturelle, l'aspect esthétique de l'extérieur du bâtiment ne rencontre que partiellement les attentes du jury et il y a une interrogation quant à la possibilité de cloisonnement en cas de location partielle de la salle. Ce projet est le plus abouti des trois offres reçues.	26,5
3	GERARD LEMAIRE & ASSOCIES SC	L'aspect esthétique du projet présenté est en adéquation avec les attentes du jury. La proposition d'une rue centrale est originale	22

	SPRL	mais la disposition des locaux autour risque de créer plus d'inconvénients que d'avantages. Le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence et ouvre de nombreuses possibilités de modulations et de mises en place de diverses activités même en extérieur grâce à la terrasse. A contrario, l'accessibilité pour les fournisseurs et la scène est peu pratique et la distribution des locaux est inadéquate.	
6	GERARD LEMAIRE & ASSOCIES SC SPRL	L'aspect esthétique du projet présenté est en adéquation avec les attentes du jury. La proposition d'une rue centrale est originale mais la disposition des locaux autour risque de créer plus d'inconvénients que d'avantages. Le projet rencontre bien les objectifs de polyvalence et ouvre de nombreuses possibilités de modulations et de mises en place de diverses activités même en extérieur grâce à la terrasse. A contrario, l'accessibilité pour les fournisseurs et la scène est peu pratique et la distribution des locaux est inadéquate.	22

».

D'une manière générale, la motivation formelle de l'acte attaqué se limite à mettre sommairement en exergue certains aspects positifs et certains aspects négatifs de chaque offre, sans reprendre systématiquement les cinq points énumérés (valeur technique, valeur esthétique, intégration dans l'environnement, intégration des paramètres de développement durable et cohérence avec le but final du projet), ni les éléments d'appréciation annoncés de manière non exhaustive.

À lire les appréciations portées sur chaque offre, il est impossible d'identifier celle qui recueille globalement la faveur du pouvoir adjudicateur pour le critère de qualité. Seule la phrase de conclusion « ce projet est le plus abouti des trois offres reçues » permet finalement de départager l'offre des adjudicataires et celle des parties requérantes. Une telle motivation ne permet pas de comprendre l'attribution des « scores » pour le critère « qualité » et donc le classement des offres. Or, une analyse et une motivation minutieuses s'imposaient d'autant plus que l'écart entre les offres est minime.

En outre, et plus particulièrement, l'appréciation défavorable relative à la distribution des locaux, dans l'offre des parties requérantes, ne permet pas de comprendre concrètement en quoi cette distribution ne répond pas aux attentes du pouvoir adjudicateur. La partie adverse ne s'en explique pas davantage dans le mémoire en réponse. De même, l'appréciation défavorable relative à l'accès des

fournisseurs, dans l'offre des parties requérantes, ne permet pas de comprendre en quoi cet accès serait malaisé. S'il ne peut être imposé à la partie adverse de livrer les motifs de ses motifs, et si le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle de la partie adverse, il est en revanche exigé de celle-ci qu'elle fasse reposer son appréciation sur des motifs de fait suffisants, vérifiables à la lecture du dossier administratif.

Le moyen est fondé en tant qu'il est pris du défaut de motivation formelle.

Par ailleurs, en considérant la présence d'un rapport relatif à la sécurité incendie comme un point fort, la partie adverse – outre qu'elle a ainsi mis en évidence un élément de l'offre des adjudicataires dénué de pertinence, car nécessairement prématuré dès lors qu'il a été établi au stade de l'élaboration du projet qu'est l'esquisse – a, au contraire de ce qu'annonçait la description du critère d'attribution concerné, valorisé la qualité formelle de l'offre et non la qualité intrinsèque de l'esquisse ; ce faisant, elle a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'application de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 précitée et a, partant, violé cette disposition.

S'il ne peut être reproché aux parties requérantes de procéder par hypothèse, puisqu'elles n'ont pas accès à l'offre des adjudicataires, les critiques relatives à la consommation d'énergie causées par la présence éventuelle d'un ascenseur ne sont pas fondées. Il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à l'appréciation de la partie adverse, éclairée par un avis externe, en ce qui concerne l'accès et la circulation des personnes à mobilité réduite.

Le second moyen dirigé contre le premier acte attaqué est fondé en tant qu'il est pris du défaut de motivation formelle et partiellement fondé en tant qu'il dénonce des erreurs manifestes d'appréciation.

VI. Moyen unique dirigé contre le second acte attaqué

VI.1. Requête

Le moyen unique dirigé contre le second acte attaqué est pris de la violation des articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés public, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur de fait et de droit, de la contradiction des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation

Les parties requérantes rappellent les termes des articles 4, alinéa 1^{er}, et 81, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, ainsi que les exigences de l'obligation de motivation formelle fondées sur la loi du 17 juin 2013 et sur la loi du 29 juillet 1991.

Elles reproduisent la motivation de la décision d'attribution du lot 2 (extraite du rapport d'analyse des offres) au sujet du critère « qualité » et synthétisent les points forts et les points faibles de l'offre de l'adjudicataire et de leur propre offre. Elles relèvent notamment, parmi les points faibles de l'offre de l'adjudicataire, « le peu de places parking » et, parmi les points faibles de leur propre offre, « le trop grand nombre de places de parking ».

Elles estiment que c'est en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué retient le trop grand nombre de places de parking au titre de point faible de leur offre.

Se référant aux pièces 3 et 4 de leur dossier, elles rappellent qu'avant de remettre offre, elles ont interrogé la partie adverse sur le nombre de places de parking qui devaient être envisagées et que la partie adverse a expressément répondu « on demande entre 120 et 130 places ». Elles indiquent qu'à la suite de cette réponse, elles ont « imaginé un projet présentant 120 places de parking, soit le nombre minimum repris dans la réponse de la partie adverse » et affirment que « dès lors, c'est en complète violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère désormais que le nombre de 120 places de parking serait trop important et que la cote à attribuer aux requérants devrait s'en trouver diminuée ».

Les parties requérantes soutiennent que, compte tenu du faible écart de points entre les deux offres (1,5 point / 100), « cet élément de dépréciation de [leur offre] a nécessairement eu une incidence sur le résultat final ». Selon elles, cette incidence est d'autant plus évidente que, pour le critère « coût estimé du projet présenté », l'offre de l'adjudicataire recueille 18 points sur 20, avec la motivation suivante : « le coût du projet proposé est l'offre la moins chère des 3 offres reçues. Il demandera également peu de frais d'entretien », tandis que l'offre des parties requérantes obtient 15 points sur 20, avec la motivation suivante : « le projet est le plus coûteux des offres reçues mais il est complet et approfondi avec une étude très détaillée. Au vu de tout ce qui est implanté, le PA s'inquiète quant aux coûts d'entretien ». Elles expliquent que le nombre de places de parking détermine en bonne partie l'ampleur des travaux à réaliser sur le site, et donc leur coût estimatif. Elles considèrent dès lors avoir été pénalisées pour avoir prévu 120 places de parking

(représentant un coût nécessairement plus élevé) alors même que ce nombre leur a été expressément fourni par la partie adverse. Elles ajoutent qu'un parking de 120 places ne se conçoit pas comme un parking ne comportant que 80 places, dès lors qu'il requiert une assise plus importante.

VI.2. Mémoire en réponse

Après avoir reproduit l'énoncé du critère « qualité » et la motivation de l'acte attaqué (contenue dans le rapport d'analyse des offres), la partie adverse présente une synthèse des points forts et des points faibles de l'offre de l'adjudicataire et de l'offre des parties requérantes pour ce critère. Elle fait de même pour le critère « coût estimé du projet ».

Elle entend nuancer le raisonnement consistant à dire que l'offre des parties requérantes aurait dû être valorisée et non pénalisée, dès lors qu'elles avaient prévu le nombre de place de parking attendu par la partie adverse. Elle rappelle que l'adjudicataire a été sanctionné parce que son offre ne comportait pas assez de places de parking (en l'occurrence un « parking végétalisé [accueillant] jusqu'à 70 véhicules ») et qu'il n'avait pas été informé du nombre de places souhaité. En d'autres termes, selon la partie adverse « la critique des requérantes est dès lors fondée sur une différence de traitement manifeste, identique à celle dont ils se prévalent, pour eux-mêmes, aux termes du premier moyen dirigé à l'encontre du premier acte attaqué ».

Selon la partie adverse, « il n'est pas démontré que les requérants auraient forcément remporté le marché si la partie adverse n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation », dès lors qu'il n'est pas établi que la partie adverse aurait attribué assez de points à l'offre des parties requérantes au motif qu'elles proposent un nombre suffisant de places. La partie adverse en déduit que les parties requérantes n'ont pas intérêt à la critique.

Enfin, la partie adverse répond que les parties requérantes ne justifient pas concrètement le coût particulièrement élevé de leur projet. Selon elle, ce coût ne tient pas tant au nombre de places qu'à la méthode de réalisation choisie (gazon renforcé pour les adjudicataires et dalle béton – gazon/béton pour les parties requérantes). Elle souligne que les frais d'entretien sont également un point faible de l'offre des parties requérantes. Elle en déduit que l'erreur manifeste d'appréciation « ne présente aucun lien avec l'évaluation du critère du coût estimé du projet, de sorte que les requérants ne peuvent prétendre que leur offre aurait dû obtenir davantage de points ».

VI.3. Dernier mémoire de la partie adverse

S'agissant du critère « qualité », la partie adverse considère qu'il n'est pas évident que les requérants auraient indûment perdu 1,5 points en raison de ce que leur offre propose « trop de places de parking ». Elle expose que les lacunes des offres relevées par la partie adverse ne font pas « perdre » des points aux soumissionnaires, que les aspects négatifs des offres sont « neutres » dès lors qu'ils ne permettent ni de perdre ni de gagner des points et que ce sont exclusivement les points positifs des offres qui permettent de justifier les notes attribuées.

Elle fait valoir que la note plus élevée obtenue par l'adjudicataire se comprend à la lecture de la motivation de l'acte attaqué. Elle souligne que si l'offre des requérants a été globalement bien appréciée, il résulte expressément de l'acte attaqué que l'offre de l'adjudicataire présente davantage de points positifs. Il s'ensuit, selon elle, que l'erreur manifeste d'appréciation éventuelle est sans conséquence sur les notes attribuées aux offres pour le critère « qualité », de sorte que les requérants n'ont pas intérêt à la critique.

La partie adverse expose que le même raisonnement vaut pour ce qui concerne le critère du « coût ». En tout état de cause, la partie adverse insiste sur le fait que les requérants ne justifient pas concrètement pourquoi le coût du projet indiqué dans leur offre est particulièrement élevé en raison du nombre de places de parking et qu'il n'est donc pas prouvé que le coût du projet serait majoritairement influencé par le nombre de places de parking. Elle estime que l'on ne pourrait se satisfaire, à cet égard, d'une affirmation non étayée, aucun chiffre n'étant avancé par les requérants.

Elle estime que la différence de coût ne tient pas tant au nombre de places de parking mais bien à la méthode de réalisation choisie : parking en gazon renforcé pour l'adjudicataire du marché et dalle béton-gazon/béton pour les requérants. Selon elle, il est aussi manifestement réducteur de présenter l'analyse de la partie adverse comme ne portant que sur le coût de réalisation des places de parking. Elle souligne à cet égard qu'il ressort du rapport d'attribution que les frais d'entretien sont également un point fort de l'offre de l'adjudicataire du marché.

Elle allègue enfin que l'erreur manifeste d'appréciation qu'elle aurait éventuellement commise ne présente aucun lien avec l'évaluation du critère du coût estimé du projet, de sorte que les requérants ne peuvent prétendre avoir indûment perdu des points en ce qui concerne le critère « coût » et qu'ils n'ont pas plus intérêt à

la critique.

VI.4. Appréciation du Conseil d'État

Sur le moyen dirigé contre le second acte attaqué, l'arrêt n° 240.226 du 18 décembre 2017 se lit comme suit :

« Il n'est plus contesté que l'offre des requérants porte effectivement sur un parking de 120 places, d'une superficie de 3.000 m².
La partie adverse a dès lors commis une erreur manifeste d'appréciation en sanctionnant l'offre des requérants pour le fait qu'il y aurait "trop de places de parking", alors qu'interrogée sur le nombre de parkings souhaités elle a répondu "on demande entre 120 et 130 places".
L'écart entre la note globale obtenue par le soumissionnaire (77/100) et les requérants (75,5/100) étant de 1,5 points, cette erreur doit être considérée comme déterminante quant à l'attribution du marché ».

Les considérations de l'arrêt de suspension conservent toute leur pertinence, après l'examen de l'argumentation de la partie adverse.

L'erreur manifeste d'appréciation est établie, dès lors qu'il ressort du dossier que :

- la partie adverse a demandé de prévoir « entre 120 et 130 places » de parking ;
- les parties requérantes ont prévu 120 places de parking, soit le minimum demandé ;
- le rapport d'analyse des offres leur reproche de prévoir « trop de places de parking ».

L'incidence probable de cette erreur sur le classement des offres n'est pas contestable.

Le cahier spécial des charges annonçait l'analyse de chaque offre selon plusieurs critères, dont la qualité (30 points/100) et le cout estimé du projet présenté (20 points/100).

En ce qui concerne la qualité, il est précisé que chaque offre serait examinée « suivant sa valeur esthétique, son intégration dans le paysage et sa cohérence avec le but final du projet ». Une série d'éléments d'appréciation (présentés comme non exhaustifs) étaient également annoncés.

Dans le rapport d'analyse des offres, l'appréciation relative à la qualité des offres de l'adjudicataire et des parties requérantes se présente comme suit :

«

Critère d'attribution n° 3 : Qualité [...]		
AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL	<p>Le soumissionnaire propose la présence d'un parking vélo et PMR. La gestion des accès PMR a déjà fait l'objet d'une étude par un organisme spécialisé indépendant.</p> <p>La proposition est facile d'entretien et demande peu de moyens.</p> <p>La proposition comprend une vision à long terme et envisage des collaborations avec des associations pour un développement écologique.</p> <p>Par contre, il y a trop eu de places de parking et pas de lien avec le sentier Nana.</p>	25
GERARD-LEMAIRE & ASSOCIES SCSRL	<p>La proposition comprend des parkings PMR. Il prévoit une bonne gestion de l'espace et le dénivelé du terrain sera mis à profit pour la mise en place de gradins qui ajoutent à la convivialité. Une chemin prévoit l'accès au sentier Nana.</p> <p>A contrario, il y a trop de bancs (risques de présences intempestives), trop de places de parking et aucun parking vélos.</p>	23,5

».

L'offre des parties requérantes recueille une très bonne appréciation sur sa conception générale. Elle ne présente, selon la partie adverse, que trois inconvénients : « trop de places de parking », « trop de bancs » et « aucun parking vélos ».

Les parties requérantes n'ont recueilli que 23,5 points/30 pour ce critère, de sorte qu'il apparaît plus que vraisemblable qu'elles ont indument perdu au moins 1,5 point sur la question du nombre de places de parking. Il en est d'autant plus ainsi qu'au stade de l'esquisse, le nombre de bancs ne paraît pas aussi déterminant que les autres aspects mis en exergue par la partie adverse.

En ce qui concerne le coût estimé du projet, le rapport d'analyse des offres se présente comme suit :

«

Critère d'attribution n° 4 : Cout estimé du projet présenté		
[...]		
AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD SC SPRL	Le coût du projet proposé est l'offre la moins chère des 3 offres reçues. Il demandera également peu de frais d'entretien.	18
GERARD-LEMAIRE & ASSOCIES SCSPRL	Le projet est le plus coûteux des offres reçues mais il est très complet et approfondi avec une étude très détaillée. Au vu de tout ce qui est implanté, le PA s'inquiète quant aux coûts d'entretien.	15

».

L'offre des parties requérantes s'avère être le projet le plus coûteux. Il se déduit du rapport d'analyse qu'il est non seulement le plus coûteux en termes d'aménagement initial, mais aussi en termes d'entretien.

En ce qui concerne le coût de l'aménagement, il semble difficilement contestable que le fait de prévoir 120 places de parking (dans l'offre des parties requérantes) au lieu de 70 (dans l'offre de l'adjudicataire, selon la partie adverse) représente un élément important du coût des aménagements. Les parties requérantes ont donc nécessairement encore perdu une partie des points du critère « coût » en raison du nombre important de places de parking qu'elles avaient prévu, à la demande de la partie adverse.

Le moyen est fondé.

VII. Quant à la demande d'indemnité réparatrice

VII.1. Requête

La demande d'indemnité réparatrice fait l'objet d'un exposé succinct en termes de requête. Cet exposé se lit comme il suit :

« 1. Les requérants ont été classés seconds par chacun des deux actes attaqués en sorte qu'il est certain à 100 % que, sans l'illégalité commise par la partie adverse dans chacun des deux actes attaqués, les requérants auraient été classés premiers et donc se seraient vus attribuer les deux lots du marché litigieux. Ces illégalités ont ainsi causé un dommage aux requérants qui n'ont pas pu réaliser le bénéfice escompté en cas d'attribution des deux lots de ce marché. Ils requièrent dès lors la condamnation de la partie adverse au paiement d'une indemnité réparatrice de ce dommage.

2.a. En ce qui concerne la première requérante, Monsieur [P-Y. B.], expert-comptable, après analyse des comptes des années précédents (Pièce 18), estime que le préjudice subi est de 46.000 € (Pièce 17).

La première requérante souligne que les comptes de 2017 sont provisoires dès lors qu'ils n'ont pas encore été finalisés à la date du présent recours.

2.b. En ce qui concerne le second requérant, Monsieur [B.], après analyse des comptes des années précédentes (Pièces 20 A à 20 B), estime que le préjudice subi est de 21.400 € (Pièce 19).

Le second requérant souligne qu'au jour du présent recours, il ne s'est pas encore vu adressé l'avertissement extrait de rôle relatif à ses revenus 2016.

3. Sur base de ce qui précède, il y a donc lieu de condamner la partie adverse à verser aux requérants la somme de 67.000 € à titre d'indemnité réparatrice ».

VII.2. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle longuement les dispositions et les principes applicables en matière d'indemnité réparatrice.

Elle cite des auteurs selon lesquels « il est généralement admis que le soumissionnaire irrégulièrement évincé doit démontrer l'étendue exacte de son dommage [...] », qui « [...] correspond, à tout le moins, à la perte de chance de se voir attribuer le marché ». Elle estime que « la jurisprudence des cours et tribunaux en matière de perte d'une chance devrait être appliquée au contentieux de l'indemnité réparatrice, moyennant le remplacement du concept de faute par celui d'illégalité et en modulant l'indemnité réparatrice en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

À propos du lien de causalité, la partie adverse invite à faire la distinction entre les violations sans lesquelles le demandeur aurait nécessairement pu obtenir le marché et les violations qui ne permettent pas d'établir que le marché aurait nécessairement dû être attribué au demandeur. Selon la partie adverse, il incombe aux requérants de démontrer « qu'il existe un lien de condition *sine qua non* entre l'illégalité et la perte de chance » et « le caractère réel et certain du préjudice qui découle de leur perte de chance ».

La partie adverse s'attache ensuite à appliquer ces principes au cas d'espèce.

Selon elle, « les requérants ne démontrent pas concrètement le lien de condition *sine qua non* entre les illégalités invoquées et leur perte de chance alléguée ».

Elle estime que le lien causal entre le premier moyen dirigé contre le premier acte attaqué et la perte de chance n'est pas établi. Elle observe que les parties requérantes n'identifient pas le désavantage concurrentiel qu'elles auraient subi. En tout état de cause, selon elle, la violation du principe d'égalité a pour effet de rendre les offres incomparables, si bien que la partie adverse aurait été obligée de recommencer toute la procédure. La partie adverse conclut : « tout-au-plus, auraient-ils récupéré une chance – combien ? – de remporter ledit lot au terme d'une nouvelle procédure d'attribution ». Dans la mesure où il y avait trois soumissionnaires, elle évalue cette chance à 33%.

La partie adverse considère, de même, que le lien causal entre le second moyen dirigé contre le premier acte attaqué et la perte de chance n'est pas établi. Elle rappelle que le moyen concerne essentiellement la motivation formelle. Il s'agit selon elle d'irrégularités de pure forme qu'elle aurait pu corriger sans pour autant attribuer le lot 1 aux requérants.

Elle affirme aussi que le lien causal entre le moyen unique dirigé contre le second acte attaqué et la perte de chance n'est pas établi. Selon elle, « il n'est pas démontré que les requérants auraient forcément remporté le lot n° 2 du marché si la partie adverse n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation », d'autant que « le rapport d'attribution retient comme autres points négatifs, le coût global et le coût d'entretien ». Par ailleurs, elle souligne que la violation du principe d'égalité dont ont bénéficié cette fois les requérants, a pour effet de rendre les offres incomparables, de sorte que la partie adverse aurait été obligée de recommencer toute la procédure. La partie adverse conclut que les requérants ont, tout au plus, perdu une chance d'emporter le marché, qu'elle évalue à 33%.

La partie adverse estime par ailleurs que le préjudice n'est pas valablement établi, les requérants se limitant à produire des estimations de leur expert-comptable pour fonder la réalité de leur préjudice, soit leur bénéfice escompté. Elle estime, pour sa part, que le préjudice devrait être évalué par analogie à l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, soit une indemnité forfaitaire fixée à dix pourcent du montant, hors TVA, de leur offre. Elle conclut que l'indemnité qui serait octroyée aux requérants ne devrait pas dépasser 10.162,23 euros pour les deux lots, ce montant devant encore être adapté au pourcentage de la perte de chance des requérants d'obtenir le marché, qui ne pourrait dépasser 33 %.

VII.3. Mémoire en réplique

En réplique, les parties requérantes rappellent que les actes attaqués ont été notifiés à l'adjudicataire, que les contrats ont irrémédiablement débuté et qu'il s'ensuit qu'une réfection des actes attaqués ne leur permettra pas d'exécuter le marché. Elles soulignent en outre que la partie adverse ne pourrait plus renoncer au marché. Elles en déduisent que leur préjudice ne pourra pas être réparé par l'annulation et en nature.

Elles rappellent par ailleurs que les moyens invoqués visent principalement une violation des principes d'égalité des soumissionnaires et de transparence ainsi que l'erreur manifeste d'appréciation qui découle de cette situation d'inégalité et de non transparence. Elles estiment qu'en cas d'annulation, les moyens soulevés appelleraient des décisions au contenu différent de celui des actes attaqués, qui les classeraient en premier rang.

En ce qui concerne plus particulièrement le premier acte attaqué, les parties requérantes déduisent du mémoire en réponse que la préférence accordée à l'offre de l'adjudicataire repose principalement sur l'erreur manifeste d'appréciation qui a consisté à considérer que ce dernier avait présenté un projet abouti, alors même que le cahier spécial des charges n'exigeait qu'une esquisse. Selon elles, la partie adverse aurait dû respecter le prescrit du cahier spécial des charges et comparer de manière égalitaire les offres des soumissionnaires, « en ayant égard au fait que seule une esquisse était demandée, rejetant ainsi les plus-values (générales ou particulières comme le rapport du service incendie) apportées par les offres présentant un degré de maturité plus important que ce qui est attendu d'une simple esquisse ».

De même, elles allèguent que la partie adverse aurait dû ne pas tenir compte des éléments d'appréciation qui étaient la conséquence immédiate de l'échange d'informations avec certains soumissionnaires. Elles pensent particulièrement à l'implantation du bâtiment plus proche de la voirie dans l'offre de l'adjudicataire.

Elles estiment encore que « si la partie adverse avait examiné les offres en toute égalité et en toute transparence, notamment en tenant compte des critères d'appréciation qu'elle s'était elle-même fixés dans le cahier spécial des charges, elle aurait nécessairement été amenée à porter une appréciation négative sur la consommation d'énergie et les coûts d'entretien de l'offre de l'adjudicataire par la simple présence d'un ascenseur ».

Il est établi, selon elles, que « sans les illégalités qu'elle a commises, la partie adverse n'aurait pas attribué la cote de 80,5/100 à l'adjudicataire mais bien une cote plus basse, là où, dans le même temps, elle n'aurait pas attribué la cote de 78,5/100 ou 79/100 aux requérants mais bien une cote plus élevée » et que « compte tenu de l'écart de points entre les soumissionnaires [...] la partie adverse aurait nécessairement attribué le marché litigieux aux requérants ».

En ce qui concerne plus particulièrement le second acte attaqué, les parties requérantes estiment que la partie adverse aurait dû ne pas tenir compte des éléments qui étaient la conséquence immédiate de l'échange d'informations relatif au nombre de places de parking. Elle aurait dû « constater la différence importante de nombre de places de parking entre les différentes soumissions et, sur base d'une méthode comparative acceptable, comme une règle de trois, pondérer les offres des uns et des autres pour permettre leur comparabilité et déterminer quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Selon elles, compte tenu du faible écart de cote existant entre les deux offres (77/100 pour l'adjudicataire et 75,5/100 pour les requérants), il est établi que la partie adverse aurait nécessairement attribué le marché litigieux aux requérants.

Les parties requérantes concluent qu'elles « ne se sont pas vu attribuer un marché (divisé en deux lots) qui aurait dû, sans doute possible, leur être attribué » et qu'elles « ont donc droit à la réparation intégrale de leur préjudice ».

Elles contestent enfin l'application par analogie de l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013. Elles estiment que « si le législateur avait entendu appliquer la règle des 10 % à tous les marchés, il n'aurait pas limité le champ d'application de celle-ci aux marchés pour lesquels seul le prix permet de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ». Elles font valoir que la partie adverse ne critique pas la manière dont leur expert-comptable a procédé à l'évaluation de leur préjudice, laquelle évaluation repose sur des données objectives que sont les comptes des requérants.

VII.4. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient d'abord que les requérants n'établissent pas à suffisance « le lien de condition *sine que non* entre les illégalités invoquées et la perte de chance alléguée ».

S'agissant de l'évaluation du préjudice subi, la partie adverse dit se rallier à la suggestion de l'auditeur qui propose de s'inspirer de l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 pour évaluer le montant du bénéfice escompté des requérants. Elle rappelle qu'à la suite de l'application de cette méthode d'évaluation, ce bénéfice ne pourrait en toute hypothèse pas dépasser 10.162,23 euros

Elle rappelle par ailleurs, en se référant au mémoire en réponse, qu'elle sollicite que le pourcentage de la perte de chance des requérants d'obtenir le lot n° 1 ou le lot n° 2 soit réduit, à tout le moins, à 33%.

Elle ajoute que, dans l'hypothèse où le Conseil d'État ne se référerait pas au pourcentage de 10%, elle solliciterait qu'il soit tenu compte des intérêts publics en présence, un tel montant s'avérant manifestement disproportionné compte tenu de l'objet et de la nature du marché public litigieux.

VII.5. Dernier mémoire des parties requérantes

Dans leur dernier mémoire, les parties requérantes contestent l'application par analogie de la règle des 10%, inscrite à l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013.

Après avoir rappelé que cette règle était déjà inscrite à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, puis à l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et qu'elle a toujours visé le seul cas de l'adjudication, soit, aujourd'hui, le cas où l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, les parties requérantes soulignent que le législateur n'a jamais étendu l'application de cette règle à l'ensemble des modes de passation. Selon elles, ce serait donc manifestement aller à l'encontre de la volonté du législateur que de décider de fixer une indemnité sur la base de la règle des 10 % dans une espèce comme celle-ci où l'offre économiquement la plus avantageuse n'était pas déterminée sur la seule base du prix, mais sur la base de plusieurs critères d'attribution. Les requérants maintiennent qu'ils sont en droit de postuler une indemnité qui ne soit pas limitée à ces 10 %.

Ils ajoutent par ailleurs qu'ils ne sont effectivement pas en mesure de calculer le bénéfice qu'ils auraient réalisé sur ce marché puisque, par hypothèse, ils n'ont pas pu exécuter celui-ci, de sorte qu'ils ne peuvent que procéder à un calcul

théorique sur base de leur chiffre d'affaires, ces chiffres n'étant pas contestés.

Les requérants soulignent à nouveau que les actes attaqués ont été notifiés à l'adjudicataire, de sorte que les contrats ont irrémédiablement débuté et qu'une réfection des actes attaqués ne permettra pas de revenir sur l'existence de ces contrats et ne leur permettra donc pas d'exécuter le marché. Ils relèvent par ailleurs que la partie adverse ne pourrait pas non plus renoncer au marché dès lors qu'elle a effectivement entendu voir aboutir celui-ci.

Ils rappellent que les moyens invoqués à l'appui de leur recours visent principalement une violation des principes d'égalité des soumissionnaires et de transparence, tels qu'inscrits dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi qu'une erreur manifeste d'appréciation découlant de cette situation d'inégalité et de non transparence. Ils en déduisent qu'en cas d'annulation, la partie adverse ne pourrait adopter des décisions ayant le même contenu que les actes attaqués, les moyens invoqués appelant au contraire des décisions qui les classeraient en premier rang. Ils en déduisent que, sans les illégalités commises, la partie adverse leur aurait nécessairement attribué le marché sauf à violer les règles d'égalité et de transparence constituant précisément le fondement du recours. Selon eux, il y a dès lors lieu de conclure, à titre principal, que l'indemnité devant leur être allouée est de 67.400 euros pour les deux marchés litigieux.

À titre subsidiaire, les requérants soulignent encore que, pour le lot 1, les deux offres présentaient un écart de 1,5 à 2 points sur 100 tandis que plusieurs illégalités ont été commises :

- violation du principe d'égalité et de transparence des soumissionnaires en ne communiquant pas l'information suivant laquelle il était préférable d'envisager que le bâtiment serait alimenté par le haut ;
- violation du principe d'égalité et de transparence des soumissionnaires en ne communiquant pas l'information suivant laquelle la scène pouvait se contenter d'être démontable/remontable ;
- erreur manifeste d'appréciation quant à la présence d'un rapport incendie dans l'offre de l'adjudicataire ;
- défaut de motivation quant à la disposition inadéquate des locaux dans l'offre des requérants ;
- défaut de motivation quant à l'inadéquation de l'accès du bâtiment par les fournisseurs.

Selon eux, eu égard au nombre d'illégalités commises et au très faible

écart de points existant entre les deux offres, la perte de chance qu'ils ont subie doit en tout état de cause être considérée comme quasi totale, de sorte qu'elle doit être fixée à 90 %.

Il en va de même, selon eux, en ce qui concerne le lot 2 pour lequel il existait un écart de 1,5 points entre les deux offres, tandis que les illégalités commises se présentent comme suit :

- erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre des requérants présente trop de places de parking ;
- erreur manifeste d'appréciation en considérant que le coût (de réalisation et d'entretien) proposé par les requérants était trop important (cette deuxième erreur découlant nécessairement de la première).

Les requérants en donc concluent, à titre subsidiaire, que l'indemnité devant leur être allouée est de 67.400 euros x 90 %, soit 60.660 euros pour les deux lots litigieux.

VII.6. Appréciation du Conseil d'État

A. Principes

L'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme il suit :

« Art. 11*bis*. Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence.

La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité.

En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours.

La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice ».

Il résulte de cette disposition que le Conseil d'État est compétent pour

accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité sanctionnée est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé du fait de l'annulation. La partie requérante doit ainsi faire la démonstration d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 6), cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse et l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* ne trouvant en outre à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer.

Selon la *ratio legis*, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil que de l'indemnité "en équité" de l'article 11 des lois coordonnées précitées, et dont "il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence" (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, "notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse" (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

B. Quant au lien de causalité entre l'illégalité et le dommage

Il résulte de l'examen des moyens que l'illégalité des deux actes attaqués est établie.

Il convient d'examiner si le lien entre l'illégalité de ces décisions et le dommage invoqué – à savoir la perte d'une chance d'obtenir le marché pour chacun des deux lots concernés – est établi.

Les parties requérantes ont déposé une offre pour chacun des lots. Elles ont été sélectionnées et leurs offres ont été déclarées régulières pour les deux lots. Elles sont classées deuxièmes pour chacun des lots, avec un écart de 1,5 ou 2 points / 100 pour le lot 1 et un écart de 1,5 point / 100 pour le lot 2. La réfection des deux actes

attaqués s'avère impossible, la partie adverse ayant conclu le contrat avec l'adjudicataire le 9 novembre 2017 et le contrat ayant reçu un début d'exécution dès le 15 novembre 2017.

S'agissant du lot 1, les requérantes démontrent, au terme de leur premier moyen, que les adjudicataires avaient reçu des informations utiles pour la préparation de leur offre, qui ont pu avoir un effet sur l'appréciation favorable portée sur cette offre. Elles établissent, dans le second moyen, qu'outre une motivation formelle largement insuffisante, l'acte attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation, en ce qui concerne la prise en compte d'un rapport de sécurité incendie au titre de la qualité de l'esquisse.

La très grande proximité de points attribués aux deux offres a pour conséquence que toute information relative aux besoins et aux préférences du pouvoir adjudicateur a pu avantager l'adjudicataire de manière déterminante. De la même manière, toute erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur a pu avantager l'adjudicataire ou désavantager les parties requérantes de manière déterminante. Dès lors, le lien causal entre les illégalités dénoncées et la perte d'une chance d'emporter le lot 1 est établi.

S'agissant du lot 2, les parties requérantes démontrent qu'elles ont été doublement pénalisées (pour le critère « qualité » et pour le critère « coût ») pour avoir prévu le nombre de places de parking minimal demandé par la partie adverse.

Ici également, la très grande proximité de points attribués aux deux offres a pour conséquence que toute erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur a pu avantager l'adjudicataire ou désavantager les parties requérantes de manière déterminante. Le lien causal entre l'illégalité dénoncée dans le moyen unique et la perte d'une chance d'emporter le lot 2 est établi.

C. Quant à l'évaluation du préjudice

L'évaluation du préjudice subi par les parties requérantes nécessite, d'une part, de quantifier la chance qu'elles avaient d'obtenir le marché et, d'autre part, d'évaluer le bénéfice escompté de celui-ci.

En ce qui concerne le lot 2, les parties requérantes démontrent qu'elles ont été doublement pénalisées – à la fois pour le critère « qualité » et pour le critère « coût » – pour avoir prévu le nombre de places de parking demandé par la partie

adverse. Eu égard à la très grande proximité des points attribués aux offres des requérants et des adjudicataires, si les illégalités établies à l'occasion de l'examen du recours n'avaient pas été commises, la chance qu'auraient eue les requérantes d'emporter le lot n° 2, dépasse certainement de manière substantielle les 33 % alléguées par la partie adverse qui ne prend en considération que le nombre de soumissionnaires. Tenant compte de ce que leur offre a été doublement pénalisée, la perte de chance peut, dans les circonstances de l'espèce, être évaluée à 90 %, ainsi que le propose Madame le Premier auditeur.

Contrairement à ce que suggèrent les parties requérantes, il ne peut être considéré qu'il en irait de même en ce qui concerne le lot 1, le nombre d'illégalités invoquées et établies n'apparaissant pas décisif à cet égard. Les requérantes démontrent, au terme de leur premier moyen, que les adjudicataires avaient reçu des informations utiles pour la préparation de leur offre, qui ont pu avoir un effet sur l'appréciation favorable portée sur celle-ci. Il résulte par ailleurs de l'examen du second moyen qu'en prenant en compte, au titre de la qualité de l'esquisse, le rapport sécurité incendie, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Si les points attribués aux offres des requérants et de l'adjudicataire étaient ici également très proches et s'il est vraisemblable que les illégalités dénoncées et établies ont pu inverser le classement des offres également pour le lot 1, cette vraisemblance est toutefois moins forte que celle qui a pu être déterminée en ce qui concerne le lot 2. Il s'ensuit que la perte de chance peut, s'agissant du lot 1, être évaluée, comme le propose Mme le premier auditeur, à 60 %, soit un peu plus d'une chance sur deux, le troisième soumissionnaire étant nettement moins bien classé que les deux premiers.

S'agissant de l'évaluation du bénéfice escompté, il peut être fait référence au pourcentage de 10 % du montant de l'offre, retenu par l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de concessions, pour déterminer le dédommagement forfaitaire dû au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse à l'occasion d'un marché passé en procédure ouverte ou restreinte devant être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la seule base du prix. Certes, le marché litigieux ne se trouve pas dans le champ d'application de la disposition précitée. Toutefois, en fixant à 10 % du montant de l'offre l'indemnité forfaitaire due au soumissionnaire irrégulièrement évincé pour les marchés visés par celle-ci, le législateur a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* du bénéfice pouvant être attendu d'un marché public. C'est d'ailleurs le même pourcentage qui avait été retenu par l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et

de services et par l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. La circonstance que le marché est attribué sur la base de critères multiples et non sur la seule base du prix s'avère sans incidence sur le pourcentage de bénéfice pouvant en être attendu. Le pourcentage de 10 % du montant de l'offre, dont se prévaut, d'ailleurs la partie adverse, peut donc être retenu. L'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État permet le recours à une telle méthode, ce qui évite de longues et coûteuses expertises qui seraient nécessaires à l'établissement du dommage exactement subi. En effet, ainsi qu'il a été souligné ci-avant, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome se distinguant en particulier de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil.

Dès lors que l'indemnité réparatrice due par la partie adverse est déterminée sur la base d'un bénéfice escompté fixé à 10 % du montant de l'offre, la partie adverse ne demande pas qu'il soit tenu compte des intérêts publics et privés en présence. Au demeurant, ceux-ci ne s'opposent pas à la réparation intégrale du dommage ainsi évalué.

D. Fixation du montant de l'indemnité réparatrice

Compte tenu, d'une part, des montants respectifs, hors TVA, des honoraires proposés par les parties requérantes pour chaque lot, tels que pris en considération dans le rapport de Madame le Premier auditeur sans que des contestations soient élevées à ce propos dans les derniers mémoires, et, d'autre part, de l'application du pourcentage de bénéfice fixé à 10% et des taux représentant, pour chaque lot, l'évaluation de la perte de chance, le préjudice pour les deux lots s'élève à un total de 6.943,64 euros.

VIII. Indemnité de procédure

Les parties requérantes sollicitent une indemnité de procédure de 840 euros. Il y a lieu de faire droit à leur demande.

IX. Confidentialité

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat, il n'y a plus lieu de se prononcer sur la demande de maintien de confidentialité, celle-ci étant devenue sans objet.

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

Article 1^{er}.

Les délibérations du collège communal d'Yvoir du 7 novembre 2017 attribuant le marché « Etude pour la création d'une maison rurale à Mont – Lot 1 (conception et réalisation de la salle polyvalente) » et le marché « Etude pour la création d'une maison rurale à Mont – Lot 2 (conception et réalisation des abords) » à la société AA-AR-ATELIER D'ARCHITECTURE ALAIN RICHARD sont annulées.

Article 2.

Une indemnité réparatrice de 6.943,64 euros est accordée à la société privée à responsabilité limitée GERARD-LEMAIRE & Associés et Etienne CELLIER, à charge de la commune d'Yvoir.

Article 3.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 1.600 euros et l'indemnité de procédure de 840 euros accordée aux parties requérantes à concurrence de la moitié chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 29 janvier 2021 par :

Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Nathalie VAN LAER,
Vincent DURIEUX

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY