CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 259.089 du 11 mars 2024

A. 241.206/VI-22.754

En cause : **la société anonyme SBMI**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat,
chaussée de Charleroi 112
1060 Bruxelles,

contre :

l'Université de Mons-Hainaut,
ayant élu domicile chez
M^es^ Renaud Simar et Margaux
De Greef, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 février 2024, la société anonyme SBMI demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 19 janvier 2024, par laquelle celle-ci a décidé d'attribuer le marché "Travaux de désamiantage Chaville VI" à la société RE.DE.CO. SRL ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 février 2024.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Louis Leboutte et Margaux De Greef, *loco* M^e^ Renaud Simar, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section 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. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. La partie adverse, l'Université de Mons, (ci-après "L'UMons") a lancé un marché public de travaux ayant pour objet des "Travaux de désamiantage au bâtiment Chaville 6" (pièce 1).

Le cahier spécial des charges technique précise plus avant l'objet du marché (pièce 2) :

" L'ensemble des fournitures et prestations nécessaires à l'enlèvement, la décontamination, le stockage temporaire, l'évacuation, le transport et le traitement de TOUTES les applications d'amiante décrites dans le présent cahier spécial des charges ainsi que les éventuelles applications mises à jour suite aux travaux réalisés et non reprises, pour autant que cela n'entraine pas de modifications conséquentes. Si nécessaire, cela sera déterminé avec le fonctionnaire dirigeant lors de la réalisation des travaux".

2. Le cahier spécial des charges prévoit les critères de sélection suivants (pièce 1) :

" Capacité économique et financière du soumissionnaire (critères de sélection)

Le DUME, par lequel l'opérateur économique déclare qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

Afin de satisfaire au critère de capacité économique et financière, le soumissionnaire devra avoir un chiffre d'affaires global, portant sur le dernier exercice, de 600.000 €

Niveaux minima : A la demande de l'Adjudicateur, à tout moment de la procédure, et au plus tard, avant la désignation de l'adjudicataire, le soumissionnaire devra pouvoir prouver que son chiffre d'affaires global, portant sur le dernier exercice, est de 600.000 €. La preuve est apportée par une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise, faisant l'objet du marché, portant sur le dernier exercice disponible, en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur

économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

- Agrément du service Publics de Wallonie pour en tant que collecteur de déchets dangereux."

3. Le cahier spécial des charges prévoit ensuite deux critères d'attribution :

- Le prix (70 points) ;
- Méthodologie de pose, garantie et qualité technique de la peinture d'encapsulation (30 points) ;

4. Concernant le deuxième critère d'attribution, le cahier spécial des charges précise que :

" Une offre conforme au cahier des charges, sans aucune qualité supplémentaire, recevra 0 point.

Une offre considérée comme parfaite, recevra 30 points.

Entre ces bornes, la qualité de cette technique sera jugée grâce aux différences qualitatives suivantes :

différence	valeur
maximale	] 10 ; +∞[
extrême	] 6 ; 10]
très fort	] 5 ; 6]
fort	] 4 ; 5]
assez fort	] 3 ; 4]
moyen	] 2 ; 3]
assez faible	] 1 ; 2]
faible	] 0,5 ; 1]
très faible	]0,25 ; 0,5]
extrêmement faible	]0 ; 0,25]
nulle	0

Processus d'analyse du critère n° 2 :

L'adjudicateur va déterminer, au vu des avantages et inconvénients des différentes offres, une différence d'attractivité donnée ci-dessus, qu'il va justifier, entre :

Le niveau des exigences minimales qui, par défaut, obtient 0 et l'offre considérée comme la moins avantageuse ;

Les offres, de la moins avantageuse jusqu'à la plus avantageuse, selon leur classement successif et de manière récursive ;

L'offre considérée comme la plus avantageuse et le niveau parfait qui, par défaut, obtient le maximum des points.

Sur base des différences choisies et expliquées, un score sera obtenu pour chaque offre, en reprenant et additionnant une valeur correspondante dans l'intervalle (par défaut la valeur la plus élevée) à ces différences.

Le score obtenu mesure précisément donc l'attractivité entre le niveau d'exigence minimale déterminé et le niveau parfait sur le critère, il n'a donc pas à être compris comme une cote au niveau scolaire."

différence	valeur
maximale	] 10 ; +∞[
extrême	] 6 ; 10]
très fort	] 5 ; 6]
fort	] 4 ; 5]
assez fort	] 3 ; 4]
moyen	] 2 ; 3]
assez faible	] 1 ; 2]
faible	] 0,5 ; 1]
très faible	]0,25 ; 0,5]
extrêmement faible	]0 ; 0,25]
nulle	0

5. En sa séance du 3 novembre 2023 la U Mons décide (pièce 3):

“ Article 1er D’approuver le cahier spécial des charges N° 2023.1254 et le montant estimé du marché “Travaux de désamiantage Chaville VI” au montant estimé s’élève de € 300.000,00 hors TVA ou € 318.000,00, 6% TVA comprise (€ 18.000,00 TVA cocontractant).

Article 2 De passer le marché par la procédure ouverte.

Article 3 De compléter, d’approuver et d’envoyer l’avis de marché au niveau national”.

6. Six soumissionnaires ont remis une offre dans le cadre du marché susmentionné :

- Valens S.A. (ci-après “Valens”)
- Caro Maintenance S.A. (ci-après “Caro Maintenance”)
- S.B.M.I.
- RE.DE.CO S.P.R.L. (ci-après : “RE.DE.CO”)
- Laurenty Bâtiments Gebouwen S.A. (ci-après : “Laurenty”)
- VSS N.V.

7. Suite à l’analyse des offres au regard du critère de sélection relatif à la capacité technique des soumissionnaires, la U Monsa constaté dans le rapport d’analyse des offres que (pièce 4) :

“ L’adjudicateur demandait l’Agrément du service Publics de Wallonie pour en tant que collecteur de déchets dangereux.

Les candidats ont remis à la fois l’agrément quant au transport des déchets dangereux ainsi que l’arrêté ministériel agréant que le candidat possède l’autorisation d’effectuer des travaux de démolition et de retrait d’amiante.

III.4 Conclusion

Les soumissionnaires sont sélectionnés dans le cadre de la sélection qualitative.”

8. L’ensemble des soumissionnaires ont dès lors été sélectionnés.

9. Quant à la régularité des offres, l’Umons constate, dans le rapport d’analyse des offres, que :

“ Il est vérifié que l’offre respecte bien l’Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics :

Il est vérifié que l’offre respecte bien l’ensemble des clauses reprises dans l’arrêté royal du 14 janvier 2013, établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et leurs modifications ultérieures ainsi que les clauses reprises aux dispositions contractuelles du cahier des charges régissant le présent marché.

Ainsi l’offre ne peut :

- Déroger à l’arrêté du 14 janvier 2013 sans que le cahier des charges ne l’ait lui-même prévu ;
- Être en infraction sur le non-respect du droit environnemental, social ou du travail ;
- Modifier la fixation des prix du marché ;
- Diminuer les délais de vérification et de paiement, ni exiger d’avance ;
- Déroger à l’article 13 de l’AR du 14 janvier 2013 en sous-traitant à une entreprise en situation d’exclusion ;
- En cas de sous-traitance, accepter qu’un sous-traitant sous-traite à un autre sous-traitant, la totalité du marché qui lui a été confié ;
- Modifier les possibilités de l’adjudicateur, de résilier le marché ;
- Déroger aux mesures que peut imposer le pouvoir adjudicateur en cas de manquement de l’adjudicataire et mesures d’offices y associées ;
- Faire des réserves ou changer les clauses de réexamen prévues au cahier des charges ;
- Émettre des réserves quant à la responsabilité de l’adjudicataire sur les travaux avant leur vérification ;
- Déroger aux conditions minimales de livraison indiquées dans le cahier spécial des charges et proposer un délai de 45 jours calendrier ;
- Déroger au délai de garantie d’un an entre la réception provisoire et la réception définitive.

L’offre devait :

- Être remise pour le 13/12/2023 à 11H00, au plus tard ;

Le formulaire d’offre devra être accompagné des documents suivants :

- La délégation signée en PDF en cas de nécessité ;
- Le métré récapitulatif - le montant total est arrondi au centime d’euros (fichier xls format 3P) ;
- Les documents exigés dans le Plan de Sécurité et de Santé, en fichier PDF, distinct des autres documents ;
- L’attestation de visite obligatoire ;
- Une note éventuelle signalant les erreurs et les omissions relevées par le soumissionnaire, avec justification ; ainsi que les remarques du soumissionnaire conformément à l’article 86 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 ;

Le rapport de dépôt sur e-procurement devait être signé par la personne capable d’engager la société, par un mandat spécifique ou par un mandat général accordant au(x) mandataire(s) seul(s) ou à plusieurs à engager le soumissionnaire dans le présent marché

Les offres ont été analysées sur l’ensemble des points ci-dessus dont le plan de sécurité santé et il s’avère que l’offre de chaque soumissionnaire est régulière sur ces différents points à l’exception de l’offre de LAURENTY. Cette omission est considérée comme une irrégularité non substantielle”.

10. Concernant l'examen de la régularité des prix, l'Umons précise dans le rapport d'analyse des offres que :

" Conformément à l'article 36 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, un examen des coûts totaux a été réalisé pour vérifier si un ou plusieurs soumissionnaires avait déposé une offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires.

Offre	Total classement
VSS NV	€ 297.962,00
SBMI	€ 204.735,00
VALENS SA	€ 163.374,00
CARO MAINTENANCE SA	**€ 105.737,05**
LAURENTY BATIMENTS GEBOUWEN SA	**€ 102.415,00**
RE.DE.CO. SPRL	**€ 97.670,00**
moyenne	€ 144.065,26
seuil à 85%	€ 122.455,47

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Les entreprises RE.DE.CO SPRL, LAURENTY et CARO MAINTENANCE à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai d'au moins 12 jours sur les postes non négligeables sur base des paragraphes 2 et 3 de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017."

11. En ce qui concerne les postes négligeables, le cahier spécial des charges précise que (pièce 1- p.13):

" Le pourcentage du montant total de l'offre pour déterminer un poste considéré comme négligeable sera déterminé à l'ouverture des offres".

Le rapport d'analyse des offres précise ensuite que (pièce 4, p.7) :

" Pour déterminer les postes non négligeables, l'adjudicateur a calculé la moyenne des prix par postes et la moyenne des prix totaux des soumissionnaires. Il a estimé que les postes non négligeables étaient de 7,55% du prix moyen des postes par rapport au prix total moyen des offres et dont la moyenne s'écarte de plus de 20% du prix unitaire moyen par poste."

12. Des demandes de justifications des prix, qui semblaient anormalement bas, ont été adressées aux soumissionnaires RE.DE.CO, Laurenty et Caro maintenance (pièces 5.a, b et c).

13. Les soumissionnaires concernées ont chacun, adressé des justifications à l'Umons, sur base desquelles cette dernière a considéré le caractère normal des prix (pièces 6a, b et c – confidentielles).

14. Le rapport d'analyse des offres reprend dès lors, pour ce qui concerne les soumissionnaires RE.DE.CO et Laurenty, la conclusion suivante :

" Considérant que le nombre d'heure estimé pour chaque poste ne semble pas sous-estimé, que les prix de main d'œuvre sont considérés comme normaux, que les frais de consommables, d'équipements de chantier, d'évacuation de déchets et de prestations du laboratoire ainsi que la marge prise sur chaque

poste est acceptable pour réaliser les travaux, les prix unitaires sont considérés comme normaux".

En, ce qui concerne le soumissionnaire Caro Maintenance, le rapport d'analyse des offres reprend la conclusion suivante :

" Considérant que le nombre d'heure estimé pour chaque poste ne semble pas sous-estimé, que les prix de main d'œuvre sont considérés comme normaux, que la marge générale prise sur les postes est acceptable pour réaliser les travaux, que le prix du matériel est considéré comme acceptable, les prix unitaires sont considérés comme normaux."

15. Les offres des différents soumissionnaires se sont vues attribuées les notes suivantes et ont été classées comme suit :

soumissionnaire	score prix /70	score quali /30	Total /100
REDECO	70	21,18	**91,18**
LAURENTY	67,1	21,76	**88,86**
CARO MAINTENANCE	65	11,76	**76,76**
VALENS	29,6	20	**49,6**
SBMI	4,2	18,82	**23,02**
VSS	0	22,94	**22,94**

16. Le 19 janvier 2024 l'Umons attribue le marché public "travaux de désamiantage Chaville VI" à la société à responsabilité limitée RE.DE.CO. (pièce 7).

Il s'agit de l'acte attaqué.

S'agissant d'un marché public sous les seuils européens, et en l'absence de délai de *standstill* volontaire, le marché est directement conclu avec l'adjudicataire, RE.DE.CO.

17. Le 29 janvier 2024, un avis de non-attribution du marché a été transmis par courrier recommandé et par e-mail à la partie requérante (pièce 8) ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment, ses articles 4, 66 et 71 ; la violation 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 certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions et, notamment, ses articles 4 et 5 ; la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3 ; la violation de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, son article 68 ; la violation du cahier spécial des charges et,

notamment, son article I.2. ; la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de la motivation interne des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du devoir de minutie; l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle y reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir sélectionné ses concurrents au regard du critère de sélection qui exigeait que les soumissionnaires disposent d'un agrément du Service public de Wallonie en tant que collecteur de déchets dangereux. La requérante estime en effet qu'elle seule remplissait ce critère.

B. Note d'observations

Après avoir rappelé qu'à l'estime de la partie requérante, celle-ci est la seule à disposer d'une agréation pour la collecte de déchets dangereux contrairement aux autres soumissionnaires et qu'elle devait dès lors être le seul soumissionnaire sélectionné, la partie adverse fait valoir que l'objet du marché concerne toutefois les « […] prestations nécessaires à l'enlèvement, la décontamination, le stockage temporaire, l'évacuation, le transport et le traitement de TOUTES les applications d'amiante décrites dans le présent cahier spécial des charges […] », tel qu'indiqué dans le cahier spécial des charges techniques. Selon elle, bien que le cahier spécial des charges prévoyait comme critère de sélection un agrément pour la collecte de déchets dangereux, le marché englobe tant la collecte que le transport de l'amiante ainsi que les travaux de démolition et de retrait d'amiante, et ce nonobstant l'exigence d'agréation en tant que collecteur de déchets dangereux. Pour la partie adverse, tous les soumissionnaires ont déposé les agréations requises. Ils disposent dès lors chacun, dans leur chef ou dans le chef des sociétés auxquelles ils font appel, de l'ensemble des agréations leur permettant d'exécuter le marché.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Sous le titre « I.2 Droit d'accès et sélection qualitative » du cahier des charges du marché litigieux, figure notamment la prescription suivante :

« Agrément du service Publics de Wallonie pour en tant que collecteur de déchets dangereux ».

Cette prescription n'est assortie d'aucune mention de laquelle ressortirait l'équivalence d'autres agréations ou agréments avec l'agrément de collecteur de déchets dangereux octroyé par le Service public de Wallonie.

Sous le titre « III.3 Analyse du critère de capacité technique » du rapport d'analyse des offres, que la partie adverse considère comme partie intégrante de l'acte attaqué, figure la mention suivante :

> « L'adjudicateur demandait l'Agrément du service Publics de Wallonie pour en tant que collecteur de déchets dangereux.
> Les candidats ont remis à la fois l'agrément quant au transport des déchets dangereux ainsi que l'arrêté ministériel agréant que le candidat possède l'autorisation d'effectuer des travaux de démolition et de retrait d'amiante ».

À la lecture des offres et des pièces produites à l'appui de celles-ci, il apparaît avant tout que, pour les soumissionnaires occupant les quatre premières places du classement final des offres (tandis que la requérante et le soumissionnaire Viabuild special services occupent respectivement les cinquième et sixième places), l'autorisation d'effectuer des travaux de démolition et de retrait d'amiante est celle que délivre le SPF Emploi, travail et concertation sociale au titre de la législation fédérale relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, qui ne peut être confondue avec l'agrément requis – en vertu de la législation wallonne relative aux déchets – comme collecteur de déchets dangereux.

La partie adverse ne pouvait – sans méconnaître la prescription précitée du cahier des charges – prendre en considération, pour l'appréciation de la capacité technique des soumissionnaires, l'agrément du SPF Emploi, travail et concertation sociale, agrément différent de celui qui était requis et dont aucune équivalence avec ce dernier n'était annoncée par les documents du marché. La circonstance, invoquée dans la note d'observations, que le marché litigieux porte sur différentes prestations (travaux de démolition, transport et collecte de déchets, …) ne peut justifier que la partie adverse admette de prendre en considération des agréations ou agréments autres que l'agrément prescrit, et ce alors qu'elle n'avait pas annoncé admettre l'équivalence d'autres titres, ce qu'elle aurait pu faire en fixant les conditions du marché.

Par ailleurs, et telles que s'y réfère la partie adverse dans sa note d'observations, les offres et leurs annexes incitent à comprendre le motif précité, selon lequel « les candidats ont remis […] l'agrément quant au transport des déchets dangereux », en ce sens que les quatre soumissionnaires concernés ne disposent pas personnellement de l'agrément requis, mais font chacun appel à un prestataire qui, quant à lui, bénéficie bien de cet agrément. Le Conseil d'État n'aperçoit toutefois pas, à la faveur de l'examen de la cause en extrême urgence, ce qui a pu déterminer la partie adverse à considérer que l'agrément en tant que collecteurs octroyé à ces prestataires permettait aux quatre soumissionnaires de satisfaire au critère litigieux de capacité technique au point qu'ils puissent être sélectionnés. En effet, sur le

Document unique de marché européen (DUME), chacun de ces soumissionnaires – en réponse à la question « L'opérateur économique a-t-il recours aux capacités d'autres entités pour satisfaire aux critères de sélection figurant dans la partie IV et aux règles figurant (le cas échéant) dans la partie V ci-dessous ? » – a coché la case « Non », excluant ainsi, *prima facie*, de se prévaloir de la capacité d'un tiers pour les besoins de la sélection qualitative.

En admettant, sur la base de ces motifs, de sélectionner les quatre soumissionnaires concernés alors que le critère de sélection technique ne pouvait être vérifié dans leurs chefs, la partie adverse a méconnu les prescriptions des documents du marché. En tant qu'il le lui en fait grief, le moyen doit être déclaré sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, identifiée comme étant la pièce 2 de son dossier.

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les pièces 6 et 9 à 14 du dossier administratif. Il s'avère toutefois que sont en réalité concernées les pièces 6 (a-b-c) et 10 à 15.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision de l'Université de Mons-Hainaut du 19 janvier 2024, par laquelle elle a décidé d'attribuer le marché "Travaux de désamiantage Chaville VI" à la société RE.DE.CO. SRL est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 2 du dossier de la requérante, ainsi que les pièces 6 (a-b-c) et 10 à 15 du dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 11 mars 2024, par la VI^e^ chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy