

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 259.192 du 19 mars 2024

A. 240.963/VI-22.727

En cause :

la société anonyme
ENTREPRISES JEAN NONET ET FILS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François DAVREUX et
Lionel-Albert BAUM, avocats,
rue du Lombard, 67
5000 Namur,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
TOIT & MOÏ IMMOBILIÈRE SOCIALE DE
LA RÉGION MONTAISE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier VANDINGENEN et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue Hermann Debroux, 40
1160 Bruxelles.

Parties requérantes en intervention :

1. la société à responsabilité limitée
SM DI MATTEO & FILS,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre HENRY, avocat,
rue du Palais, 64
4800 Verviers,

2. la société à responsabilité limitée
LUCAS DAVID,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre HENRY, avocat,
rue du Palais, 64
4800 Verviers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 janvier 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse, à une date inconnue et qui ne

lui a pas été communiquée, décidant de considérer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le marché litigieux à un autre soumissionnaire tel que notifié par courrier et courriel du 3 janvier 2024 » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 février 2024.

Par une requête introduite le 31 janvier 2024, les parties requérantes en intervention demandent à être reçues en qualité de partie intervenante.

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. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Lionel-Albert Baum, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Gauthier Ervyn, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Pierre Henry, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

La requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

« 1. Le 17 avril 2023, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des Adjudications sous le numéro 2023-515133.

2. Ce marché est régi par le cahier spécial des charges (ci-après “CSC”) T/22/0562 – SWL :125.743 (pièce 3).
Il s’agit d’un marché de travaux ayant pour objet la “démolition respectueuse de l’environnement de 192 appartements, parkings enterrés et voiries situés à la cité du Coq à 7012 Jemappes”.

Les bâtiments concernés sont : [les] Résidences “Elsa Triolet” et “Flora Tristan” et leur parking sis Avenue de la Picardie à 7012 Jemappes (Mons).

Ledit CSC précise (carte C, page 2) et insiste sur le fait que dans le cadre du marché, le pouvoir adjudicateur souhaite :

- Renforcer la cohésion sociale et le développement durable en réalisant un effort de formation, d’insertion ou d’intégration socioprofessionnelle par l’utilisation d’une clause sociale flexible ;
- Lutter contre le dumping social et la fraude sociale.

Le marché sera conclu par procédure ouverte selon le critère du meilleur rapport qualité/prix.

Le marché prévoit 3 critères d’attribution définis comme suit :

“ Le marché sera attribué au soumissionnaire ayant remis l’offre régulière présentant le meilleur rapport qualité/prix en fonction des critères d’attribution suivants :

Critère 1 : Le montant global des travaux de démolition avec une pondération de 40 points.

Critère 2 : La méthodologie de gestion du chantier avec une pondération de 40 points.

Critère 3 : Le montant global de rachat des matériaux avec une pondération de 20 points.

Afin de garantir un niveau qualitatif suffisant, le soumissionnaire se verra dans l’obligation d’obtenir minimum 20 points au critère 2. Dans le cas contraire, l’offre sera considérée comme irrégulière et ne pourra être prise en compte”.

En son cadre “G” (page 3), le CSC précise le mode de détermination du prix du marché et le délai d’exécution comme suit :

- G -	Mode de détermination du prix du marché	Délai d’exécution du marché
	Le marché constitue un marché mixte. Le marché mixte est celui dont les prix sont fixés suivant plusieurs des modes décrits aux points 3° à 5° de l'article 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est interdit de proposer des variantes libres. Aucune variante exigée ou autorisée n'est prévue.	Délai maximum de 180 jours calendriers à dater du jour fixé pour le commencement des travaux. Les délais mentionnés dans l’offre seront dérogatoires et seront indiqués dans la lettre de commande.

En son point “N”, le CSC précise que : “[l]e pouvoir adjudicateur impose l’utilisation des moyens électroniques sous peine de nullité de l’offre”.

En ce qui concerne les critères de sélection, le CSC les définit au point 1.3.2 (page 14/46) comme suit :

- “ - la preuve de l’agrément requise (correspondante aux travaux obtenus, tous lots confondus)
- Liste de référence : 2 chantiers de minimum 1.000.000 euros chacun au cours des cinq dernières années pour des travaux de démolition d’immeuble avec

technique d'écrêtage sur les niveaux supérieurs. Les attestations de bonne exécution devront être fournies”.

En ce qui concerne l'offre et son contenu, celle-ci doit être introduite de façon électronique “sous peine de nullité de l'offre” (p. 4) dans le délai prévu pour le dépôt des offres et doit être rédigée en français et contenir une attestation de visite obligatoire.

En ce qui concerne la régularité des offres, le CSC précise en son point 1.4.9 (page 18) ce qui suit :

“ Toute offre qui déroge aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges sera considérée comme irrégulière et sera donc écartée. Il en sera de même pour toute offre ne comportant pas le plan de sécurité réclamé (ou ne comportant qu'une partie de ce dernier) et/ou le prix y afférent, ce dernier faisant partie intégrante de l'offre.

Le pouvoir adjudicateur procède systématiquement à la vérification des prix des offres introduites et se réserve le droit de demander aux soumissionnaires de fournir, au cours de la procédure, toutes indications permettant cette vérification (art. 84 de la [l]oi du 17 [juin] 2016). Les devis des sous-traitants sur base desquels le soumissionnaire s'est fondé pour remettre prix, peuvent faire partie desdites indications, de même que la part du marché que le soumissionnaire a l'intention de confier à des travailleurs détachés.

Le caractère normal du prix sera vérifié dans le respect de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de confier à la personne qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

L'adjudicateur pourra considérer comme irrégulières, et partant comme nulles, les offres qui exprimeraient des réserves sur des points essentiels ou dont les éléments ne concorderaient pas avec la réalité”.

En son point 1.5 (page 19), le CSC précise les critères d'attribution comme suit :

“ L'adjudicateur attribue le marché à l'offre régulière présentant le meilleur rapport qualité/prix en fonction des critères d'attribution ci-dessous :

Critère 1 : Le montant global des travaux de démolition avec une pondération de 40 points.

Document à remettre : métré récapitulatif

Méthode de cotation : $\text{Score de l'offre considérée} = (\text{prix de l'offre la plus basse} / \text{prix de l'offre}) * 40$

Critère 2 : La méthodologie de gestion du chantier avec une pondération de 40 points.

Document à remettre : une note méthodologique abordant au minimum les thèmes suivants :

- ~ Le planning
- ~ Le phasage (un plan détaillé d'installation de chantier est souhaité)
- ~ La sécurisation
- ~ La gestion des nuisances (un plan de circulation du charroi est souhaité)
- ~ La réflexion ayant déterminé la méthode de démolition choisie
- ~ La communication

Méthode de cotation : l'adjudicateur appréciera la cohérence, le degré d'impact sur le contexte habité, la durée du chantier, l'adaptabilité, etc.

Attention !

Afin de garantir un niveau qualitatif suffisant, le soumissionnaire se verra dans l'obligation d'obtenir minimum 20 points au critère 2. Dans le cas contraire, l'offre sera considérée comme irrégulière et ne pourra être prise en compte.

Critère 3 : Le montant global de rachat des matériaux avec une pondération de 20 points.

Document à remettre : bordereau de rachat

Pour chaque poste concerné, l'entreprise remet un prix unitaire auquel elle propose de racheter ces éléments à travers une filière de récupération spécifique. À noter qu'un audit de pré-démolition est annexé au présent CSC.

Etant donné les dégradations possibles entre le moment de l'audit de pré-démolition et la date de notification du marché, il est prévu un état des lieux contradictoire en début de marché afin de déterminer le nombre réel d'équipements et d'adapter ainsi le bordereau de rachat.

Méthode de cotation : Score de l'offre considérée = (prix de l'offre / prix de l'offre la plus haute)
* 20

Attention !

Dans le cadre de la proposition de rachat, l'entreprise devra justifier par une attestation que les éléments ont bien été réutilisés. En cas de manquement, une pénalité spéciale sera appliquée dont le montant sera égal au double de la valeur d'achat proposée dans le bordereau”.

3. La date limite de réception des offres est fixée au 30 mai 2023 à 10h00.

4. La requérante [prépare son offre], s'entoure de partenaires et dépose son offre et attend la décision qui sera prise.

5. Le 3 janvier 2024, la requérante reçoit un courriel et un courrier du pouvoir adjudicateur l'informant du fait que son offre a été jugée irrégulière et reproduit un extrait de la décision motivée comme suit :

- **Considérant que dans le cadre du contrôle de la régularité l'offre de Jean NONET & Fils est considérée irrégulière pour les motifs suivants :**

Conformément au cahier spécial des charges, article G, clauses administratives SWL, première partie4, le délai d'exécution du marché est un « Délai maximum de 180 jours calendriers à dater du jour fixé pour le commencement des travaux. Les délais mentionnés dans l'offre seront de rigueur et seront indiqués dans la lettre de commande. »

Cette disposition du cahier spécial des charges est une prescription essentielle du marché, le délai d'exécution étant qualifié de « maximum » et « de rigueur ». Le respect du délai d'exécution doit par

ailleurs être démontré sur base d'un planning faisant l'objet du critère d'attribution n°2, ce qui confirme son caractère essentiel.

Le « planning démolition JEMAPPES » joint par NONET à l'appui de son offre, précise un nombre total de « 154 jours ? » (Sic) qui s'étend du lundi 4 septembre 2023 au jeudi 4 avril 2024.

Il ressort de ce planning que le nombre de jours qui sont calculés par NONET sont des jours « ouvrables » et non des jours « calendrier ». Ainsi, à titre d'exemple, NONET fixe à 15 jours, le délai d'exécution du désamiantage entre le 14 septembre et le 4 octobre 2023. Or, il y a 21 jours calendrier entre ces deux dates (celles-ci incluses). De même, entre le 4 septembre 2023 et le 4 avril 2024 (ces deux dates incluses), il y a 215 jours calendrier. Les samedi, dimanche et jours fériés ne sont donc pas inclus dans le délai de NONET.

NONET ne respecte donc pas le délai d'exécution maximum fixé par le cahier spécial des charges et le dépasse très largement. Ceci génère un avantage discriminatoire important en faveur de NONET, au détriment de ses concurrents.

Cette irrégularité est donc substantielle puisque non seulement elle déroge à une clause essentielle du marché, mais encore elle empêche la comparaison égalitaire des offres, au sens de l'article 76 §1er al.2 AR 18/04/18. Celle-ci conduit à l'écartement de l'offre en application de l'article 1.4.9 CSC.

Il s'agit de la décision dont recours (pièce 1) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 31 janvier 2024, la partie requérante en intervention demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

Le moyen unique est pris de :

- la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de l'égalité de traitement ;
- la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en particulier ses articles 4, 66, et 83 ;
- la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- la violation du cahier spécial des charges du marché, particulièrement son cadre « G », page 3 et de l'article 1.4.9. ;
- la violation du principe de la motivation interne, de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative la motivation formelle des actes administratifs ;

- la violation des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de sécurité juridique, de transparence, d’appréciation, et du principe *patere legem quam ipse fecisti*;
- de l’erreur manifeste d’appréciation »,

en ce que la décision attaquée considère l’offre de la requérante irrégulière et ne motive pas adéquatement pour quels motifs elle considère l’offre de la requérante irrégulière et que le pouvoir adjudicateur n’a pas interpellé la requérante pour avoir ses apaisements sur le point de savoir si les 154 jours d’exécution visés dans l’offre étaient des jours ouvrables ou calendriers,

alors qu’il ne pouvait être considéré que l’offre de la requérante était irrégulière sans violer les dispositions visées au moyen et que la partie adverse devait motiver adéquatement les raisons pour lesquelles elle a considéré que l’offre de la requérante contenait une irrégularité substantielle en raison de son planning, conformément aux dispositions visées au moyen et que, de même, les dispositions visées au moyen imposent au pouvoir adjudicateur en cas de doute d’interpeller le soumissionnaire.

Après avoir exposé la portée des dispositions dont elle invoque la violation, elle fait valoir ce qui suit :

« 14. En son cadre “G” (page 3), le CSC précise le mode de détermination du prix du marché et le délai d’exécution comme suit :

- G -	Mode de détermination du prix du marché	Délai d’exécution du marché
	Le marché constitue un marché mixte. Le marché mixte est celui dont les prix sont fixés suivant plusieurs des modes décrits aux points 3° à 5° de l'article 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est interdit de proposer des variantes libres. Aucune variante exigée ou autorisée n'est prévue.	Délai maximum de 180 jours calendriers à dater du jour fixé pour le commencement des travaux. Les délais mentionnés dans l'offre seront de rigueur et seront indiqués dans la lettre de commande.

Il s’agit de la seule mention du délai d’exécution du marché repris dans l’intégralité des documents du marché. À aucun autre endroit, le pouvoir adjudicateur ne fournit de précisions quant au délai d’exécution ni ne mentionne, en aucune façon, que ce délai constitue un critère essentiel à respecter par les soumissionnaires au risque de voir leur offre déclarée irrégulière. À aucun moment, le CSC n’attire l’attention des soumissionnaires sur le fait que ce délai d’exécution est un impératif à respecter, sous peine de nullité de l’offre.

Le libellé du CSC et aucun document du marché ne prescrit le respect de ce délai “à peine de nullité” ou ne précise que son non-respect constitue une formalité essentielle.

En l’absence d’une telle précision, il ne peut être considéré que le respect de ce délai constitue en soi une nullité absolue ou une irrégularité substantielle. L’absence de toute indication en ce sens obligeait donc le pouvoir adjudicateur à vérifier, *in concreto*, l’impact du dépassement de ce délai dans l’offre de la requérante sur l’exécution du marché et à motiver son appréciation de manière adéquate.

Par ailleurs, la seconde phrase du cadre précité semble indiquer le contraire, dès lors qu’il est indiqué que “les délais mentionnés dans l’offre seront de rigueur et

seront indiqués dans la lettre de commande”. Cette seconde phrase laisse penser que les soumissionnaires ne seront tenus que par le délai fixé dans leur offre, qui sera de rigueur, et lequel pourrait donc excéder 180 jours.

De même, comme nous le verrons ci-dessous, d’autres indications du CSC vont dans le même sens.

[...]

17. En l’espèce, comme précisé ci-avant, le CSC ne précise à aucun endroit que le respect du délai annoncé uniquement au cadre “G” en page 3 du CSC constituerait un critère essentiel ou prescrit à peine de nullité de l’offre.

Par contre, le CSC le précise bien pour certains autres éléments et notamment :

- Au cadre “N” (page 4) “Le pouvoir adjudicateur impose l’utilisation des moyens électroniques sous peine de nullité de l’offre”.
- En page 9 et en rouge pour le PSS : “Sous peine de nullité absolue de son offre, il doit joindre à celle-ci un document :
 - - décrivant la manière dont il exécutera l’ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé ou des parties de ce plan nécessitant une telle description ;
 - - comportant le calcul détaillé du prix des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé”.
- En page 15, point 1.4.2, pour ce qui concerne la visite des lieux, laquelle est “obligatoire”.

Par ailleurs, en début de CSC (cadre “C”, page 2), le pouvoir adjudicateur attire l’attention des soumissionnaires sur le fait que :

- “ Dans le cadre du présent marché, T&M :
 - Souhaite renforcer la cohésion sociale et le développement durable en réalisant un effort de formation, d’insertion ou d’intégration socioprofessionnelle par l’utilisation d’une clause sociale flexible ;
 - Souhaite lutter contre le dumping social et la fraude sociale.”

Par contre, il n’en va nullement ainsi pour le délai d’exécution.

18. De même, le caractère essentiel ou substantiel du respect de ce délai est contredit dans le CSC à plusieurs reprises.

Ainsi :

- En page 30, le CSC prévoit une formule de révision des prix, laquelle n’est applicable que, selon les termes du CSC, pour : “[l]es marchés de travaux (lots) pour lesquels le cahier spécial des charges prévoit une estimation atteignant ou dépassant 120.000 euros ET dont le délai d’exécution atteignant ou dépassant 120 jours ouvrables ou 180 jours de calendrier font seuls l’objet de révision de prix telle que décrite ci-dessous” ;
- En page 39, le CSC précise que : “Étant donné la publication du marché antérieure à l’octroi du permis de démolition, des adaptations techniques non substantielles peuvent amender le CSC technique. L’adjudicateur se réserve le droit d’adapter les travaux. Les modalités des prix et des délais seront négociées entre les parties”, ce qui tend à démontrer que les délais peuvent être négociés et donc adaptés ;
- En pages 39 et 40 les amendes pour retard sont standards et ne sont donc pas adaptées à un critère essentiel ;

De même, dans le document intitulé “descriptif des travaux” (CDC clauses techniques), il est mentionné en page 14 que :

02.21.1 - Planning des travaux

02.21.1a - Planning des travaux

Pour mémoire

DESCRIPTION

Définition / Comprend

Le planning sera régulièrement adapté par l'entrepreneur en fonction de l'avancement des travaux, des délais d'exécution établis et des éventuelles prolongations de délais.

Complété comme suit :

L'entrepreneur disposera de 30 jours calendrier après la date de notification pour fournir son planning détaillé et réalisé sur la base du planning transmis pour le critère d'attribution n° 2. Il le soumettra à l'approbation du Maître de l'ouvrage et de l'Auteur de projet pour accord. Le Maître de l'ouvrage et l'Auteur de projet se réservent le droit d'y apporter des corrections que l'Entrepreneur prendra en considération, à la suite de quoi il devient le planning d'exécution du marché.

Pour toutes les parties du travail, l'Entrepreneur n'omettra pas de tenir compte de la possibilité d'intempéries, de pluies, de tempêtes, etc.

Cette disposition tend, également, à contredire l'appréciation du pouvoir adjudicateur selon lequel les délais d'exécution constituent un critère essentiel à l'exécution du marché. En effet, il vise l'adaptation régulière du planning en fonction de l'avancement des travaux et des éventuelles prolongations de délais. Si des prolongations peuvent avoir lieu, c'est que la tenue du délai de 180 jours n'est pas si essentielle que cela. De même, le fait qu'un nouveau planning détaillé puisse être transmis dans un délai de 30 jours à dater de la notification, et bien qu'il doive se baser sur le planning transmis pour le critère d'attribution, et doive encore être validé par le Maître de l'ouvrage et l'Auteur de projet, tend à démontrer que ce planning peut encore faire l'objet d'adaptations.

En page 55, ledit CSC technique précise à nouveau uniquement ce qui suit :

“ 2. Planning des travaux

L'entrepreneur doit établir un plan de sécurité reprenant les mesures et les interventions nécessaires à chaque instant et à chaque phase des travaux.

La méthodologie de démolition et le planning seront demandés dans le critère d'attribution n° 2. Ces documents doivent être approuvés par la Direction des Travaux avant le début du chantier”.

Enfin, le fait même que le CSC prévoie un deuxième critère d'attribution libellé comme suit :

“ Critère 2 : La méthodologie de gestion du chantier avec une pondération de 40 points.

Document à remettre : une note méthodologique abordant au minimum les thèmes suivants :

- ~ Le planning
- ~ Le phasage (un plan détaillé d'installation de chantier est souhaité)
- ~ La sécurisation
- ~ La gestion des nuisances (un plan de circulation du charroi est souhaité)
- ~ La réflexion ayant déterminé la méthode de démolition choisie
- ~ La communication

Méthode de cotation : l'adjudicateur appréciera la cohérence, le degré d'impact sur le contexte habité, la durée du chantier, l'adaptabilité, etc.

Attention !

Afin de garantir un niveau qualitatif suffisant, le soumissionnaire se verra dans l'obligation d'obtenir minimum 20 points au critère 2. Dans le cas contraire, l'offre sera considérée comme irrégulière et ne pourra être prise en compte”.

Tend à démentir le caractère essentiel des 180 jours indiqué en tête du CSC.

En effet, dès lors que les offres seront examinées et comparées sur la base de leur méthodologie sur 40 points intégrant le planning d'exécution et le phasage des travaux, suffit à démentir le caractère essentiel du délai de 180 jours, dès lors que le pouvoir adjudicateur peut attribuer plus ou moins de points à un soumissionnaire en fonction de la durée de son planning.

Si un soumissionnaire dépose une offre avec un planning supérieur à un autre, ou dépassant 180 jours calendrier, il s'agit d'un élément d'appréciation objectif permettant d'attribuer une note supérieure au soumissionnaire le plus efficace et une note inférieure au moins efficace.

Le non-respect de ce critère ne saurait procurer un avantage discriminatoire au soumissionnaire, dès lors qu'il pourrait se voir attribuer moins de points ; n'entraînera aucune distorsion de concurrence, compte tenu, à nouveau de la pondération que son offre pourrait avoir lieu en fonction du planning ; n'empêche pas l'évaluation de l'offre ni sa comparaison aux autres, compte tenu toujours de cette pondération possible et ne rend pas inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire, dès lors que son offre et le délai de réalisation indiqué sera “de rigueur”.

Surabondamment, le délai d'analyse des offres de plus de 7 mois dément toute urgence et le caractère essentiel du délai d'exécution de 180 jours ouvrables.

19. Le non-respect de ce critère n'est donc nullement essentiel, n'étant pas prescrit à peine de nullité par le pouvoir adjudicateur et n'engendre aucune difficulté d'interprétation ni de pondération de son offre en la comparant à celles des autres.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait donc pas purement et simplement écarter l'offre de la requérante pour cause d'irrégularité substantielle et ne pouvait que conclure au fait que cette irrégularité, si tant est que ce non-respect en constitue une, n'est pas de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait donc qu'appliquer l'article 76, § 2, de l'AR du 18 mai 2017, lequel dispose que : “§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle”.

C'est donc bien de manière abusive que le pouvoir adjudicateur a rejeté l'offre de la requérante et l'a considérée irrégulière.

20. La partie adverse ne pouvait donc pas considérer l'offre de la requérante irrégulière pour ce seul motif et ne justifie donc pas adéquatement sa décision. La partie adverse avait donc dû, en l'espèce, au vu du libellé de son propre CSC vérifier, *in concreto*, si le non-respect du planning était de nature à conférer “un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues”.

La partie adverse ne le fait pas et se limite à considérer que ce respect constituait un critère essentiel et qu'il procure "un avantage discriminatoire important en faveur de NONET" et "empêche la comparaison égalitaire des offres". Il s'agit d'une formule stéréotypée et d'une pure clause de style.

La partie adverse ne procède que par affirmation sans démontrer in concreto qu'un planning dépassant 180 jours ouvrables aboutisse à de tels effets.

On ne voit pas quel avantage discriminatoire aurait la requérante, dès lors que le planning fait partie du deuxième critère d'attribution et qu'un planning plus long pourrait être sanctionné non pas d'un écartement automatique, mais d'une pondération inférieure.

En ce qui concerne le fait que ce non-respect empêcherait la comparaison égalitaire des offres, une telle affirmation est erronée, dès lors que le planning fait partie intégrante du deuxième critère d'attribution et permet donc une comparaison effective des offres en permettant d'adapter la pondération des offres reçues en fonction dudit planning.

21. La partie adverse a violé son propre CSC en écartant de manière automatique l'offre de la requérante pour le non-respect du planning alors que celui-ci fait partie intégrante du deuxième critère d'attribution, que le CSC ne prescrit pas son respect "à peine de nullité" de l'offre, n'était pas érigé en une obligation et, qu'au contraire, plusieurs dispositions du CSC tendent à permettre une certaine latitude à ce sujet et contredisent la thèse du pouvoir adjudicateur.

La partie adverse ne pouvait estimer le non-respect du planning comme constituant une irrégularité substantielle à défaut pour elle de l'avoir érigé, dans le CSC, comme critère essentiel comme elle l'a fait pour d'autres éléments.

L'offre de la requérante contenait donc bien toutes les informations requises pour permettre au pouvoir adjudicateur de la comparer avec les autres offres.

La requérante a donc bien déposé une offre conforme au CSC et son offre est donc bien régulière.

22. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur commet une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre de la requérante dépasse les 180 jours ouvrables. En effet, le planning prévisionnel transmis indique clairement que la phase exécution des travaux dure 154 jours.

Le planning graphique n'est produit qu'à titre indicatif sur la base du souhait du CSC de débiter les travaux début septembre. Cependant, à défaut de date précise du démarrage, il n'est pas possible de prévoir un planning précis qui corresponde à la réalité des jours, les jours fériés et autres dépendant de la période d'exécution. C'est, d'ailleurs, pour cette raison sans doute que le pouvoir adjudicateur précise qu'à dater de la notification du marché, le soumissionnaire aura 30 jours pour préciser et adapter son planning.

En l'espèce, il est tout à fait possible pour la requérante de réaliser ce chantier en 154 jours calendrier, comme indiqué dans l'offre. L'offre précise bien expressément que son délai d'exécution est de 154 jours, le tableau n'est produit qu'à titre indicatif.

Si le pouvoir adjudicateur avait un doute à ce sujet, il lui suffisait d'interpeller la requérante pour en être certaine, comme le prévoit l'article 66, § 3, de la Loi. Un simple appel ou courriel aurait suffi à ce que la requérante confirme que le délai de 154 jours est bien un délai de 154 jours calendrier.

À défaut de ce faire, le pouvoir adjudicateur a également violé les dispositions visées au moyen.

La partie adverse ne pouvait donc pas déclarer l'offre de la requérante irrégulière sans violer les dispositions visées au moyen.

[...] ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier la régularité des offres, c'est-à-dire leur conformité à l'ensemble des exigences de la réglementation et des documents du marché, ce qui comprend notamment les spécifications techniques qui figurent dans ces documents.

Lorsque, dans le cadre de l'analyse d'une offre, le pouvoir adjudicateur est confronté à une irrégularité au regard des prescriptions issues des documents du marché, il lui revient de l'examiner, de la qualifier de substantielle ou non substantielle, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient la décision.

L'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché ».

Ainsi, notamment, sont réputées substantielles non seulement les irrégularités portant sur le non-respect des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché mais aussi celles portant sur le non-respect des exigences minimales. Il en résulte qu'une exigence peut ne pas être expressément indiquée comme étant substantielle dans les documents du marché

mais constituer néanmoins une exigence minimale, dont le non-respect aura pour conséquence que l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Quant aux conséquences du constat d'une irrégularité substantielle entachant l'offre, l'article 76, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité dispose que « lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle ». Partant, en cas de procédure ouverte comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne dispose pas de marge d'appréciation et doit déclarer l'offre nulle.

En l'espèce, dans les clauses administratives, première partie, cadre G (page 3), le cahier spécial des charges comporte une prescription relative au délai d'exécution du marché, rédigée comme suit :

« Délai maximum de 180 jours calendriers à dater du jour fixé pour le commencement des travaux.
Les délais mentionnés dans l'offre seront de rigueur et seront indiqués dans la lettre de commande ».

La partie requérante ne conteste pas vraiment que son planning prévisionnel mentionné dans l'offre est basé sur des jours ouvrables plutôt que sur des jours calendrier. Elle indique d'ailleurs elle-même que « le pouvoir adjudicateur commet une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre de la requérante dépasse les 180 jours ouvrables. En effet, le planning prévisionnel transmis indique clairement que la phase exécution des travaux dure 154 jours ». Or, le grief du pouvoir adjudicateur ne réside pas en ce que le délai d'exécution mentionné dépasse 180 jours ouvrables mais bien en ce qu'il dépasse 180 jours calendrier. Le planning prévisionnel des travaux indique un délai global s'étendant du 4 septembre 2023 au 4 avril 2024, ce qui est nettement supérieur à 180 jours calendrier. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas commis d'erreur en considérant qu'en égard au planning qu'elle contient, l'offre contient une irrégularité en ce qu'elle s'écarte d'une prescription du cahier des charges.

Contrairement à ce que semble considérer la requérante, le caractère essentiel d'une prescription ne doit pas nécessairement être renseigné comme tel dans le cahier des charges. La partie adverse a qualifié l'irrégularité de substantielle en se fondant sur deux motifs. Selon les termes de la motivation de la décision attaquée, l'irrégularité en cause « est donc substantielle puisque non seulement elle déroge à une clause essentielle du marché, mais encore elle empêche la comparaison égalitaire des offres [...] ».

Le cahier des charges précise que le délai d'exécution doit être de « maximum » 180 jours calendrier et qu'il s'agit d'un délai « de rigueur ». Un délai de rigueur s'entend d'un délai dont le dépassement entraîne, selon la norme applicable ou son interprétation, des effets de droit, contrairement au délai d'ordre, qui est énoncé à titre indicatif, aucun effet juridique particulier n'étant attaché à son dépassement.

Les termes utilisés dans le cahier des charges sont dépourvus d'ambiguïté. La requérante ne peut être suivie en ce qu'elle suggère que la seconde phrase de la prescription indiquerait que les soumissionnaires ne seront tenus que par le délai fixé dans leur offre, qui sera de rigueur et qui pourrait donc excéder 180 jours. En effet, il résulte clairement de la prescription que le délai mentionné dans l'offre ne peut dépasser 180 jours. L'utilisation des termes « maximum » et « de rigueur » paraît indiquer qu'il s'agit d'une exigence minimale. Sont dénués de pertinence à cet égard les arguments que la requérante croit pouvoir déduire, au point 18 de la requête, de diverses prescriptions du cahier spécial des charges dès lors que celles-ci ont trait à l'exécution du marché.

L'importance du délai d'exécution paraît également ressortir du fait que le planning constitue un élément d'appréciation du deuxième critère d'attribution. Si ce planning ne peut être que « prévisionnel », c'est en ce sens que le jour exact du début des travaux n'est pas connu, mais la durée de chaque phase, avec un total de 180 jours calendrier, est quant à elle contraignante et doit correspondre à celle annoncée dans le cahier des charges.

Le pouvoir adjudicateur déduit également le caractère substantiel de l'irrégularité en cause de ce qu'elle empêche la comparaison égalitaire des offres.

Le planning étant l'un des éléments à apprécier dans le cadre du deuxième critère d'attribution, il n'apparaît certes pas qu'en admettant une offre présentant un planning exprimé en jours ouvrables plutôt qu'en jours calendrier, le pouvoir adjudicateur octroierait au soumissionnaire concerné un avantage quant à l'appréciation de ce critère. En effet, la partie de la cotation pour ce critère sera

vraisemblablement impactée négativement, une durée d'exécution plus longue impliquant l'attribution d'un nombre moins élevé de points, ce qui constitue un désavantage pour le soumissionnaire en cause.

En l'espèce, eu égard au motif énoncé dans la décision motivée d'attribution, la question n'est toutefois pas de savoir si la requérante bénéficierait d'un avantage concurrentiel du fait de l'irrégularité mais bien s'il y a un risque d'avantage discriminatoire. À cet égard, si malgré la moins bonne appréciation qui pourrait être donnée sur cet aspect du deuxième critère, la partie requérante obtenait le marché, elle pourrait se trouver dans une situation plus avantageuse que ses concurrents dont l'offre respecte les attentes du pouvoir adjudicateur quant au délai d'exécution. En effet, il n'est pas exclu que le respect d'un délai plus court pour exécuter le marché soit de nature à présenter des incidences sur d'autres éléments de l'offre. Ainsi, par exemple, les coûts salariaux peuvent s'avérer plus élevés si, pour respecter ledit délai, des soumissionnaires estiment devoir prévoir le recours au travail le week-end ou les jours fériés. Indépendamment de la question de savoir si, en prévoyant un délai plus long que celui prévu par le cahier spécial des charges, la requérante a pu bénéficier d'un avantage concurrentiel, cette circonstance semble effectivement de nature à affecter la comparabilité des offres, ainsi que l'énonce la motivation de l'acte attaqué.

Il ressort des considérations qui précèdent que le pouvoir adjudicateur ne paraît pas avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'irrégularité affectant l'offre de la requérante est substantielle.

La requérante reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir interpellée à propos du délai d'exécution, ainsi que le prévoit l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 ; elle allègue qu'un simple appel ou courriel aurait suffi à ce qu'elle confirme qu'il lui était tout à fait possible de réaliser le chantier en cause en 154 jours calendrier. Ce grief ne paraît pas pouvoir être retenu. En effet, en proposant un calendrier prévisionnel s'étendant du 4 septembre 2023 au 4 avril 2024, la requérante a fourni un planning dépassant clairement les 180 jours calendrier. Rien ne permet d'y déceler une erreur matérielle qui aurait nécessité de s'enquérir de l'intention réelle de la requérante. Quant à la possibilité d'inviter cette dernière à compléter des informations et des documents manquants, si l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 permet d'inviter les candidats ou soumissionnaires à présenter, compléter, clarifier ou préciser des informations ou documents, il ne s'agit pas d'un droit dans le chef de ces derniers mais d'une faculté au profit du pouvoir adjudicateur qui exerce à cet égard un pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, il apparaît qu'il ne s'agit pas d'une simple erreur matérielle dans l'offre de la requérante dont les termes sont clairs, de sorte que son planning n'aurait pu être

modifié ou corrigé. Il s'ensuit que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'interrogeant pas la requérante.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des soumissionnaires (pièces A à D du dossier confidentiel) , différents courriers échangés avec la société DI MATTEO ET DAVID LUCAS (pièces E à H du dossier confidentiel) ainsi que la version confidentielle de la décision motivée d'attribution (pièce I du dossier confidentiel). Elle demande le maintien de la confidentialité de ces pièces.

Les parties intervenantes demandent également le maintien de la confidentialité de l'offre de la société momentanée DI MATTEO-DAVID LUCAS, déposée au dossier administratif.

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 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SRL entreprises DI MATTEO & FILS et la SRL LUCAS DAVID est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A à H et I du dossier administratif confidentiel ainsi que l'offre de la société momentanée DI MATTEO-DAVID LUCAS, déposée au dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Imre Kovalovszky,
Adeline Schyns,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Adeline Schyns

Imre Kovalovszky