

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.493 du 31 août 2012

G./A.206.043/VI-19.672

En cause : **la société anonyme GABRIEL DANNEELS,**
ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS,
Jean-Luc TEHEUX et Nicolas BOTTIN, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

le Centre public d'action sociale de la ville de Namur,
ayant élu domicile chez
Me Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

Partie intervenante :

la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE,
ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Blandain.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 17 août 2012, la société anonyme GABRIEL DANNEELS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la "décision prise le 28 juin 2012 par le CENTRE PUBLIC D'ACTION SOCIALE DE LA VILLE DE NAMUR, ayant pour objet d'adjuger à la S.A. ETS BOUVE KARL (rue de Douvrain, 3 à 7011 GHLIN) le lot n° 3 (sanitaires) du marché de travaux de reconditionnement de la maison de repos et du centre d'accueil du jour au CMS «LES CHARDONNERETS» pour le prix de 946.911,26 euros" et de ne pas retenir son offre.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 24 août 2012, la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 20 août 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 août 2012 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Jean-Luc TEHEUX et Nicolas BOTTIN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Nicolas VAN BALLAER, loco Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les expose la requête, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

" La requérante participe à une procédure d'adjudication publique du lot n° 3 (sanitaires) du marché de travaux de reconditionnement de la maison de repos et du centre d'accueil du jour au CMS «LES CHARDONNERETS».

Les quatre offres suivantes ont été reçues par le pouvoir adjudicateur :

- S.A. ETS KARL BOUVE pour un montant de 977.650,00 €
- S.A. SOTRELCO pour un montant de 968.256,23 €
- S.A. ETS GOESSENS – PIRENNE pour un montant de 1.141.311,88 €
- S.A. GABRIEL DANNEELS pour un montant de 813.368,03 €.

L'offre de la requérante constituait donc l'offre la moins-disante.

Le rapport de soumission du lot 3, annexé à la décision attaquée, fait état des éléments suivants [...] :

- La soumission de la S.A. ETS GOESSENS – PIRENNE a été jugée irrégulière au motif qu'elle ne contenait pas le plan particulier de santé et de sécurité requis par le Cahier Général des Charges.

- Les offres de la S.A. ETS KARL BOUVE, de la S.A. SOTRELCO et de la S.A. GABRIEL DANNEELS ont été jugées régulières.

- Le montant de la soumission de la requérante a été modifié et fixé par le pouvoir adjudicateur à la somme de 988.088,03 € aux motifs suivants [...] :

«Le prix unitaire de l'article 02.02.01.01 "cabine de toilette préfabriquée" a été modifié pour correspondre à la cabine type "Tourmaline" telle que prévue aux plans et CSCH du dossier de consultation (le prix unitaire du récapitulatif de l'entrepreneur a donc été corrigé pour permettre la comparaison des soumissions sur une base commune)».

L'offre de la requérante, en ce qui concerne le poste 02.02.01.01 «cabine de toilette préfabriquée», contenait un produit différent des cabines de type «tourmaline» mais dont les caractéristiques étaient tout à fait identiques, ce qui est démontré par le fait que ladite offre a été jugée régulière par le pouvoir adjudicateur.

- Après la modification précitée, le classement des soumissions s'établissait comme suit :

- S.A. ETS KARL BOUVE : 946.911,26 €

- S.A. SOTRELCO : 974.789,56 €

- S.A. GABRIEL DANNEELS : 988.088,03 €

En conséquence, le marché a été adjugé à la S.A. ETS BOUVE KARL par décision du 28 juin 2012 [...]."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

IV. 1. Thèse de la requérante en suspension

A l'audience du 30 août 2012, la requérante en suspension a contesté la recevabilité de la requête en intervention, au motif que la décision d'agir aurait été prise par l'administrateur-délégué de la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE, et non par le conseil d'administration de celle-ci. Au soutien de cette exception, elle se prévaut d'un arrêt n° 212.298, rendu par le Conseil d'Etat le 29 mars 2011 et dont l'enseignement lui paraît transposable en l'espèce.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Par une requête introduite le 24 août 2012, la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les pouvoirs respectifs du conseil d'administration et de l'administrateur délégué de cette société, à l'égard de

l'adoption d'une décision d'ester en justice, il y a lieu de constater qu'à l'appui de la requête en intervention, est produit un document duquel il ressort que le conseil d'administration, réuni le mercredi 22 août 2012, a décidé d'intervenir dans le cadre de la présente procédure, de désigner Maître Philippe HOREMANS pour assumer la défense de ses intérêts et de faire élection de domicile au sein du cabinet de son conseil. Ce document est signé par l'administrateur délégué Karl BOUVE, conformément au prescrit de l'article 17, alinéa 4, des statuts de la requérante en intervention, lequel est libellé comme suit :

" Les copies ou extraits [des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration] sont signés par deux administrateurs, par le président du conseil d'administration ou par un administrateur délégué".

Sur la base de ces éléments, et au terme d'un examen effectué en extrême urgence, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la requérante en suspension doit être rejetée.

Par ailleurs, en tant qu'attributaire du marché litigieux, ladite société a intérêt à intervenir, de sorte que sa requête en intervention doit être accueillie.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

V. 1. Thèses de l'intervenante

Dans sa requête en intervention, l'intervenante oppose à la demande une exception d'irrecevabilité, déduite du défaut d'intérêt légitime de la requérante. Cette exception est formulée comme suit :

- " C'est à tort que la partie adverse a considéré comme régulière l'offre de la requérante.
- A ce stade, la partie intervenante a relevé 3 causes (au moins) d'irrégularité de l'offre DANNEELS à savoir :
- Non-respect des impositions techniques du Cahier spécial des charges. C'est indirectement l'objet du recours (infra, page 5, point b).
 - Le montant de l'offre DANNEELS est présumé anormalement bas jusqu'à preuve du contraire. En effet, la partie adverse, si elle s'était contentée du prix DANNEELS proclamé à l'ouverture des soumissions (813.368,03 €) aurait dû, avant de déclarer l'offre régulière, vérifier la normalité des prix (article 110 § 4 A-R 8 janvier 1996), dès lors que cette offre s'écarterait de 22,89 % de la moyenne des autres soumissions. Jusqu'à preuve du contraire, et pour ce motif, l'offre de la requérante est et reste présumée irrégulière.
 - Un troisième motif d'irrégularité de l'offre DANNEELS réside dans le fait que, sauf preuve contraire, ce soumissionnaire n'a pas participé à la visite préalable imposée par le Cahier spécial des charges. La sanction est l'exclusion de la procédure d'attribution (Cahier spécial des charges, page 3, point 8).

En raison de l'irrégularité de son offre, la requérante n'a pas un intérêt légitime à solliciter la suspension d'extrême urgence de la décision intervenue le 28 juin 2012."

V. 2. Avis du Premier auditeur

Dans son avis rendu à l'audience, le Premier auditeur considère que la demande est irrecevable en son second objet, c'est-à-dire en tant qu'elle tend à la suspension de l'exécution de la décision implicite de la partie adverse de ne pas attribuer la marché litigieux à la partie requérante.

V. 3. Décision du Conseil d'Etat

L'exception soulevée par l'intervenante appelle les constatations suivantes :

- la partie adverse, qui a retenu pour prix unitaire de l'article 02.02.01.01, le prix proposé par la requérante pour une cabine de type "Tourmaline", et non l'un des prix unitaires offerts pour les deux autres modèles proposés, n'a nullement estimé que l'offre de la requérante n'était pas régulière pour non-conformité aux impositions techniques. L'intervenante n'expose toutefois pas pourquoi c'est à tort que la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la requérante comme étant irrégulière à cet égard;
- l'affirmation selon laquelle le montant de la soumission de la requérante est anormalement bas et rend l'offre irrégulière, prend appui sur le montant proclamé à l'ouverture des offres. L'examen du rapport de soumission révèle toutefois que la partie adverse a procédé au contrôle des offres rectifiées, à la suite duquel l'offre de la requérante est apparue régulière, dès lors qu'elle excédait l'offre de référence de 1,44 %. L'intervenante reste en défaut de démontrer l'illégalité de l'appréciation ainsi portée par la partie adverse sur le caractère régulier des prix proposés;
- le rapport de soumission révèle que la requérante a produit une attestation de visite préalable des lieux, jugée conforme par la partie adverse.

Les prétendues irrégularités dont fait ainsi état l'intervenante, et qui n'ont pas été considérées comme telles par la partie adverse, sans que celle-ci soit sérieusement critiquée à cet égard, n'autorisent pas à dénier l'intérêt légitime de la requérante à son recours. Il s'ensuit que l'exception déduite du défaut d'intérêt légitime ne peut être accueillie.

S'agissant d'examiner l'exception d'irrecevabilité opposée à la demande, en tant que celle-ci a pour second objet la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, il s'impose de constater, à la lecture des trois moyens soulevés dans la requête, qu'en cas de suspension de la décision d'adjuger le marché à

l'intervenante, la partie adverse ne serait pas tenue d'attribuer ce marché à la requérante, et ce, quel que soit le moyen déclaré sérieux. Ainsi, pourrait-elle, par exemple, retirer l'acte attaqué et procéder à un nouvel examen des soumissions ou à une nouvelle définition de ses besoins par l'adoption d'un cahier spécial des charges modifié, ou encore abandonner la procédure suivie.

Dès lors que plusieurs possibilités seraient ainsi offertes à la partie adverse quant à la suite qu'elle réserverait à un arrêt de suspension de la décision d'attribuer le marché à l'intervenante, ordonner la suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante amènerait le Conseil d'Etat à se substituer à la partie adverse.

Il s'ensuit qu'en ce qui concerne son second objet, la demande doit être déclarée irrecevable.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Ce moyen est exposé dans les termes suivants:

" 2.1. En vertu de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux :

«A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises.

Est notamment interdite l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée. Toutefois, une telle indication accompagnée de la mention "ou équivalent" est autorisée lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés».

La circulaire de la Chancellerie du Premier Ministre du 23 juin 2004 publiée au Moniteur Belge le 26 juin 2004 donne comme exemple concret de stipulations prohibées par l'article 85 précité :

«Une stipulation d'un cahier spécial des charges concernant la chape d'étanchéité d'un ouvrage, qui précise les caractéristiques du produit de

recouvrement de manière telle que cette description conduit inévitablement à un produit sous brevet dont le représentant exclusif est la firme Y».

On peut de même citer comme exemple d'interdiction «des descriptions techniques correspondant exactement à une marque déterminée de radiateurs, de châssis métalliques ou d'installations de cloisons mobiles» (voyez H. JOUANT, Commentaires par articles des dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, www.mercatus.be).

Il est également interdit de fixer des caractéristiques ou spécifications techniques favorisant ou éliminant a priori un produit d'une provenance déterminée (voyez C.E., 10 mai 1968, arrêt n° 12.955; FLAMME, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Confédération Nationale de la Construction, tome 1.A, 6^{ème} Ed., 1996-1997, p. 837).

En l'espèce, il convient de constater que le cahier spécial des charges reproduit expressément et exhaustivement en ses pages 84 et suivantes, en ce qui concerne le poste 02.02.01.01 «Cabine de toilette préfabriquée», les spécifications techniques des cabines préfabriquées commercialisées par la société BAUDET sous la dénomination «Tourmaline». Ce descriptif technique du modèle Tourmaline commercialisé par cette société est en effet libellé dans les termes suivants, qui sont expressément reproduits en pages 84 et suivantes du cahier spécial des charges (comp. pièces 1 et 5) :

«02.02.01.01 – Cabine de toilette préfabriquée
Qf 48,00 Pc

Voir plans de détails repris dans le dossier de marché

STRUCTURE

Receveur, plafond et trois parois en composite polyester armé fibre de verre assemblée par vissage.

Receveur de douche intégré à la structure équipé d'une bonde à grand débit (passage de 90).

Sol autoporteur à relief antidérapant (tenir compte des contraintes de sol indiquées sur plan commercial).

Etanchéité assurée par joint mousse comprimé à cellules fermées.

Etat de surface : gelcoat lisse, coloris uni.

Classement Feu : M2

EQUIPEMENT

Bloc porte comprenant :

- Une huisserie métallique E.Z. laquée époxy blanc, clair de 1015 mm.
- Une porte cintrée ép 40 mm sur pivot déporté en partie haute et basse et équipée de poignées de tirage.
- Seuil inox cintré pour finition de l'entrée salle de bain.

Plan vasque en béton de résine

- Mitigeur vasque en laiton chromé type GROHE 06140478.

- Porte-serviettes découpé dans la vasque.

- 2 portes peignoirs en nylon coloré type NORMBAU (voir fiche produit 01010003).

- Miroir fixe grand format (800 x 480) positionné sur panneau déco en agglomérés hydrofuge stratifié.

- 1 barre d'appui de 300 mm avec rosaces de finition (voir fiche produit 01010127).

Ensemble de douche comprenant une barre avec curseur réglable, un flexible et une pomme de douche chromée.

- Mitigeur douche en laiton chromé type GROHE SMART 33555001.
- MMV 06140350.
- Tablette intégrée à la paroi de douche.
- Rideau de douche PVC blanc monté sur rail aluminium au plafond.
- 1 barre d'appui de 300 mm verticale avec rosaces de finition (voir fiche produit 01010127).

Cuvette WC suspendue et rehaussée, équipée d'un abattant double en thermodur blanc.

- Distributeur de papier en nylon coloré type NORMBAU (voir fiche produit 01010125).
- Réservoir de chasse encastré avec plaque de commande double blanche type GEBERIT 06110221-06110220.
- 1 barre d'appuis de 300 mm avec rosaces de finition (voir fiche produit 01010127).

ELECTRICITE – VENTILATION

3 spots halogènes TBT 20 W rendu 35 W IP 65 encastrés au plafond au-dessus de la vasque et à l'entrée.

1 spot halogène TBT 20 W rendu 35 W IP65 encastré au plafond dans la zone douche.

Raccordements par câble électrique 3x2,5² en attente dans un boîtier de raccordement, à proximité de la trappe d'accès.

Câblage Haute Température pour le 12V, câblage R2V pour le 220v.

Ventilation assurée par clair sous porte et extraction par bouche VMC auto-réglable d'un diamètre de 125 mm située en plafond – Débit de 75m³/h.

Nota : Prévoir un disjoncteur différentiel 1DA/30 mA et un câble d'alimentation 3x1.5². Interrupteur non fourni.

ALIMENTATION – EVACUATION

Accès par une trappe démontable (L=495 x i=392) à proximité du WC.

Tuyauterie d'alimentation EC/EF en multidouches type PEXAL O16, avec connections serties, équipée de robinet d'arrêt ¼ de tour : diamètre de raccordement ½'' situés derrière la trappe.

Tubes d'évacuation en polyéthylène :

- Sortie WC en diamètre 90 mm (à confirmer).
- Sorties douche et vasque en diamètre 40 mm (à confirmer).

Ensemble pont d'eau extérieur salle de bain

Meuble vasque sur vérin en panneau de particule hydrofuge repris sur le bloc salle de bain.

Habillage en pourtour intégré au caisson.

Porte et contre porte avec loquet à palette et condamnation à clé. Articulation sur pivots en laiton. Arrêt de porte autobloquant.

Vasque en inox équipée d'un mitigeur type CHAVONNET 2520L.

Siphon PVC et évacuation polyéthylène en diamètre 40 mm en sortie verticale.

Ventilation assurée par raccordement entre le caisson et la salle de bain.

- Y compris

- Prise de courant LEGRAND 01060413
- Réservation appel infirmière
- Siège de douche rabattable NORMBAU 01010239-503
- Barre rabattable NORMBAU 01010316
- 2 barres de maintiens 300mm supplémentaire 01010127-717
- Lave bassin DELABIE 061400422 (A VERIFIER LA COMPATIBILITE AVEC LA PRISE DE COURANT).

A noter que la mise en œuvre de cet ouvrage doit être parfaitement coordonnée avec les travaux des autres corps de métier. Les dates d'intervention seront définies par l'architecte dès le début du chantier»

Une telle reproduction dans le cahier spécial des charges des spécifications techniques du modèle commercialisé par la société BAUDET constitue une violation manifeste de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dès lors :

- qu'elle conduit inmanquablement les soumissionnaires à choisir ledit modèle, excluant de ce fait le recours à d'autres fournisseurs;
- qu'elle n'est aucunement justifiée par l'objet du marché.

On remarquera d'ailleurs que le descriptif technique émanant de la société BAUDET comporte le titre «modèle Tourmaline – LES CHARDONNERETS à JAMBES – s'adressant aux personnes à mobilité réduite (L : 2300*1 : 1845*H : 2340) – descriptif technique», ce qui démontre que cette société avait été préalablement contactée et choisie par le pouvoir adjudicateur en vue de fournir les cabines de toilette préfabriquées dans le cadre du marché litigieux.

Il y a enfin lieu de souligner que les plans établis par le bureau d'architectures CREEL à la requête du pouvoir adjudicateur reproduisent le dessin de cabine figurant dans le descriptif technique émanant de la société BAUDET.

Compte tenu de ce qui précède, le cahier spécial des charges applicable au marché litigieux est irrégulier et la décision d'attribution subséquente prise par le pouvoir adjudicateur sur base d'un tel cahier spécial des charges est également irrégulière.

L'exécution de cette décision d'attribution doit en conséquence être suspendue.

2.2. Au-delà de l'irrégularité précitée, qui contraint les soumissionnaires à faire choix d'un seul et même fournisseur en vue de satisfaire à un poste du marché alors que cela n'est aucunement justifié par l'objet de ce marché, force est également de constater que le cahier spécial des charges contient à plusieurs reprises, en ce qui concerne le poste 02.02.01.01 «Cabine de toilette préfabriquée» des indications de marque commerciale prohibées par la disposition visée aux moyens. On peut ainsi relever, à titre d'exemples, en pages 84 et 85 du cahier spécial des charges les mentions suivantes :

- «- Mitigeur vasque en laiton chromé – type GROHE 06140478
[...]
- 2 portes peignoirs en nylon coloré type NORMBAU
[...]
- Mitigeur douche en laiton chromé – type GROHE SMART 33555001
[...]
- Distributeur de papier en nylon coloré type NORMBAU
[...]
- Réservoir de chasse encastré avec plaque de commande double planche type GEBERIT 06110221-06110220.
[...]
- Vasque en inox équipée d'un mitigeur type CHAVONNET 2520L
[...]]».

Dès lors qu'il était tout à fait possible de donner une description de ces éléments du poste 02.02.01.01 sans faire référence à des marques commerciales, l'indication de telles marques dans le cahier spécial des charges vicie celui-ci ainsi que la décision d'adjudication subséquente prise par le pouvoir adjudicateur en date du 28 juin 2012.

L'exécution de cette décision doit par conséquent être suspendue.

2.3. Compte tenu de ce qui précède et dès lors que le montant de l'offre de la requérante ne pouvait être modifié sur base de dispositions irrégulières du cahier spécial des charges, cette offre constituait l'offre régulière la moins-disante et le marché devait être attribué à la requérante."

B. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse rappelle le prescrit de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et cite un commentaire doctrinal des dispositions de cet article, après quoi elle réfute le moyen comme suit :

" Il résulte de ce qui précède qu'une telle problématique nécessite d'une part un examen concret des faits : le cahier spécial des charges contient-il des spécifications de nature à favoriser un entrepreneur ? D'autre part, si la réponse est positive, un examen des deux types d'exceptions prévues par la réglementation : est-on dans un des cas visés par les exceptions ? Dans l'affirmative, les conditions prévues par l'arrêté royal ont-elles été respectées ?

- Il convient de relever en préambule que l'offre de la requérante contenait, entre autre, une remise de prix pour le placement d'une cabine préfabriquée par la société BAUDET.

Dès lors, indépendamment de la question de savoir s'il est exact qu'aucune autre cabine ne pouvait être proposée (quod non), il convient de s'interroger, à tout le moins, sur l'intérêt de la requérante à se plaindre d'une telle spécification alors que (1°) son offre comprend une annexe dans laquelle elle reconnaît expressément que, selon elle, seule la cabine préfabriquée par la société BAUDET répond parfaitement aux exigences techniques spécifiées par le CPAS; (2°) la requérante a remis prix pour le placement d'une cabine préfabriquée par la société BAUDET; (3°) le CPAS a reconnu l'offre de la requérante régulière sur ce point et a procédé à son examen et à sa comparaison.

Ainsi, en quoi les clauses du marché auraient-elles eu «pour effet», pour reprendre les termes de l'article 85 litigieux, «de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises» ?

S'agissant d'un marché de travaux, n'importe quel entrepreneur «sanitariste» peut se fournir auprès de la société BAUDET, dont il n'est pas affirmé qu'elle aurait un réseau de placeurs privilégiés ou exclusifs. La preuve en est que la requérante a pu remettre prix pour ce poste.

Enfin, la requérante ne démontre pas non plus que ses propositions de cabines préfabriquées n'auraient pas été examinées car elles n'étaient pas de marque BAUDET. Au contraire, toutes les cabines proposées par la SA DANNEELS ont fait l'objet d'un examen par le CPAS.

La SA DANNEELS ne démontre donc pas avoir été pénalisée ou éliminée en raison du descriptif litigieux, auquel son offre a d'ailleurs répondu.

- Ensuite, les conditions matérielles visées à l'article 85 de l'Arrêté royal du 01.01.1996 ne sont pas remplies.

La requérante affirme que la description technique du poste 02.02.01.01 impliquerait obligatoirement de faire appel à la société BAUDET mais ne le prouve pas.

La SA DANNEELS ne démontre pas non plus que seul le modèle de la société BAUDET serait recherché par le CPAS, ce qui conduirait ce dernier à refuser tout autre modèle.

Au contraire, l'examen des faits démontre qu'outre le fait que le cahier spécial des charges autorise expressément la proposition de produits équivalents, le CPAS a effectivement examiné tous les aspects de l'offre de la SA DANNEELS, et spécialement chacune des cabines préfabriquées proposées. L'examen des faits démontre également que si deux types de cabines proposées par la SA DANNEELS n'ont pas été retenus, ce n'est pas au regard de la marque prétendument exigée - ni de la marque des produits équipant la cabine elle-même -, mais bien de leurs dimensions et de leurs fonctionnalités. L'examen des faits démontre enfin que les autres offres déclarées régulières l'ont été sans certitude quant à la marque exacte de cabines qui serait placée ou de la marque des produits équipant lesdites cabines.

En d'autres termes, tous types de produits/marques sont donc admis; toutes les propositions sont examinées; celles qui sont écartées sont celles qui ne correspondent pas au descriptif dans ses composantes essentielles (dimensions/fonctionnalité); le soumissionnaire qui a été choisi n'est pas obligé de placer la marque BAUDET, pour autant que la cabine qui sera proposée corresponde au descriptif.

Bref, le descriptif de la cabine préfabriquée demandée par le CPAS ne crée pas d'obstacle à la concurrence des entrepreneurs «sanitaristes» voulant participer au marché; ne comporte aucune norme technique taillée sur mesure pour un opérateur économique, ni spécification particulière favorisant une entreprise au détriment des autres. Le cahier spécial des charges litigieux n'empêche pas un accès égal de tous ces soumissionnaires potentiels.

- Les spécifications techniques contenues au point 02.02.01.01 du cahier spécial des charges seraient-elles visées par l'article 85 de l'arrêté royal du 08.01.1996, qu'il y a lieu de considérer que les exceptions prévues par la réglementation trouvent à s'appliquer.

■ Rappelons tout à la fois les spécificités tenant à la nature même des cabines préfabriquées et celles liées à une exigence particulière du CPAS.

Il convient de ne pas l'oublier, mais une cabine de toilette préfabriquée n'est pas un produit standard appelé à pouvoir être substitué par n'importe quel autre, comme cela pourrait être le cas d'un lavabo, d'un frigo, d'un type de revêtement de sol, ...

La cabine de toilette préfabriquée est en effet une pièce à part entière dans un bâtiment. Il s'agit de la salle de bain.

En conséquence, indépendamment de l'équipement de cette salle de bain ou de ses propriétés particulières, lorsque le projet (plans, cahiers des charges) est établi par l'architecte et approuvé par le CPAS, le choix d'une cabine emporte par lui-même l'approbation des dimensions de la pièce.

S'il n'existe pas de normes de dimensionnement standard, et que le choix d'une cabine plutôt qu'une autre, implique la fixation des dimensions de la pièce elle-même, tout simplement parce qu'aucune cabine préfabriquée sur le marché n'a les mêmes dimensions, alors le simple choix d'une cabine s'identifie, sur cet aspect, à celui qui est fait par le CPAS lorsqu'il approuve la hauteur des pièces, la largeur des couloirs, le nombre d'étages, ...

Partant, critiquer le choix d'une marque de cabine ou, plus exactement, critiquer l'exclusion d'une cabine de dimensions autres que celles voulues par le cahier spécial des charges, revient en fait à critiquer la dimension d'une pièce,

l'agencement d'une chambre, par rapport à son sas d'entrée et sa salle de bain attenante, ...

Si une telle critique est admise, cela revient à considérer qu'aucun choix discrétionnaire ne peut être posé dans l'établissement d'un projet et que tout projet doit rester dans le flou jusqu'au moment de sa mise en œuvre. Or, à un moment donné, il faut tout de même bien progresser dans la description de certains aspects du projet sans que cette description puisse être contestée. Si on ne peut décider une bonne fois pour toute de la taille d'une salle de bain, les dimensions des couloirs pourront également être remises en cause, ainsi que l'épaisseur des murs ou la hauteur du faîte, ...

Ainsi, l'exemplaire de cabine préfabriquée choisi pour modèle pour décrire les attentes du CPAS aurait-il été posé sans justification autre que celle du dimensionnement, que cette seule justification se suffit à elle-même. S'agissant d'un ensemble complexe devant s'agencer au reste du bâtiment, l'établissement des plans et autres documents passe par le choix d'une cabine.

Au demeurant, l'exemple de cabine préfabriquée retenu, on l'a vu, ne se justifie-t-il pas uniquement au regard des dimensions, mais bien des fonctionnalités : essentiellement, le choix du CPAS est de permettre deux éviers/lavabos, l'un à l'intérieur de la cabine, l'autre, à l'extérieur.

■ Vu ce qui précède, il ne fait aucun doute que les exceptions prévues par la réglementation trouvent à s'appliquer :

- L'indication d'une provenance déterminée ou de procédés particuliers est autorisée si elle est justifiée «par l'objet du marché».

Ainsi, le choix particulier de cabine préfabriquée opéré par le CPAS pour servir de descriptif est-il justifié en lui-même par la nécessité de fixer une bonne fois pour toute la taille de la salle de bain comme on peut être amené à fixer toutes les autres dimensions d'une pièce, ainsi que par la volonté de disposer de deux éviers/lavabos. L'objet du marché justifie donc l'indication d'une provenance déterminée.

- En tout état de cause, une cabine préfabriquée de toilette constitue un ensemble complexe et difficile à décrire. Surtout, dans le cas d'espèce, cette cabine doit être équipée de manière particulière, non seulement au regard des utilisateurs (il ne s'agit pas d'une cabine préfabriquée pour hôtel ou chambre d'étudiants) qui sont des personnes à mobilité réduite auxquelles il faut fournir un équipement particulier, mais également au regard de la nécessité de disposer de deux éviers (extérieur et intérieur).

Il se justifiait donc parfaitement de faire usage de la description d'un modèle existant, dont on s'est assuré qu'il réponde aux exigences essentielles.

Le modèle Tourmaline de la société BAUDET n'a pas été cité comme étant le modèle exigé, mais a été pris uniquement pour servir d'exemple dans le descriptif, le cahier spécial des charges précisant bien que le choix exact du produit serait fait juste avant sa mise en œuvre et que tout produit équivalent pouvait être proposé.

Les conditions visées dans la première exception (autorisation de citer une marque si la description au moyen d'autres spécifications est impossible et à condition de permettre la fourniture d'un produit équivalent) [*sic*].

Le deuxième moyen manque en droit."

C. Thèse de l'intervenante

Dans sa requête en intervention, l'intervenante réfute le moyen comme suit :

" a) Remarque préalable concernant le comportement du soumissionnaire DANNEELS

Quelle que soit la pertinence éventuelle du ou des moyens soulevés, l'intervenante volontaire estime devoir attirer l'attention du Conseil d'Etat sur le comportement ambigu, voire malsain, de la requérante.

En effet :

■ Le deuxième moyen que la SA DANNEELS formule dans sa requête, à le considérer fondé, porte sur des éléments qui lui étaient parfaitement connus au moment de l'analyse du Cahier spécial des charges, c'est-à-dire au moment où il lui était matériellement possible de dénoncer l'éventuelle violation de l'article 85 et au besoin, via l'article 98 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, de demander des explications et une éventuelle régularisation.

■ La requérante, en remettant volontairement une offre reprenant un matériel moins cher et non conforme au poste 02.02.01.01. du métré, a clairement spéculé soit pour se voir attribuer le marché au détriment de la concurrence qui, elle, respectait les impositions du Cahier spécial des charges, en fournissant du matériel non conforme; soit, à défaut d'obtenir le marché en introduisant la procédure de suspension d'extrême urgence en invoquant les éventuelles faiblesses des documents contractuels.

En toute hypothèse, si cette spéculation malsaine n'est pas de nature à amoindrir la pertinence du ou des moyens pris de l'éventuelle violation de la législation, cette spéculation interdit que la partie requérante en tire un autre profit que la remise en concurrence sur base de clauses contractuelles corrigées.

b) L'article 85 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 a-t-il été violé?

Il appartiendra au CPAS de Namur, partie adverse, de faire valoir ses moyens à l'encontre des griefs formulés et de préciser si les spécifications techniques critiquées étaient justifiées par l'objet du marché.

Si, ce que soutient l'intervenante volontaire à titre principal, les documents du marché ne violent pas l'article 85 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, alors l'offre de la requérante devait être déclarée irrégulière dès lors que ce soumissionnaire n'a pas remis une offre conforme aux spécifications techniques, et dès lors que l'offre DANNEELS ne pouvait, sauf à violer l'article 111 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, être régularisée, même «pour permettre la comparaison des soumissions sur une base commune» (rapport de soumissions, page 4, pièce 2 dossier DANNEELS).

c) Les conséquences légales de la violation éventuelle de l'article 85.

Si la partie adverse n'était pas en mesure de justifier la régularité technique, elle n'aurait d'autre choix que de retirer sa décision du 28 juin 2012 et de faire application de l'article 18 § 1^{er} de la Loi du 24 décembre 1993 qui précise que :

«L'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.»

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur corrigera son Cahier des charges et remettra le marché en concurrence, soit suivant le mode de l'adjudication, soit suivant celui de

l'appel d'offres ou suivant celui de la procédure négociée. Le nouveau marché pourra également prévoir des variantes obligatoires.

En ce sens, la partie intervenante rejoint, à condition qu'il y ait violation de l'article 85, la première conclusion de la requérante, à savoir que «(...) le cahier spécial des charges applicable au marché litigieux est irrégulier et la décision d'attribution subséquente prise par le pouvoir adjudicateur sur base d'un tel cahier spécial des charges est également irrégulière» (requête, page 8, paragraphe 4).

Par contre, la deuxième conclusion de la partie requérante, à savoir que la SA DANNEELS devait se voir attribuer le marché, ne peut être suivie. Précisément, parce que, par hypothèse, les documents du marché seraient entachés d'irrégularité.

Le respect du principe essentiel de concurrence impose que tous les soumissionnaires puissent être mis sur un pied d'égalité; ce qui implique, évidemment, qu'ils disposent tous du même Cahier des charges. Considérer que la soumission DANNEELS, dont on connaît la manoeuvre hautement spéculative de son auteur, est la soumission régulière la plus basse reviendrait à pénaliser tous les autres soumissionnaires qui, eux, ont respecté «les règles du jeu» imposées par le pouvoir adjudicateur. Ce qui ne se peut."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'y a pas lieu d'avoir égard aux considérations de la requête en intervention relatives à l'attitude de la requérante, dès lors que l'intervenante n'en tire aucune conclusion quant au sort qu'à son estime, elles imposeraient de réserver au moyen.

Par ailleurs, l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics est libellé comme suit:

" A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, il est interdit d'introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises.

Est notamment interdite l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée. A titre exceptionnel, une telle indication accompagnée de la mention «ou équivalent» est toutefois autorisée lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés."

L'introduction de spécifications techniques, au sens de cette disposition, doit être dûment justifiée, par des motifs exposés dans les documents du marché, tels le cahier spécial des charges et les documents rendant compte des différentes décisions préalables au lancement de la procédure d'attribution. Ne satisfont pas à cette exigence, et ne sont donc pas susceptibles d'être invoquées utilement, des

considérations émises dans le rapport d'analyse des offres ou la décision d'attribution du marché, ou bien encore dans le cadre d'un recours.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le poste 02.02.01.01. du cahier spécial des charges, portant sur la fourniture et le placement de 48 cabines de toilette préfabriquées, voit son descriptif correspondre à celui de la cabine Tourmaline, de la société BAUDET, et ce, même si ce modèle n'est pas nommément désigné.

Il apparaît, à la faveur d'un examen effectué en extrême urgence, qu'aucune justification du recours à ce modèle de cabine de toilette n'a été apportée par la partie adverse avant l'introduction de la requête actuellement examinée.

Les seules considérations émises au titre de justification du recours à ce modèle l'ont été dans la note d'observations déposée par la partie adverse, et lors de l'audience du 30 août 2012. Pareille motivation exposée *a posteriori* est vaine.

Dans ces circonstances, qui font apparaître *prima facie* que l'introduction, dans le cahier spécial des charges du marché litigieux, de la description du modèle de cabine de toilette préfabriquée "Tourmaline" n'est pas dûment justifiée et, pour cette raison, ne semble pas satisfaire aux exigences imposées en vertu de l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, le moyen doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'invoque aucune circonstance qui permettrait d'établir que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL GOUVE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 28 juin 2012 par le centre public d'action sociale de la ville de Namur en tant qu'elle a pour objet d'attribuer à la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE le lot n° 3 (sanitaires) du

marché de travaux de reconditionnement de la maison de repos et du centre d'accueil du jour au CMS «LES CHARDONNERETS» pour le prix de 946.911,26 euros.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le trente et un août deux mille douze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Samy DJERBOU,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Samy DJERBOU.

David DE ROY.