

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.759 du 14 décembre 2012

G./A.191.857/VI-18.157

En cause : **1. l'association momentanée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT S.C.R.L. ET BUREAU D'ARCHITECTURE MERCENIER CLAUDY,**
2. la société coopérative à responsabilité limitée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT,
3. le BUREAU D'ARCHITECTURE MERCENIER CLAUDY,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

la commune de Villers-le-Bouillet,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 mars 2009, l'association momentanée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT S.C.R.L. ET BUREAU D'ARCHITECTURE MERCENIER CLAUDY, la société coopérative à responsabilité limitée QUADRA ARCHITECTURE ET MANAGEMENT, le BUREAU D'ARCHITECTURE MERCENIER CLAUDY demandent l'annulation "des décisions prises par la partie adverse en date du 3 mars 2009, attribuant le marché ayant pour objet «Marché de services relatif à la construction d'une maison communale» au Bureau GARCIA et la décision du Collège Communal du 4 mars 2009 déclarant l'offre des requérants non retenue".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 192.128 du 1^{er} avril 2009 a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence.

Les parties requérantes ont introduit le 24 avril 2009 une demande de poursuite de la procédure.

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 21 août 2012, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 3 octobre 2012.

Des lettres du 25 septembre 2012 ont remis l'affaire à l'audience du 28 novembre 2012.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et Me Xavier CLOSE, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Bernard DEROUAUX, 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

Les éléments de fait nécessaires à la solution du litige ont été résumés dans les termes suivants par l'arrêt n° 192.128 précité :

- " 1. En sa séance du 16 septembre 2008, le conseil communal de la partie adverse approuve le cahier spécial des charges, l'estimation et le mode de passation d'un marché public de services d'auteur de projet «relatif à la construction d'une maison communale».

L'objet du marché est le suivant (article 2) :

«Le marché a pour objet une mission complète d'architecture (...) ainsi que

- les relevés de géomètre nécessaires;
- une mission complète d'ingénierie en stabilité béton armé et techniques spéciales;
- une mission spéciale de coordination;
- une mission de coordination sécurité-santé;

La mission concerne le projet de construction d'une maison communale, pour la réalisation duquel le pouvoir adjudicateur prévoit un budget maximum de 3.800.000 € H.T.V.A.

La nouvelle infrastructure devra répondre, d'une part, aux exigences relatives à l'enveloppe budgétaire et au programme du Maître d'Ouvrage et d'autre part aux objectifs énergétiques du dossier de candidature déposé à la Région wallonne : bâtiment passif à énergie positive... zéro émission CO2.».

Le marché est passé selon la procédure d'appel d'offres général (article 3).

Les critères d'attribution sont les suivants (article 9) :

«1. Montant des honoraires : 25 %

Formule de cotation (T = taux d'honoraires) : $15 - (T \text{ proposé} - T \text{ moyen}) \times 10$ avec un maximum de 25 points et un minimum de 0 point.

La moyenne se calcule :

lorsque le nombre des offres est inférieur ou égal à 4, en prenant en compte l'ensemble des offres.

lorsque le nombre des offres est supérieur à 4, en excluant à la fois l'offre la plus basse et, parmi les plus élevées, un nombre d'offres présentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité.

2. Approche du projet sur le plan architectural et esthétique (a), technique (b), économique et budgétaire (c) : 25 %

3. Approche du projet (travaux y compris) au vu du planning : 25 %

4. Objectifs énergétiques dans le cadre du projet : 25 %».

2. L'avis de marché est publié le 5 novembre 2008.

3. Le 11 février 2009, jour de l'ouverture des offres, cinq soumissions sont déposées :

- Association momentanée GARCIA - BICE - ARCHEL;
- Association momentanée QUADRA ARCHITECTURE & MANAGEMENT - MERCENIER;
- A. W. ARCHITECTES;
- FHW;
- IGRETEC.

4. Le 24 février 2009, il est établi un rapport d'analyse des offres.

Il ressort du rapport qu'en dehors de FHW, les quatre autres offres sont sélectionnées et considérées comme conformes au cahier spécial des charges. Elles sont ensuite examinées et comparées. Le rapport se conclut par le tableau récapitulatif et la proposition suivants :

«

Tableau des cotations	Association momentanée Garcia - BICE - Archel	Association momentanée Qadra architecture & management - Mercenier	A.W. Architectes	IGRETEC
Approche du projet sur le plan architectural, esthétique, technique, économique et budgétaire : 25 %	15	17,92	6,67	5,83
Taux honoraires : 25 %	25	0	15,2	25
Approche du projet au vu du planning 25 %	16,75	16,25	17,5	5
Approche du projet au vu des objectifs énergétiques : 25 %	13,75	17,5	5	6,25
TOTAL 100 %	70	51,67	44,37	42,08
Position	1	2	3	4

Il est proposé de désigner l'Association momentanée Garcia - BICE – Archel adjudicataire du marché de service d'auteur de projet pour la construction de l'administration communale de Villers-le-Bouillet sous réserve que l'associé Archel fournisse une attestation ONSS et une attestation d'assurance responsabilité professionnelle.».

5. Le 3 mars 2009, le collège communal décide d'attribuer le marché.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, reproduit le rapport d'examen des offres et contient ensuite les considérations suivantes :

«Attendu que la firme ACHEL (en association momentanée avec GARCIA et BICE) a fourni les documents réclamés dans le rapport de la SPI +;

Vu la proposition de la SPI +, d'attribuer le marché de services à l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (tenant compte des critères d'attribution), soit GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE pour un pourcentage des honoraires de 6,85 %;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2009 article 104/733-60;

Considérant que le crédit sera financé par un emprunt et par subsides;

DECIDE, à l'unanimité des membres,

Article 1^{er} : de faire sien le rapport d'analyse des offres établi par la SPI + à LIEGE;

Article 2 : La proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 24 février 2009 pour le marché ayant pour objet «MARCHE DE SERVICE RELATIF A LA CONSTRUCTION D'UNE MAISON COMMUNALE», et de laquelle il apparaît que GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (tenant compte des critères d'attribution), est approuvée.

Article 3 : Le marché «de service relatif à la construction d'une maison communale» est attribué à GARCIA, RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE pour un pourcentage des honoraires de 6,85 %.

Article 4 : L'exécution doit répondre aux conditions fixées par le cahier spécial des charges N° 2008/03.

Article 5 : Le paiement des honoraires se fera par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2009, article 104/733-60.

Article 6 : La présente délibération est exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle.

Article 7 : Communique la présente décision :

- au SPW - DGO 5 - tutelle générale d'annulation - rue Van Opré no 95 à 5100 NAMUR,
- à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, conformément à l'article 21 bis § 2 de la loi du 24.12.1993 susdite.».

6. Par une lettre recommandée du 4 mars 2009, envoyée le 6 mars 2009, la partie adverse notifie aux parties requérantes ce qui suit :

«Nous avons le regret de vous signaler que votre offre relative au dossier repris sous rubrique n'a pas été retenue.

En effet, elle n'a pas été, au vu des critères prévus au cahier des charges, jugée la plus intéressante :

Analyse de l'offre :

APPROCHE DU PROJET SUR LE PLAN ARCHITECTURAL ET ESTHETIQUE (A), TECHNIQUE (B), ECONOMIQUE ET BUDGETAIRE (C) : 25 %

L'implantation du bâtiment dans son contexte est juste, les modes lents sont pris en compte.

La proposition actuelle est logiquement le prolongement de la réflexion élaborée lors de l'étude préliminaire. Le projet est cohérent et compact. Les gestes architecturaux ponctuels comme les courbes, les toitures terrasses ou la verrière

d'entrée sont timides. Intégration moyenne du concept de bâtiment public qui joue un rôle symbolique et didactique.

Le choix de positionner les parkings sur les côtés du bâtiment et de créer un espace public "vert" (zone tampon) à l'avant est judicieux.

Prise en compte des utilisateurs.

Système constructif rationnel, poteaux-poutres et trame régulière (modularité).

Bonne connaissance des techniques chaux-chanvre. Gestion technique simplifiée, simulation thermodynamique, calcul du temps de retour des investissements économiseurs d'énergie.

Bonne suggestion au niveau du marché de travaux, recours aux options.

Prise en compte des frais de fonctionnement. Formation du personnel d'entretien, responsable énergie.

17,92/25

TAUX D'HONORAIRES : 25 %

Critère évalué sur base de la formule reprise au C.S.C., la moyenne étant de 8,66 %.

0/25

APPROCHE DU PROJET AU VU DU PLANNING : 25 %

Bonne compréhension des enjeux, proposition d'avoir un seul interlocuteur et de diffuser rapidement les comptes-rendus.

Propositions de gains de temps ambitieuses.

La proposition de travailler en lots séparés et d'avoir une coordination des lots assurée par l'adjudicataire du lot gros oeuvre n'est pas vraiment un plus au niveau de la gestion du planning.

16,25/25

APPROCHE DU PROJET AU VU DES OBJECTIFS ENERGETIQUES : 25%

Bonnes propositions mais ces choix ne sont pas expliqués et restent à évaluer.

Choix d'un optimum.

Possibilité de compartimenter l'utilisation du bâtiment.

Proposition de réaliser beaucoup d'études intéressantes.

Insiste sur la formation des utilisateurs.

17,5/25

Nous vous rappelons que l'article 21bis de la loi du 24/12/1993 telle que modifiée à ce jour est d'application et que tout recours éventuel doit être introduit auprès

d'une juridiction dans les 15 jours calendrier à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente.»".

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE

La première requérante, est représentée conformément à la convention d'association par un mandataire, Didier LEPOT.

Les deuxième et troisième parties requérantes agissent non en tant que membres de la société momentanée mais à titre personnel.

On n'aperçoit pas qu'elles aient un intérêt direct à agir, à défaut d'avoir la qualité de soumissionnaire à titre personnel.

Le recours n'est pas recevable en ce qu'il est introduit par celles-ci.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Arguments des parties

Les parties requérantes prennent un premier moyen "de la violation de l'article 110, § 2, et 110, § 3, 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".

Dans une première branche, invoquant la violation de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, les parties requérantes soutiennent que l'offre de l'association momentanée GARCIA-BICE-ACHEL n'est pas conforme à l'article 15, § 2, du cahier spécial des charges au motif que, selon le rapport d'analyse des offres :

" Pour l'approche générale [lire : Bonne approche générale]. Liste intéressante et non exhaustive des interventions. La technique chaux-chaivre, le concept d'émission 0 et de bâtiment passif à énergie positive sont peu abordés".

Les parties requérantes soutiennent que l'article 15 du cahier spécial des charges impose ce qui suit :

" La nouvelle infrastructure devra répondre [...] aux objectifs énergétiques du dossier de candidature déposé à la Région wallonne : bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO². La nouvelle construction sera le premier bâtiment tertiaire chaux-chaivre en Wallonie. Il sera également le siège du Groupement d'Intérêt Economique chaux-chaivre".

Les parties requérantes affirment que :

- " si un seul de ces éléments [bâtiment passif à énergie positive - zéro émission CO² - matériaux chaux-chanvre] manque dans l'offre ou n'est pas abordé, celle-ci doit être considérée comme définitivement irrégulière au regard de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996".

Dans une seconde branche prise de la violation de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les parties requérantes font valoir que "l'offre retenue aurait dû être considérée comme irrégulière au motif qu'elle a proposé un prix anormalement bas", qu'"en l'espèce, la mission doit comprendre non seulement l'architecture, mais aussi des études sur la stabilité, les techniques spéciales, l'étude urbanistique des alentours, la coordination générale, la coordination sécurité-santé, les géomètres et les essais de sol complémentaires, et surtout des études ayant trait aux simulations thermodynamiques, l'éclairage naturel PHPP, bilan carbone, particularités chaux-chanvre, photovoltaïque", et que ces autres études, dans le cadre de la mission envisagée par les parties requérantes, représentaient près de 5 % du montant mentionné et répondaient aux conditions essentielles du cahier spécial des charges (article 15).

Selon les parties requérantes, aucun des autres bureaux d'architecture n'a tenu compte du coût de ces études, pourtant essentiel à la réalisation d'un bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO², avec recours à la technique béton-chaux-chanvre.

Les parties requérantes énoncent que si l'autorité administrative n'a pas d'obligation d'interroger les soumissionnaires sur la base de l'article 110, § 3, elle doit contrôler le caractère anormalement bas ou haut des offres, ce qui permet d'éviter des problèmes d'exécution au regard du cahier spécial des charges.

Dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse souligne, quant à la première branche, que l'offre des parties requérantes, dont la note relative aux objectifs énergétiques était "particulièrement complète", a obtenu 17,5/25 et une appréciation "parfaitement élogieuse", tandis que l'offre de l'attributaire ne recevait que 13,75/25 et le commentaire mentionné plus haut. La partie adverse estime que "l'article 15 du cahier spécial des charges ne formule pas une obligation qui n'aurait pas été respectée par les participants. Il ne prescrit pas à peine de nullité absolue de l'offre un contenu spécifique à la note technique qui devait être déposée", mais il impose que le projet respecte les conditions posées pour l'obtention du

subside. Elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur a pu considérer que tel était le cas des deux soumissionnaires, la requérante étant meilleure sur ce point particulier, ce qui ressort de la note qu'elle a reçue.

La partie adverse affirme que toutes les thématiques ont été abordées par l'adjudicataire dans la note technique.

Quant à la deuxième branche, la partie adverse répond que l'interprétation développée par les parties requérantes de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est erronée. Elle fait valoir que cette disposition n'obligeait en aucun cas la partie adverse à écarter comme irrégulière l'offre de l'attributaire du marché, mais, si elle avait estimé qu'un prix paraissait anormal, d'interroger le soumissionnaire. Elle ajoute que c'est l'offre des parties requérantes qui se trouvait largement au dessus de la moyenne des taux d'honoraires proposés par les autres soumissionnaires.

Elle conclut que le moyen manque en fait et ne peut être considéré comme fondé.

Dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes affirment, à l'appui de la première branche du moyen, que la page A4 intitulée "notice relative aux objectifs énergétiques dans le cadre du projet" fait ressortir que, contrairement à ce qu'indique le rapport d'analyse des offres, les éléments : technique chaux-chanvre, le concept d'émission 0 et de bâtiment passif à énergie positive ne sont aucunement abordés par l'attributaire du marché.

Aux points a) technique chaux-chanvre, b) bâtiment passif à énergie positive, c) concept émission zéro CO² et d) non respect du cahier des charges - annexe 3, elles développent des critiques nouvelles concernant les trois éléments relatifs aux objectifs énergétiques.

Aux points e) absence de schéma directeur, f) absence de finition rapportée et g) mission de coordination, les parties requérantes développent des critiques étrangères à la branche du moyen.

Les parties requérantes donnent une nouvelle formulation à la seconde branche du moyen, considérée comme obscure par l'arrêt n° 192.128 du 1^{er} avril 2009.

Elles font valoir que le pouvoir adjudicateur aurait dû, dans un premier temps, sur la base de l'article 110 § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, s'interroger sur la normalité du prix de l'offre retenue par rapport aux prix proposés dans les autres offres et plus particulièrement dans celle des parties requérantes puis, dans un second temps, déclarer que l'offre retenue contenait un prix anormalement bas.

Les parties requérantes expliquent que le taux de 13 % de leurs honoraires comprend les honoraires d'architecte à raison de 7,36 % et les études complémentaires à raison de 5,64 %, font valoir que celui du soumissionnaire retenu est de 6,85 %, "passablement identique", soutiennent que le soumissionnaire retenu a fait l'économie de nombreux frais extérieurs nécessaires à la réalisation d'un bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO₂, que l'article 110, § 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doit être lu en l'espèce en combinaison avec l'article 110, § 3 et que le moyen a été parfaitement compris par la partie adverse comme par le Conseil d'Etat.

Elles énoncent encore que :

" Il y a lieu d'envisager, tant l'article 110 § 3 que l'article 110 § 4 pour juger de la légalité de la normalité du prix rendu;

En effet, soit la partie adverse a commis une illégalité en omettant de se renseigner sur les prix rendus par chacun des participants, soit elle ne le fait pas et par voie de conséquence doit considérer qu'un des prix est anormalement bas à moins de considérer que les études envisagées par les requérants et intégrées dans son prix seraient inutiles au regard du cahier spécial des charges;

Ce fait, la partie adverse violerait, comme indiqué dans la première branche, l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

Dès lors, si l'on considère que la partie adverse ne viole pas l'article 110 § 3, elle viole par voie de conséquence l'article 110 § 4 en ne tenant pas compte de l'intégration des coûts des études nécessaires à la réalisation du cahier des charges".

Elles contestent que leur offre dépasse très largement les moyens budgétaires du pouvoir adjudicateur et est nettement supérieure à l'offre retenue.

Dans leur dernier mémoire, les parties requérantes admettent que les concepts de bâtiment passif à énergie positive zéro émission CO₂ ne sont pas des techniques mais des résultats à atteindre qui sont calculables. Elles considèrent que ces calculs une fois réalisés, il faut voir s'ils ont été mis en œuvre au stade des travaux, ce que ne permet pas l'offre déposée par l'attributaire de marché.

Les parties requérantes entendent établir que l'expression "bâtiment passif à énergie positive" correspond à une définition précise, et affirment, en

substance, que dans le bâtiment pour lequel le chantier est en cours, les sols et toitures sont isolés avec de la mousse résolitique, qui est un produit issu du pétrole dont l'usage amplifie la problématique des émissions de CO² dont résulte le réchauffement de la planète, qu'il est fait encore un large usage du béton armé, de châssis de fenêtre en aluminium et de renforts de structure en acier, "tous gros émetteurs de CO²", qu'il apparaît clair que le troisième objectif ne sera pas rempli dans les faits, qu'une simple déclaration d'intention de l'attributaire du marché ne peut suffire.

Elles ajoutent que la question du débit d'air et de la ventilation est fondamentale, que si elle fait défaut, il est impossible de réaliser un bâtiment passif à énergie positive comme prévu par le cahier spécial des charges et que l'absence de schéma directeur, de finition et de mission de coordination compromet la réalisation du bâtiment passif et méconnaît le cahier spécial des charges.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

Le moyen tel que formulé dans la requête unique, repose essentiellement sur la méconnaissance affirmée d'une exigence que l'article 15, alinéa 2, du cahier spécial des charges imposerait de respecter dans la construction de la nouvelle infrastructure qui doit être un bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO², chaux-chanvre.

Les parties requérantes relient cette exigence à la "notice relative aux objectifs énergétiques dans le cadre du projet", maximum une page A4, imposée par l'article 8, 14°, du cahier spécial des charges et le 14° du point H. Annexes de l'Annexe A Formulaire d'offre du même cahier spécial des charges.

Elles prétendent y trouver une condition substantielle prescrite à peine de nullité de la régularité de l'offre.

Rien de tel ne ressort cependant ni du cahier spécial des charges ni de ses annexes.

Malgré les développements consacrés par les parties requérantes dans les pièces de la procédure, plus particulièrement dans leur dernier mémoire, aux exigences inhérentes à la construction du bâtiment envisagé à l'article 15 du cahier spécial des charges, elles ne peuvent être suivies en ce qu'elles affirment que cette disposition impose à peine de nullité un contenu spécifique ou minimal à la notice

technique qui devait être déposée conformément à l'article 8, 14°, du même cahier spécial des charges.

On ne voit pas que la partie adverse eût été tenue d'écarter l'offre de l'attributaire au motif que sa notice relative aux objectifs énergétiques n'aurait pas évoqué ces aspects de la nouvelle infrastructure.

C'est indûment encore que les parties requérantes allèguent que l'examen de la page A4 intitulée "notice relative aux objectifs énergétiques dans le cadre du projet" annexée à l'offre de l'attributaire du marché révèle que les trois aspects requis par l'article 15 du cahier spécial des charges, ne sont pas du tout abordés par celui-ci.

Cette affirmation paraît excessive si l'on prend en compte les éléments de solution contenus dans la notice de l'attributaire, tels : les matériaux écologiques, les coefficients d'isolation, la verrière à orientation sud, l'enveloppe étanche à l'air, les puits canadiens, l'échangeur à double flux, la "Night purge" l'été, l'éclairage à la lumière naturelle.

La notice relative aux objectifs énergétiques dans le cadre du projet de l'attributaire contient l'introduction suivante :

" Il n'est pas facile d'exposer, en une seule page A4, les principes et objectifs énergétiques qui seront au centre des préoccupations lors du projet.

Nous en faisons une énumération non exhaustive ci-après; bon nombre des éléments sont d'ailleurs plus largement exprimés dans l'annexe 3 «Réponse aux besoins», jointe au dossier de demande de candidature".

L'annexe 3 du cahier spécial des charges, "Réponse aux besoins, point 3.2.2.2.B. Objectifs énergétiques" fait apparaître que les concepts de bâtiment passif à énergie positive, zéro émission CO² ne sont pas des techniques mais des résultats à atteindre par le choix de solutions appropriées au stade de l'étude du projet, et par leur mise en œuvre rigoureuse, au stade des travaux.

L'appréciation contenue dans le rapport d'analyse des offres, selon laquelle "La technique chaux-chanvre, le concept d'émission 0 et de bâtiment passif à énergie positive sont peu abordés" ne fait ressortir aucune erreur manifeste d'appréciation.

Dès lors que la notice relative aux objectifs énergétiques ne devait pas comporter à peine de nullité les trois éléments : bâtiment passif à énergie positive,

zéro émission CO² et technique chaux-chanvre, les critiques longuement développées par les parties requérantes dans leur mémoire en réplique et leur dernier mémoire au départ de cette affirmation inexacte ne peuvent conduire à déclarer le moyen fondé.

Quant aux critiques portant sur l'absence de schéma directeur, de finition rapportée et de mission de coordination, elles sont, par leur contenu, étrangères à la notice relative aux objectifs énergétiques et ne se rattachent pas à la première branche du moyen.

B. Seconde branche

La partie adverse disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Rien ne l'obligeait à considérer l'offre de l'attributaire comme irrégulière et à l'écarter au motif que celui-ci proposait un prix anormalement bas.

Ce à quoi l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 l'obligeait, c'était à demander une justification du prix dans l'hypothèse où elle aurait envisagé d'écarter l'offre en raison du caractère apparemment élevé ou apparemment bas des prix unitaires.

Les parties requérantes n'établissent pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas comme apparemment anormal le prix remis par l'attributaire du marché ainsi que par l'autre soumissionnaire dont l'offre a été jugée régulière.

Le cahier spécial des charges définit l'objet du marché comme comportant une mission complète d'architecture, les relevés de géomètre nécessaires, une mission complète d'ingénierie en stabilité béton armé et techniques spéciales, une mission spéciale de coordination et une mission de coordination sécurité-santé.

Dans la requête, les parties requérantes s'attachent surtout aux autres études "ayant trait aux simulations thermodynamiques, l'éclairage naturel PHPP, bilan carbone, particularités chaux-chanvre, photovoltaïque".

Elles font valoir que, dans le cadre de la mission envisagée par elles, ces études représentent près de 5 % du montant mentionné et répondent aux conditions essentielles du cahier spécial des charges (article 15), alors qu'aucun des autres bureaux d'architecture n'en a tenu compte.

Cette orientation explique que l'offre des parties requérantes comporte un taux d'honoraires de 13 % alors que les deux autres offres jugées régulières comportent respectivement des taux de 6,85 % et 7,80 %.

Il apparaît que c'est la manière dont les parties requérantes ont conçu leur mission et non l'étendue de celle-ci définie par le cahier spécial des charges qui fonde cette différence.

Enfin, c'est vainement que les parties requérantes se réclament de l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui ne trouve à s'appliquer qu'en matière de marchés de travaux.

Le premier moyen n'est fondé ni en sa première ni en sa seconde branche.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

Les parties requérantes prennent un deuxième moyen "de la violation de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...] et/ou du cahier spécial des charges".

Elles soutiennent que, selon le rapport d'analyse des offres, c'est celle qu'a présentée l'association momentanée GARCIA-BICE-ARCHEL qui a été retenue alors que le descriptif de l'offre dans la décision du 3 mars 2009 ne fait référence qu'au bureau GARCIA, qu'ainsi, la décision attaquée attribue le marché au bureau GARCIA alors que le rapport d'analyse des offres propose de désigner l'association momentanée GARCIA-BICE-ARCHEL, que, si c'est bien l'association momentanée qui a déposé l'offre, la décision du 3 mars 2009 désigne un adjudicataire inexistant et viole l'article 115 de l'arrêté royal du 8 juin 1996 qui précise que : "Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière qu'il juge la plus intéressante en fonction de critères variables suivant le marché [...]".

Dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse oppose que le moyen manque en droit et en fait, que le rapport de comparaison des offres propose d'attribuer le marché à l'association momentanée GARCIA-BICE-ARCHEL, que la délibération du collège du 3 mars 2009 fait siennes les conclusions du rapport de comparaison des offres dans ses motifs et y renvoie dans son dispositif et qu'elle attribue le marché au bureau GARCIA, qui est le mandataire

de la société momentanée en manière telle qu'il s'agit tout au plus d'une erreur de plume puisqu'il n'y a aucun doute sur l'identité du soumissionnaire et de l'adjudicataire, la société momentanée GARCIA-BICE-ARCHEL.

Dans leur mémoire en réplique et leur dernier mémoire, les parties requérantes s'en remettent à l'appréciation du Conseil d'Etat.

VI. 2. Décision du conseil d'Etat

Il s'avère que, par sa délibération du 3 mars 2009, la partie adverse a approuvé la proposition d'attribution du marché telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 24 février 2009 "de laquelle il apparaît que GARCIA RUE DE WARFUSEE 111 à 4470 SAINT GEORGES SUR MEUSE est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse".

Selon le formulaire d'offre de l'association momentanée GARCIA-BICE-ARCHEL, celle-ci est représentée dans le cadre du marché par Henri GARCIA, administrateur délégué du bureau d'architecture Henri GARCIA, ce que confirme le mandat qui y est joint.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

Les parties requérantes prennent un troisième moyen de la "violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, et du respect du principe d'égalité entre les candidats".

En une première branche, elles allèguent la "motivation inexacte relative à l'offre des requérants".

Elles font valoir que le rapport d'analyse des offres fait ressortir à tort que dans leur offre, les choix ne sont pas expliqués et restent à évaluer, alors que la note se réfère à l'étude réalisée par l'architecte MERCENIER et précise les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif et que les annexes permettent d'envisager concrètement comment sera mise en œuvre la technique nouvelle se référant aux matériaux béton-chaux-chanvre.

En une deuxième branche, elles allèguent l'"Inexactitude du tableau des cotations relatif au premier critère d'attribution, soit le prix, au regard de l'article 9.1. du cahier spécial des charges" et soutiennent, à propos du critère prix, que le calcul opéré dans le rapport d'analyse des offres est inexact, que la moyenne de 8,66 retenue est obtenue en incluant l'offre jugée irrégulière alors que, si l'on tient seulement compte des quatre offres recevables, la moyenne n'est plus de 8,66 mais de 9,21 et que cette erreur n'est pas sans conséquence sur la notation puisque le cahier spécial des charges, en son article 9.1., prévoit qu'au cas où le nombre des offres retenues est supérieur à quatre, il faut exclure l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

En une troisième branche, elles font état de l'"Inexactitude de la motivation en ce qui concerne les deuxième, troisième et quatrième critères d'attribution".

Au sujet du deuxième critère, elles soutiennent que leur offre est "jugée quasiment sur tous les points, de manière positive ou très positive alors que beaucoup de réserves sont énoncées sur l'offre finalement retenue" mais que seulement 2,92 points sur 25 séparent leur offre de celle de l'attributaire, étant 17, 92/25, d'une part, et 15/25 d'autre part, que la compacité du bâtiment en projet, premier facteur de réussite pour un bâtiment passif, a été jugée inadéquate dans l'offre retenue tandis que sur ce point, les qualités de leur offre étaient prises en compte. Elles concluent que "la cotation ayant trait à ce critère est manifestement inexacte, la motivation reprise pour chacune des offres étant contradictoire par rapport aux cotes retenues".

En ce qui concerne le troisième critère ayant trait au planning, les parties requérantes énoncent que "l'offre retenue a proposé le recours à la préfabrication alors qu'en ce qui concerne la motivation ayant trait aux requérants, ce recours à la préfabrication n'est pas indiqué alors qu'il figure dûment dans leur offre, ce qui devait nécessairement relever son niveau de cote par rapport aux autres arguments", que "dans ces conditions, il ne s'agit pas seulement d'une erreur d'appréciation mais bien d'une inexactitude dans la motivation qui omet, pour un des candidats, ce recours à la préfabrication alors qu'il le retient pour l'autre et que ce critère semblait se trouver dans les deux offres".

En ce qui concerne le quatrième critère relatif aux objectifs énergétiques, les parties requérantes soulignent qu'"alors que la technique chaux-chanvre, le concept d'émission zéro CO² et de bâtiment passif, ne sont pas ou peu abordés dans l'offre retenue, celle-ci obtient 13,75 contre 17,5 pour leur offre", et que "les deux autres propositions sont notées à 5/25 et 6,25/25 alors qu'elles comportent une

approche lacunaire et généraliste sur ces trois éléments techniques considérés comme fondamentaux par le cahier spécial des charges et par l'autorité subsidiante".

Dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse rappelle le pouvoir d'appréciation très largement discrétionnaire dont dispose le pouvoir adjudicateur en appel d'offres, qui a pour corollaire le contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation exercé par le Conseil d'Etat, évitant "de se substituer à l'appréciation qui relève de la compétence du pouvoir adjudicateur et qui comporte, singulièrement dans la passation des marchés publics, de nombreuses considérations techniques qui sortent très largement du champ de compétence des juristes".

Quant à la première branche, elle fait valoir que l'offre des parties requérantes a reçu plus de points que les offres concurrentes, que l'étude préalable élaborée par Claudy MERCENIER était une contrainte à respecter et a été d'ailleurs insérée en annexe au cahier spécial des charges et qu'elles ne pouvaient se "réapproprier" ce travail, sans violer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Quant à la deuxième branche, portant sur la prétendue inexactitude des notations relatives au premier critère d'attribution, soit le prix au regard de l'article 9.1. du cahier spécial des charges, la partie adverse ne discute pas l'erreur commise mais fait valoir que celle-ci n'a eu aucune incidence sur l'attribution du nombre de points à prendre en considération pour les parties requérantes ou pour l'adjudicataire, ce qui rend la critique inopérante.

Quant à la troisième branche, la partie adverse fait valoir les arguments suivants :

" Il ressort clairement du rapport de comparaison des offres et de la délibération du Collège communal que l'offre des requérantes a été particulièrement appréciée et notée de manière très positive sur tous les aspects techniques (architectures et objectifs énergétiques), elles ont d'ailleurs à chaque fois obtenu plus de points.

Malheureusement, le prix offert par les parties requérantes était prohibitif et dépassait très largement les moyens budgétaires de la commune, en application de la formule de pondération prévue par le csc, c'est sur ce critère que les parties requérantes «ont perdu le marché».

Du point de vue du planning, l'adjudicataire et les parties requérantes ont reçu les mêmes points : leur méthodologie a été dûment appréciée par les auteurs du rapport de comparaison des offres et estimée d'une égale qualité pour les motifs énoncés dans le rapport, la mention expresse d'un élément de cette méthodologie n'a pas l'importance que semble lui accorder les parties requérantes.

Partant, le moyen manque en fait et en droit, il ne peut être considéré comme fondé".

Dans leur mémoire en réplique et leur dernier mémoire, les parties requérantes énoncent qu'à partir du moment où l'offre contient, comme exposé au premier moyen, une inexactitude à savoir que les conditions de l'article 15 du cahier spécial des charges sont peu abordées alors qu'elles ne sont pas abordées, la motivation de l'acte attaqué est inexacte.

Pour le surplus, les parties requérantes s'en réfèrent à leur requête en annulation.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'inexactitude invoquée a été rencontrée lors de l'examen du premier moyen, première branche.

Pour le surplus, soit les erreurs alléguées ne sont pas déterminantes, soit les parties requérantes invitent le Conseil d'Etat à substituer sa propre appréciation à celle de l'administration ou à refaire l'analyse des offres à la place du pouvoir adjudicateur.

Le moyen n'est pas fondé.

VIII. QUATRIEME MOYEN

VIII. 1. Arguments des parties

Les parties requérantes prennent un quatrième moyen de l'illégalité de l'article 9 du cahier spécial des charges et de la violation du principe du respect de l'égalité des candidats.

Elles font valoir que l'article 9.1 du cahier spécial des charges impose de donner une note de zéro point à toute offre qui s'écarte de plus de 1,5 % de la moyenne des offres, que ce système de notation n'est absolument pas proportionné pour permettre une évaluation équitable des différentes offres, que ce type de calcul va amener à donner vingt-cinq points à l'offre retenue et zéro point à l'offre des parties requérantes, que pratiquer de la sorte vide de son sens la comparaison des offres dans le cadre d'un appel d'offre et se rapproche du système d'adjudication, ce qui crée manifestement une rupture d'égalité entre les différents candidats, particulièrement quant aux chances de celui remettant le prix le plus élevé.

La partie adverse répond que le pouvoir adjudicateur jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire dans le choix des critères d'attribution et dans la manière dont il compte les noter pour autant qu'il reste transparent à cet égard.

Elle soutient que par ce pouvoir discrétionnaire, il ne s'agit que de préserver la liberté du pouvoir adjudicateur, qui reste le client de la relation contractuelle, de fixer clairement ses priorités et ses limites, que le système retenu avait pour effet de pénaliser fortement les prestataires qui prenaient le risque de remettre des honoraires élevés, qu'il ne s'agissait pour le pouvoir adjudicateur que de rester dans ses moyens budgétaires, que les parties requérantes ont parfaitement compris ses priorités mais ont néanmoins décidé de remettre un prix élevé à leurs risques et périls. Elle conclut que le moyen manque manifestement en droit et en fait.

Les parties requérantes se réfèrent dans leur mémoire en réplique et leur dernier mémoire à la deuxième branche du premier moyen tel que développé par elles ainsi qu'aux considérations évoquées dans la requête en annulation.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen met en cause le système de notation du critère prix au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Tant les directives européennes que la législation belge laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres.

Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de retenir comme critère d'attribution le critère "prix". Lorsqu'ils le choisissent, les législations européenne et belge ne précisent pas comment intégrer le critère "prix" dans les autres critères d'attribution ni comment l'apprécier.

Toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée.

Tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse" soit, en droit belge, l'offre "la plus intéressante" et doivent donc être liés à l'objet du marché.

Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis.

Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. C'est ce dernier point qui fait l'objet du moyen.

Le système de notation du critère prix prévu par l'article 9.1. du cahier spécial des charges a été appliqué à toutes les offres régulières et de la même manière par la partie adverse.

La formule mathématique qui y figure a pour effet d'attribuer zéro point à l'offre dont le taux d'honoraires s'écarte de 1,5 % ou plus du taux moyen d'honoraires. Cette dégressivité certes rapide n'est pas disproportionnée au regard d'un taux moyen d'honoraires qui se situe aux environs de 9 % ni au regard du montant du marché, une différence de 1,5 % représentant près de 57.000 euros.

Cette méthode de calcul n'écarte pas de manière automatique et définitive celui qui remet le prix le plus élevé, la note 0 n'étant attribuée qu'à partir d'une différence de 1,5 %.

Utiliser la fourchette maximum de points prévus pour un critère d'attribution (en l'occurrence, entre 0 et 25) n'est pas critiquable dès lors que toute autre méthode aurait pour effet de neutraliser une partie de la notation et dès lors de l'impact du critère concerné.

Enfin, le système de notation du critère prix était annoncé dans le cahier spécial des charges. Les soumissionnaires connaissaient donc, avant de déposer leur offre, la formule retenue par la partie adverse, laquelle avait pour effet de pénaliser fortement les prestataires qui prenaient le risque de remettre des honoraires élevés.

Le moyen n'est pas fondé.

IX. CINQUIEME MOYEN

IX.1. Arguments des parties

Les parties requérantes prennent un cinquième moyen de la violation de l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 et de la loi du 12 novembre 1997 relative

à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes et du respect du principe d'égalité des candidats.

Elles font valoir qu'après que la décision attaquée eût été prise, la partie adverse a refusé de délivrer à leur conseil une copie de l'offre retenue au motif que l'article 21bis, § 2, de la loi précitée ne prévoit pas la possibilité de consulter les offres concurrentes et que le § 3 de la même disposition précise que certains documents ne peuvent pas être communiqués lorsque leur divulgation peut porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprise publique ou privée, ou peut nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

Les parties requérantes soutiennent que cette pratique a déjà été jugée condamnable par un arrêt du 6 mai 2003 n° 119.018 et que, par son refus, la partie adverse rompt nécessairement l'égalité entre les candidats, cette rupture devant être appréciée non seulement au cours de la procédure mais également au niveau de la communication des motifs de la décision reposant sur le dossier administratif et notamment l'offre sollicitée.

Elles entendent souligner que la partie adverse ne précise pas davantage en quoi leur demande serait manifestement abusive au sens de l'article 7, alinéa 1^{er}, 3^o de la loi du 12 novembre 1997.

En réponse, la partie adverse fait valoir que la jurisprudence citée dans la requête a trait à la communication des pièces composant le dossier administratif dans le cadre d'un recours devant le Conseil d'Etat. Elle affirme que son dossier administratif comportant l'offre de l'adjudicataire a été directement déposé dans le respect du principe du contradictoire.

Elle ajoute :

" En toute hypothèse, il n'est pas encore généralement reconnu par votre jurisprudence que dans le cadre des mesures d'information prises lors de la passation d'un marché public, un pouvoir adjudicateur devrait produire à tous les concurrents copie de toutes les offres alors même que le marché n'est pas encore définitivement notifié.
Il est sage de ne pas prévoir pareille obligation car cela rendrait quasiment impossible, en cas de passation conflictuelle du marché, de mener à bien le processus de passation du marché. [...]
En toute hypothèse, un non respect des règles de communication ou d'information n'est pas de nature à énerver la légalité de la décision d'attribution du marché."

Les parties requérantes s'en réfèrent en réplique et dans leur dernier mémoire à leur requête en annulation tout en soulignant que la non-communication de

l'offre retenue a affecté leur argumentation sur le premier moyen développé comme le démontre le mémoire en réplique.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les griefs formulés par les parties requérantes portent sur des faits postérieurs à la prise de la décision attaquée.

A les supposer établis, ils demeureraient sans incidence sur la légalité de l'acte attaqué.

Le moyen n'est pas fondé.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 1.050 euros, sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 350 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze décembre deux mille douze par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat,
David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.