

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

n° 259.666 du 30 avril 2024

A. 241.666/VI-22.793

En cause :

1. **la SA C.B.D.,**
2. **la SRL WAX ARCHITECTURE,**
3. **la SRL IN SITU,**
4. **la SRL IN PLANO,**
5. **la SRL DFT ENGINEERING,**
6. **la SRL ARIES CONSULTANTS,**
7. **la SRL GNERJ CONSULTING,**

ayant toutes élu domicile chez
M^e Sébastien FIEVEZ, avocat,
chaussée d'Antoing 55
7500 Tournai,

contre :

la commune de Silly,
représentée par le collège communal.
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et Hugo DE GENNES, avocats,
Chaussée de La Hulpe 185
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 avril 2024, les parties requérantes demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 13 février 2024 par la commune de Silly (dont le siège social est sis Place communale 18 à 7830 Silly et inscrite à la BCE sous le numéro 0207.410.645) et dont les extraits ont été communiqués par courrier daté du 25 mars 2024 mais adressé le 29 mars 2024 et réceptionné le 3 avril 2024, de déclarer [leur] offre nulle et d'attribuer le marché de conception-construction de la crèche Les petits Fripons à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 avril 2024.

La contribution et les droits 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. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Sébastien Fievez avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^{es} Patrick Thiel et Hugo de Gennes, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le 13 septembre 2023, la commune de Silly (partie adverse) publie au bulletin des adjudications un avis de marché relatif à l'attribution, selon une procédure ouverte, d'un marché de travaux visant à la conception et à la construction de la crèche « Les Petits Fripons », destinée à accueillir 28 enfants, à 7830 Silly.

Le cahier spécial des charges expose plus précisément l'objet du marché comme suit :

« Description de l'objet du marché :

La commune de Silly souhaite réaliser un projet de construction ambitieux pour la crèche "Les Petits Fripons" sur un terrain à proximité de la place communale et de la Maison communale. Ce terrain au cœur du village s'annexe à un nouveau parking connecté à une halle commerciale couverte et à un futur lieu culturel polyvalent "Le Rideau". Il comptera 66 emplacements de parking dont 2 PMR et 2 dédiés aux véhicules électriques avec borne de recharge.

L'objectif du projet de crèche est d'offrir un bâtiment pour l'accueil de 28 enfants (12 bébés - 16 moyens/grands) de qualité architecturale, fonctionnelle et environnementale, parfaitement isolé, peu énergivore, agréable, confortable thermiquement, acoustiquement, visuellement et accessible à tous.

[...]

L'adjudicataire assurera la conception, la construction et l'équipement complet du bâtiment, en garantissant sa performance énergétique et fonctionnelle. Il sera responsable des atteintes performanciennes liées à l'HVAC via un suivi technique pendant la période de garantie de 2 ans. Ce n'est qu'au terme de cette période de garantie que l'adjudicataire sera libéré de sa garantie contractuelle de performance pour l'HVAC.

Le bâtiment devra être facile d'entretien, d'utilisation et de gestion.

Le marché portera donc, en bref, sur les prestations et travaux suivants :

- La conception d'une crèche pour 28 enfants, répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur ;
- Les Soumissionnaires jouiront d'une assez grande liberté dans le choix des solutions architecturales et techniques dans la limite des prescriptions du programme fonctionnel, et en conséquence porteront la pleine responsabilité de leurs propositions ;
- Une mission complète d'architecture de conception et suivi d'exécution des travaux.

L'attention des soumissionnaires est expressément attirée sur le fait que le pouvoir adjudicateur accorde une importance primordiale à l'indépendance des équipes de concepteur (architecte et bureaux d'études) par rapport à l'entreprise ;

- La réalisation des travaux et les équipements.

Le présent marché comporte 2 parties nécessitant chacune un ordre de commencer :

1. Partie études :

- Phase 1 - Remise de l'avant-projet : 30 JC après date de l'ordre de commencer la partie études en vue de la présentation de l'avant-projet en réunion plénière avec le SPW (estimée au 11/06/2024)
- Phase 2 - Remise de l'avant-projet définitif : 10 JC suite à la réunion plénière avec le SPW
- Phase 3 - Remise des documents complets de permis unique : 30 JC après l'approbation de l'avant-projet définitif par le Collège

L'adjudicataire est chargé de la coordination générale des tâches.

À ce titre, il est garant de la cohérence du projet au niveau architectural, technique, performantiel et financier ainsi que de la coordination sécurité.

[...]

2. Partie exécution :

- Phase 4 - Remise du dossier d'exécution complet : 10 JC après l'octroi du permis.

Délai d'exécution : suite à l'octroi du permis, les travaux devront commencer à dater du 20ème JC de la notification de l'ordre de commencer la partie Exécution et se terminer au plus tard le 31/05/2026 de manière à ce que la crèche soit opérationnelle le 31/08/2026 au plus tard ».

2. Les critères d’attribution et leur pondération, également détaillés par le cahier des charges, sont les suivants :

- 1. Prix (50)
- 2. Qualités architecturales et environnementales du projet (25)
- 3. Qualités énergétiques et de confort du projet (20)
- 4. Délai d’exécution des travaux en jours calendriers (5)

Au sujet du deuxième critère d’attribution, le cahier des charges précise ce qui suit quant aux documents devant être joints à l’offre :

9.	<p>Critère d’attribution 2 – Qualités architecturales et environnementales du projet (A3.6)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Tous les documents graphiques</u> à savoir : <ul style="list-style-type: none"> - une implantation cotée distinguant les entrées (principale, secondaires), les accès, l’orientation du bâtiment, les aménagements extérieurs, le solde de la parcelle ; - des plans cotés ARCHI/STAB/HVAC/SANITAIRES (détails EP/EU/tamponnement) /ELEC, légende des matériaux (murs/sols/plafonds/façades/toitures) et indication des surfaces par local ; - Coupes - Elévations - 3D extérieures et intérieures ▪ 1 note descriptive décrivant la répartition qualitative des 2 parcelles proposées, les intentions urbanistiques, architecturales, fonctionnelles et environnementales du bâtiment afin de dépasser les exigences du plan cigogne et de l’ONE et les engagements de la commune (+ de 80% d’éco-matériaux, bâtiment à énergie positive, durabilité, gestion des apports naturels/ des surchauffes, ...) en complément du dossier graphique. ▪ La note devra décrire les mesures mises en place pour assurer le côté vertueux du bâtiment (principe DNSH) ▪ 1 note descriptive sur les mesures mises en place pour la gestion durable du chantier et de l’eau dans le projet <p>Dans le formulaire de soumission, le soumissionnaire spécifie la décharge agréée dans laquelle les déchets du présent chantier seront évacués. Il est censé s’être informé préalablement au dépôt de son offre des conditions d’accès et d’acceptation à la décharge préconisée.</p>
----	---

3. Le cahier des charges prévoit en outre, en ces termes, la possibilité pour les opérateurs économiques intéressés de poser des questions au pouvoir adjudicateur *via* un forum sur la plateforme *publicprocurement.be* :

« Toute question relative au présent marché sera posée exclusivement par le biais du “forum” attendant à l’avis de marché accessible sur le site <https://enot.publicprocurement.be> au plus tard jusqu’au 13 novembre 2023 à 12h00.

Sauf dans l’hypothèse où le soumissionnaire indiquerait que la question est confidentielle et moyennant acceptation de ce caractère confidentiel par le

pouvoir adjudicateur, l'adjudicateur publiera les réponses aux questions sur ce forum au plus tard le 16 novembre 2023.

[...]

En principe, ces réponses ne posséderont qu'une valeur explicative et doivent toujours être lues avec les documents du marché. En cas de contradiction, les documents du marché priment.

Les réponses ayant une incidence sur la portée des documents du marché s'incorporeront à ces derniers et auront la même valeur.

Si les réponses formulées justifient un addendum ou une adaptation des documents du marché, le pouvoir adjudicateur publiera un avis rectificatif et communiquera, par e-mail, un tel document modificatif simultanément à tous les soumissionnaires ».

Dans ce contexte, l'échange suivant a lieu sur le forum entre un soumissionnaire potentiel et le pouvoir adjudicateur, au sujet du niveau du parking et de voiries entourant le projet :

Bonjour,
Pourriez-vous nous donner le niveau fini du parking et des voiries projetées?
Bien à vous

FR

Posté le 17/10/2023 16:54 CEST

Les niveaux sont indiqués sur les plans dwg et pdf communiqués. Une dernière version vous est toutefois communiquée pour les sens de circulation du parking.
Le rue Saint-pierre a un niveau de +/-57.00 sur la largeur du terrain.
Les places du nouveau parking dédiées à la crèche et bordant le terrain auront un niveau de 56.60
La rue de la station semble avoir un niveau moyen de 56.45 sur la largeur du terrain.
Il y a une forte probabilité que le chantier du parking ne soit pas terminé au commencement des travaux de la crèche. Une coordination entre les 2 chantiers sera nécessaire.

FR

Publié le 20/10/2023 14:04 CEST

4. Lors des ouvertures des offres, le 1^{er} décembre 2023, il est constaté que 5 offres ont été déposées, dont celle des requérantes.

5. Le 13 décembre 2023, l'agence intercommunale IDETA, qui assiste le pouvoir adjudicateur dans le cadre de ce marché, adresse l'e-mail suivant aux requérantes :

« Mesdames, Messieurs,

[...] pourriez-vous également préciser les éléments suivants relatifs aux critères d'attribution :

[...]

CRITERE 2

* Pourriez-vous nous expliquer la différence de niveau de 1.50m étant donné la réponse au forum suivante : “La rue Saint-pierre a un niveau de +/-57.00 sur la largeur du terrain. Les places du nouveau parking dédiées à la crèche et bordant le terrain auront un niveau de 56.60”.

S’il s’agit d’une erreur de lecture des données, pourriez-vous nous transmettre la différence de prix ?

[...]

En vertu de l’article 66 § 3 de la loi du 17/06/2016, nous vous demandons de nous fournir les réponses par retour du présent mail pour le 21/12/2023 à 12h00 au plus tard ».

Le 19 décembre 2023, les requérantes répondent ce qui suit à cette demande :

« [...]

La précision du niveau du parking à 56.60m l’a été dans le forum en cours d’étude, et cette précision nous a échappé. Nous avons pris comme hypothèse le niveau du dernier tiers de la rue de la Cure. Cette donnée avait été retenue également dans un souci de sécurité par rapport aux aléas d’inondation. Par ailleurs, le niveau +/- 58.00 nous garantissait la possibilité d’un égouttage gravitaire vers le point de rejet à rue.

La précision que le niveau du parking rejoint le terrain naturel à 56.60, implique que le niveau de seuil de la crèche peut être fixé à 56.80 m. sans trop de risque. Par rapport aux aléas d’inondation, nous prévoyons de placer la crèche à un niveau plus élevé que le parking, ce qui permet de limiter ce risque.

Il va de soi que le vide technique que nous avons prévu peut être supprimé, et qu’une économie peut être réalisée sur le gros-œuvre du projet. Par ailleurs, les remblais au périmètre seront également limités.

Au niveau de l’égouttage, une pompe de relevage est à prévoir. Les distances ne permettront pas d’assurer une pente satisfaisante sans cette installation.

La mise à jour est répercutée sur les plans repris en “ANNEXE 01 - dossier graphique adapté”.

L’économie pour la suppression du vide ventilé est de 40.000,00 EUR HTVA. Ce montant est à déduire du montant de l’offre de prix proposée ».

Est notamment joint à cette correspondance un nouveau plan en coupe du bâtiment à construire, ne figurant plus le vide sanitaire initialement prévu.

6. Le 18 janvier 2024, les requérantes effectuent, conformément à l’article A3.54 du cahier spécial des charges, une présentation de leur offre au pouvoir adjudicateur. En prévision, elles communiquent un document *powerpoint* figurant le nouveau plan en coupe qui était joint au « dossier graphique adapté » communiqué le 19 décembre 2023.

7. Un rapport d'attribution est rédigé par l'intercommunale IDETA concluant à la présence d'une irrégularité substantielle dans l'offre des requérantes, celles-ci ayant – à son estime – modifié leur offre en cours de procédure.

8. Le 14 février 2024, le collège communal de Silly décide ce qui suit au sujet de l'offre des requérantes :

- Attendu que sur base de l'analyse de la régularité des offres, il a été constaté que l'offre du groupement CBD + GOE WAX - In Situ – DFT - ARIES - Ecoptimiz - In-Plano présentait une irrégularité substantielle ;
- Attendu que l'assistant à maîtrise d'ouvrage, IDETA, après avoir procédé à la vérification des prix sur base de l'article 35 de l'ARP a interrogé le soumissionnaire par rapport au problème de niveau entre le bâtiment et le parking en vue de vérifier que le soumissionnaire a bien compris les nécessités d'exécution du marché et de s'assurer qu'une exécution conforme aux documents du marché est possible pour les prix remis ;
- Considérant que le soumissionnaire a confirmé à l'assistant à maîtrise d'ouvrage qu'il n'avait pas tenu compte des précisions relatives au parking publiée dans le forum attendant au présent marché et qu'il pouvait être procédé à la suppression du vide ventilé et déduire un montant de 40.000,00 € HTVA du montant de l'offre de prix proposée ;
- Attendu que le cahier des charges prévoyait que les réponses formulées par le biais du forum ayant une incidence sur la portée des documents du marché s'incorporeraient à ces derniers et avaient la même valeur ;
- Attendu que les justifications transmises par le soumissionnaire ont pour effet de modifier l'offre afin de corriger leur erreur ;
- Attendu qu'en procédure ouverte, les justifications ne peuvent viser à modifier une offre de manière à permettre au soumissionnaire de corriger les erreurs qu'il a commises dans la compréhension des documents du marché ;
- Que les justifications qui modifient l'offre sont donc inacceptables ;
- Considérant que conformément à l'article 76 [AR 18/04/2017] § 1^{er} [...] qui prévoit que constitue une irrégularité substantielle celle :
 - Qui est de nature à empêcher la comparaison de l'offre du soumissionnaire aux autres offres puisqu'il est impossible de comparer une offre avec vide ventilé avec les autres offres qui n'en ont pas ;
 - Qui rend l'engagement du soumissionnaire incomplet ou incertain puisqu'il ne peut pas exécuter le marché dans les conditions prévues ;
- Que conformément à l'article 76 [AR 18/04/2017] § 3, dans le cadre de la présente procédure ouverte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre du Groupement CBD + GOE WAX - In Situ – DFT - ARIES - Ecoptimiz - In-Plano affectée d'une irrégularité substantielle ;

Il attribue par ailleurs le marché au groupement Interconstruct – AAVO pour un montant de 1.651.718,75 euros hors TVA.

Il s'agit de l'acte attaqué.

9. Le 25 mars 2024, la commune de Silly adresse par ailleurs la communication suivante au domicile élu des requérantes :

« Conformément à l'article 29, § 1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, nous vous informons que le marché précité a été attribué par le Collège communal le 13 février 2024 à un autre soumissionnaire.

Votre offre a été déclarée nulle pour les motifs suivants :

1. En date du 13 décembre 2023, il a été demandé à l'entreprise de justifier la présence d'un vide ventilé pour compenser une différence de hauteur de 1,50 m par rapport au niveau du terrain conformément à l'article 35 de l'AR du 18 avril 2017 et à l'article 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 :

“Pourriez-vous nous expliquer la différence de niveau de 1,50 m étant donné la réponse au forum suivante : ‘La rue Saint-Pierre a un niveau de +/- 57,00 sur la largeur du terrain. Les places du nouveau parking dédiées à la crèche et bordant le terrain auront un niveau de 56,60’. S’il s’agit d’une erreur de lecture des données, pourriez-vous nous transmettre la différence de prix ?”

2. En date du 21 décembre 2023, l'entreprise a confirmé son erreur d'interprétation :

“La précision du niveau du parking à 56,60 m l'a été dans le forum en cours d'étude, et cette précision nous a échappé. Nous avons pris comme hypothèse le niveau du dernier tiers de la rue de la Cure. Cette donnée avait été retenue également dans un souci de sécurité par rapport aux aléas d'inondation. Par ailleurs, le niveau +/- 58,00 nous garantissait la possibilité d'un égouttage gravitaire vers le point de rejet à rue. La précision que le niveau du parking rejoint le terrain naturel à 56,60, implique que le niveau de seuil de la crèche peut être fixé à 56,80 m. sans trop de risque. Par rapport aux aléas d'inondation, nous prévoyons de placer la crèche à un niveau plus élevé que le parking, ce qui permet de limiter ce risque. Il va de soi que le vide technique que nous avons prévu peut être supprimé, et qu'une économie peut être réalisée sur le gros œuvre du projet. Par ailleurs, les remblais au périmètre seront également limités. Au niveau de l'égouttage, une pompe de relevage est à prévoir. Les distances ne permettront pas d'assurer une pente satisfaisante sans cette installation. La mise à jour est répercutée sur les plans repris en 'ANNEXE 01 -- dossier graphique adapté'. L'économie pour la suppression du vide ventilé est de 40.000,00 € HTVA. Ce montant est à déduire du montant de l'offre de prix proposée”.

3. Conclusion :

Le Pouvoir adjudicateur, après avoir procédé à la vérification des prix sur base de l'article 35 de l'ARP, a interrogé le soumissionnaire en vue de vérifier que le soumissionnaire a bien compris les nécessités d'exécution du marché et de s'assurer qu'une exécution conforme aux documents du marché est possible pour les prix remis.

Les justifications transmises par le soumissionnaire ont pour effet de modifier offre. Or, en procédure ouverte, les justifications ne peuvent viser à modifier les prix et permettre au soumissionnaire de corriger les erreurs qu'il a commises dans la compréhension des documents du marché.

Les justifications qui modifient l'offre sont donc inacceptables.

Conformément à l'article 76 [AR 18 avril 2017] § 1^{er} [...] Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à empêcher la comparaison de l'offre du soumissionnaire aux autres offres. Conformément à l'article 76 [AR 18 avril 2017] § 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle ».

IV. Identification de l'acte attaqué

Il ressort du dossier administratif que l'acte attaqué a été pris par le collège communal de la partie adverse le 14 février 2024, et non le 13 février 2024 comme erronément mentionné dans la communication envoyée aux requérantes le 25 mars 2024.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt à agir des requérantes, car l'intérêt au « moyen unique » de leur requête – par ailleurs contesté – se confond selon elle « avec l'intérêt à la requête ». Elle renvoie dès lors à son argumentation consacrée « aux moyens [des] requérante[s] ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

Il n'est pas contesté que les requérantes disposent d'un intérêt à obtenir le marché.

Les requérantes soulèvent par ailleurs trois moyens – et non un moyen unique comme l'indique la note d'observations – dans lesquels elles contestent les motifs matériels et formels fondant la décision d'écarter leur offre du marché en raison de la présence d'une irrégularité substantielle. Les violations ainsi alléguées par les requérantes sont susceptibles de les avoir lésées.

Leur recours est dès lors recevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un premier moyen « pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, principalement ses articles 2 et 3, et du devoir de minutie, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, le principe de transparence ; des principes de bonne administration et en particulier du devoir de minutie ; du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'excès de pouvoir, de l'inexactitude et de l'inadéquation des motifs, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

En substance, elles rappellent le texte de la demande d'information qui leur a été adressée le 13 décembre 2023, et relèvent que cette demande était fondée sur l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016. Elles relèvent que l'acte attaqué indique, quant à lui, que cette demande d'information était fondée sur l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et sur l'article 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016.

Il en résulte, selon elles, que « la motivation de la décision n'est pas adéquate ni pertinente » et est « même erronée ».

Elles affirment par ailleurs que « les motifs qui ont conduit la partie adverse à écarter [l'offre des requérantes] sont erronés puisque [les requérantes n'ont] jamais souhaité modifier [leur] offre ».

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse estime que les requérantes n'ont pas intérêt au moyen car « la partie requérante ne démontre pas que son offre aurait été régulière » et que le moyen n'est pas de nature à lui « restituer une chance d'obtenir le marché », son offre étant « la plus chère parmi les cinq qui ont été déposées ».

Sur le fond, la partie adverse estime que le moyen manque de sérieux, la motivation formelle de l'acte attaqué, qui énonce selon elle de manière précise les motifs fondant l'écartement de l'offre de la requérante, étant à son estime adéquate.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Intérêt au moyen

S'agissant des recours introduits sur le fondement des articles 14, 15 et 31 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, l'intérêt d'un requérant à invoquer un moyen est conditionné à l'existence d'une lésion que lui a causé ou risqué de lui causer la violation alléguée.

Le premier moyen invoque notamment l'inadéquation des motifs formels justifiant la décision d'écarter l'offre des requérantes en réalité d'une irrégularité substantielle.

L'insuffisance de motivation dénoncée a pu léser les requérantes en les privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours en annulation contre l'acte attaqué et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle a pu, en outre, les priver de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

Le moyen est dès lors recevable.

B. Fondement

L'acte attaqué mentionne erronément que les requérantes ont été interpellées par le pouvoir adjudicateur sur le fondement de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui concerne la vérification des prix et des coûts.

Il ressort toutefois du courrier adressé aux requérantes par la partie adverse le 13 décembre 2023 que cette interpellation était exclusivement fondée sur l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui permet au pouvoir adjudicateur de « demander au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents » de l'offre « lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants ». Cette demande de clarification concernait en

l'occurrence une question en lien avec le deuxième critère d'attribution, c'est-à-dire les qualités architecturales et environnementales du projet, et non le premier critère d'attribution, à savoir le prix.

Ni l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, ni l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016, ne constituent le fondement juridique de l'écartement de l'offre de la requérante.

Il ressort sans ambiguïté des motifs formels de l'acte attaqué que ce dernier, en ce qu'il écarte l'offre des requérantes, trouve exclusivement sa motivation en droit dans l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, qui concerne la vérification de la régularité des offres, et qui distingue les irrégularités substantielles et non substantielles.

La motivation formelle de l'acte attaqué permet, à cet égard, aux requérantes de comprendre la disposition réglementaire qui fonde la décision qu'elles contestent.

Sur le plan des motifs de fait, le texte de l'acte attaqué permet aux requérantes de comprendre, d'une part, que la partie adverse leur reproche d'avoir modifié leur offre en cours de procédure et, d'autre part, qu'elle considère que cette modification constitue une irrégularité substantielle, empêchant une comparaison entre cette offre et les autres offres déposées.

Le texte de l'acte attaqué énonce de manière adéquate les motifs de fait et de droit qui le justifient. La mention erronée de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 comme fondement de la demande de clarification adressée aux requérantes ne permet pas, *prima facie*, de remettre ce constat en question.

Pour le surplus, l'argument des requérantes visant à contester l'affirmation de l'acte attaqué que leur offre a été modifiée en cours de procédure sera examiné à l'occasion du deuxième moyen.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen pris de « la violation des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de diligence, du principe du raisonnable, des devoirs de motivation matérielle et motivation formelle ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

En substance, elles affirment que les justifications qu'elles ont transmises à la partie adverse le 19 décembre 2023 n'ont pas eu pour effet de modifier leur offre, et qu'elles n'ont jamais souhaité la modifier. Elles expliquent que les précisions données quant à la suppression du « vide technique » prévu dans les plans joints à leur offre et quant à la diminution de prix qui en résulte constituaient une simple information quant à la possibilité d'adapter les niveaux « dans la suite du projet », laissant la partie adverse libre de faire ce choix ou non.

La partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la requérante avait modifié son offre. En toute hypothèse, la partie adverse aurait violé l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en considérant que leur offre était affectée d'une irrégularité substantielle alors qu'elle n'a « jamais considéré le niveau des bâtiments comme étant une spécification technique revêtant un caractère essentiel ».

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt des requérantes au deuxième moyen, pour les motifs déjà exposés au sujet du premier moyen. Elle ajoute que lorsqu'un requérant « conteste les motifs d'une décision, c'est qu'il les connaît et que le but de la motivation formelle a été atteint ».

Elle conteste également le sérieux du moyen. Elle rappelle, en substance, le principe d'intangibilité des offres et sa portée. Elle affirme que les requérantes ont bien modifié leur offre, et que telle était bien leur intention, puisqu'elles ont produit « le nouveau schéma dans [leur] document de présentation orale ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Intérêt au moyen

Le deuxième moyen, qui invoque notamment la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, critique les motifs fondant le constat de l'irrégularité substantielle de l'offres des requérantes.

Les violations alléguées dans ce moyen, à les supposer avérées, sont de nature à léser les requérantes.

B. Fondement

Le moyen est fondé sur l'affirmation des requérantes que les informations et documents communiqués le 19 décembre 2023 à la partie adverse n'ont pas modifié leur offre, et que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant le contraire.

Il ressort du courrier envoyé le 19 décembre 2023 par les requérantes au pouvoir adjudicateur en réponse à sa demande de clarification que les requérantes ont admis ne pas avoir appliqué les bonnes courbes de niveau et avoir, en conséquence, intégré à tort à leur projet un vide sanitaire en dessous du bâtiment projeté.

Aux fins de rectifier cette erreur, les requérantes ont indiqué, dans cette même correspondance, que ce vide sanitaire pouvait être supprimé, ce qui entraînait une diminution du coût du gros-œuvre de 40.000 euros. Elles ont également communiqué en annexe des plans et schémas modifiés tenant compte des bonnes courbes de niveau et ne comprenant plus le vide sanitaire précité.

L'article A3.54 du cahier spécial des charges imposait en ces termes aux soumissionnaires de faire une présentation orale de leur offre au pouvoir adjudicateur :

A3.54 Présentation orale des offres par les soumissionnaires

Le pouvoir adjudicateur prévoit la présentation orale des offres par les soumissionnaires.

Cette présentation aura lieu à la commune de Silly en présence du pouvoir adjudicateur et son assistant à maîtrise d'ouvrage IDETA en date du **12/12/2024**.

Chaque soumissionnaire disposera d'une heure maximum (présentation + questions/réponses).

Cette présentation a pour objectif d'exposer la proposition au pouvoir adjudicateur et de permettre un échange de questions réponses entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires.

Lors de la présentation orale de l'offre, l'usage du PowerPoint (ou autre programme) est autorisé, mais son contenu est strictement limité aux informations reprises dans l'offre.

Aucun document supplémentaire, notamment des photographies de situation existante ou des images de références, ne seront acceptés. Il est néanmoins consenti de projeter des images 'progressives' venant à constituer un même élément représenté sur papier : agrandissement d'une partie de plan, ajouts de flèches, titres, coloriage pour expliquer la destination des espaces, etc., pourvu que les informations véhiculées soient présentes dans l'offre déposée.

Un projecteur data et un ordinateur (compatible avec les formats *.ppt, *.pps, *.pdf, *.jpg) seront disponibles.

Les fichiers numériques utilisés pour la présentation seront transmis au Pouvoir adjudicateur au plus tard trois jours ouvrables avant la date de la présentation.

Les requérantes ne contestent pas que lors de la présentation de leur offre le 18 janvier 2024, elles ont utilisé les plans et schémas modifiés, en contradiction notamment avec le prescrit du cahier spécial des charges selon lequel le contenu de la présentation devait être « strictement limité aux informations reprises dans l'offres ».

Dans un tel contexte, il apparaît, *prima facie*, que les requérantes ont bien opéré une modification de leur offre en cours de procédure. Il ne peut dès lors être reproché à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation à cet égard.

Les requérantes contestent encore le caractère substantiel de l'irrégularité constatée car, selon elles, la partie adverse n'a « jamais considéré le niveau des bâtiments comme étant une spécification technique revêtant un caractère essentiel ».

L'acte attaqué qualifie l'irrégularité constatée dans l'offre des requérantes de substantielle parce qu'elle est, à l'estime de la partie adverse, « de nature à empêcher la comparaison de l'offre du soumissionnaire aux autres offres ». Il ne se prononce pas sur le caractère essentiel d'une spécification technique relative aux courbes de niveau. La critique des requérantes, à défaut de concerner le motif fondant réellement le constat du caractère substantiel de l'irrégularité constatée, ne peut être admise.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un troisième moyen pris « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination ; des articles 4, alinéa 1^{er} et 81, § 1^{er} de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; des articles 34 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de motivation, tant formelle que matérielle, de la confiance légitime ainsi que le devoir de minutie ; du principe général de droit "*patere legem quam ipse fecisti*" et de sécurité juridique ; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elles affirment que leur offre « ne comportait aucune erreur », que leur réponse aux questions de la partie adverse n'a pas eu pour effet d'aboutir à la modification de l'offre originale et que leur intention n'était pas celle-là. À leur estime, la partie adverse, en considérant que les requérantes avaient modifié leur offre, a commis une erreur manifeste d'appréciation. De leur point de vue, « tout au plus [la partie adverse] aurait-elle pu conclure que la justification apportée « était une erreur matérielle, ce qui n'était pas constitutif d'une irrégularité substantielle » ». Elles semblent affirmer que la partie adverse pouvait rectifier cette simple erreur matérielle en recourant à l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt des requérantes au troisième moyen, pour les motifs déjà exposés au sujet du premier moyen.

La partie adverse note que les requérantes ont-elles-mêmes reconnu leur erreur dans leur courrier du 21 décembre 2023, que l'offre a bien été modifiée et que cette modification ne peut être qualifiée de purement matérielle au sens de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. La modification de l'offre doit au contraire, à son estime, être considérée comme « une modification substantielle qui la rend irrégulière et empêche sa comparaison avec les autres offres ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Intérêt au moyen

Les requérantes contestent, dans leur troisième moyen, les motifs ayant abouti au constat de l'irrégularité de leur offre. La violation alléguée, à la supposer avérée, a pu préjudicier les requérantes en les privant de la possibilité de voir leur offre comparée aux autres offres.

Les requérantes disposent dès lors d'un intérêt au moyen.

B. Fondement

Un moyen, au sens de l'article 2, § 1^{er}, 3°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et de l'article 16, §1^{er}, 5°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, s'entend de l'indication de la règle de droit dont la violation est invoquée et de la manière dont elle est violée.

Les requérantes n'expliquent pas en quoi les articles 10 et 11 de la Constitution, les articles 4 et 81 de la loi du 17 juin 2016, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le principe de confiance légitime, le principe général *patere legem quam ipse fecisti*, et le principe de sécurité juridique auraient été violés.

Le moyen est irrecevable en ce qu'il vise ces dispositions et principes.

Les requérantes ne peuvent *prima facie* être suivies lorsqu'elles affirment que leur offre ne comportait aucune erreur. La partie adverse a écrit aux requérantes, le 13 décembre 2023, pour les interpellier au sujet du niveau de la construction proposée au regard des niveaux de la rue Saint-pierre et du nouveau parking dédié à la crèche. À la suite de ce courrier, les requérantes ont-elles-même indiqué ne pas avoir utilisé les bons niveaux dans la confection de leur projet et elles ont communiqué à la partie adverse un « dossier graphique adapté », tenant compte de la suppression d'un vide sanitaire inutile. Elles ont par ailleurs mentionné « qu'une économie [pouvait] être réalisée sur le gros-œuvre du projet ».

Les requérantes ne peuvent pas non plus être suivies lorsqu'elles affirment qu'à supposer qu'elles aient commis une erreur, il s'agirait d'une erreur purement matérielle qui pouvait être rectifiée sur le fondement de l'article 34 de

l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Il ressort de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité que le pouvoir adjudicateur peut rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres et qu'avant de corriger une éventuelle erreur, il doit s'assurer de l'intention réelle du soumissionnaire en ayant notamment égard à la globalité de l'offre, et que si l'intention réelle ne paraît pas suffisamment claire pour le pouvoir adjudicateur, celui-ci peut inviter le soumissionnaire concerné à apporter des précisions à cet égard. Il se déduit, par ailleurs, de l'obligation de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire comme de l'interdiction de modifier l'offre, que l'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Enfin, et dès lors que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de corriger les « erreurs purement matérielles » fait figure de dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt, elle doit être interprétée strictement.

Cette disposition n'autorise *prima facie* pas le pouvoir adjudicateur à changer l'aspect et la structure portante d'un bâtiment figuré dans des plans ou schémas joints à une offre, en particulier dans un marché visant notamment à la conception du bâtiment concerné. Un tel changement, loin d'être la correction d'une erreur purement matérielle, correspondrait à une véritable modification de l'offre.

En ce qu'il invoque la violation de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le moyen manque donc en droit.

Les requérantes affirment pour le surplus qu'elles n'avaient nullement l'intention de modifier leur offre et que la partie adverse a commis une « erreur manifeste d'appréciation » en considérant qu'elles avaient opéré une telle modification.

Comme jugé à l'issue de l'examen du deuxième moyen, les requérantes ne contestent toutefois pas avoir déposé des plans et schémas modifiés le 19 décembre 2023 et que, lors de la présentation de leur offre, ce sont bien ces plans et schémas modifiés qui ont été montrés au pouvoir adjudicateur. Elles apparaissent dès lors bien, *prima facie*, avoir modifié leur offre en cours de procédure d'attribution.

Le moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie adverse sollicite et justifie, dans sa note d'observations, la confidentialité de l'ensemble des offres, c'est-à-dire les pièces 11 (présentation *powerpoint* de la requérante) et 13 à 17 (offres) du dossier administratif. Il convient toutefois de relever que la partie adverse a omis de déposer la pièce 15.

La partie adverse a également déposé à titre confidentiel sur la plateforme informatique du Conseil d'État les pièces 12 (rapport d'analyse des offres) et 18 (échanges de courriel avec la tutelle).

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 11, 12, 13, 14, 16, 17 et 18 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 1400 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 30 avril 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Xavier Close