

L'importance d'un cahier des charges établi avec soin : un écart par rapport au PES n'entraîne pas automatiquement une irrégularité substantielle de l'offre.

Dans un arrêt intéressant du 8 décembre 2021 [\[1\]](#), le Conseil d'État a estimé qu'une offre s'écartant des prescriptions d'affectation du plan d'exécution spatial (PES) n'est pas a priori substantiellement irrégulière. Dans l'affaire en question, le cahier des charges n'était en effet pas suffisamment clair quant à la portée d'une éventuelle dérogation au PES.

Cet arrêt souligne une fois encore l'importance d'un cahier des charges rédigé de manière non équivoque et cohérente, ainsi que de l'obligation de motivation.

L'affaire portait sur un partenariat public-privé (PPP) pour la réalisation d'un projet mixte de construction urbaine avec pour procédure de passation la procédure concurrentielle avec négociation.

Au cours de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur a été confronté à un soumissionnaire qui s'écartait à deux reprises des prescriptions d'affectation applicables du PES. Le pouvoir adjudicateur décida par conséquent de déclarer que l'offre était substantiellement irrégulière et qu'elle ne se prêtait pas à la possibilité de régularisation prévue par les procédures négociées, car :

- le soumissionnaire n'avait pas indiqué expressément qu'il faisait usage d'une possibilité de dérogation aux conditions d'affectation du PES, alors qu'il appartient au soumissionnaire de démontrer et de motiver que la possibilité de dérogation est acceptable et que le projet proposé dans l'offre remplit les conditions y afférentes ;

- les conditions d'affectation du PES sont contraignantes et de nouveau formellement qualifiées de conditions périphériques contraignantes dans le cahier des charges ;
- les autres soumissionnaires se sont conformés aux prescriptions d'affectation existantes, ce qui aurait hypothéqué la possibilité de comparer les offres lors de leur examen ;
- le principe d'égalité serait compromis si le soumissionnaire concerné devait avoir la possibilité de contourner l'irrégularité substantielle, car cela impliquerait une modification significative de son offre.

Le soumissionnaire écarté a introduit un recours en suspension en extrême urgence devant le Conseil d'État. Il a fait valoir devant le Conseil que les écarts de son offre ne pouvaient conduire à son irrégularité substantielle, car :

- le cahier des charges applicable permet aux soumissionnaires de s'écarter des prescriptions urbanistiques dans leur projet. Le cadre juridique permet en outre des dérogations en matière d'affectation, sous certaines conditions ;
- les exigences en matière de respect du PES ne sont pas reprises en tant qu'exigence minimale dans le cahier des charges applicable ;
- les critères d'attribution suggèrent que des dérogations sont possibles. C'est ainsi qu'il existe par exemple un critère de sous-attribution intitulé "conformité avec la réglementation", lequel serait inutile si toute non-conformité avec la réglementation devait entraîner une irrégularité substantielle.

Le Conseil d'État a semblé réceptif à cette argumentation. Il a considéré que bien que le cahier des charges impose en effet le respect des prescriptions urbanistiques dans leur projet, la portée de cette exigence n'était pas dénuée d'ambiguïté.

Le Conseil estime que le cahier des charges tient bien effectivement compte de dérogations possibles, ce qui est d'autant plus évident que la conformité à la réglementation est reprise en tant que critère de sous-attribution (auquel le pouvoir adjudicateur n'a d'ailleurs pas confronté le projet). Le cahier des charges précise par ailleurs que la mention « EM » est accolée aux exigences qui doivent être considérées comme des exigences minimales. Or cette mention n'est pas présente pour les dispositions relatives aux prescriptions urbanistiques, ce qui autorisait dès lors le soumissionnaire à supposer qu'un écart par rapport à celles-ci n'entraînerait pas l'irrégularité de l'offre. Enfin, le cahier des charges et la législation sur les marchés publics prévoient une possibilité de régularisation dans la procédure de passation choisie, laquelle pouvait en l'espèce être utilisée par le pouvoir adjudicateur.

Le Conseil considère que, dans ces circonstances, l'irrégularité substantielle de l'offre reposant sur un écart par rapport aux prescriptions du PES, n'est pas suffisamment motivée. Le pouvoir adjudicateur avait en effet la possibilité d'évaluer négativement l'offre en question sur le critère d'attribution de la « conformité avec la réglementation », ce qui permettait de garantir correctement l'égalité de traitement des soumissionnaires. La procédure de passation choisie semble également pertinente en l'espèce, puisque le Conseil précise que « la phase de négociation offre assurément une certaine latitude en matière d'interaction entre le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur, éventuellement avec d'autres services urbains, en vue de vérifier l'éligibilité du projet à la délivrance d'un permis d'urbanisme. »

Le Conseil d'État semble néanmoins laisser une ouverture permettant de rejeter malgré tout une offre comme étant substantiellement irrégulière, si les écarts urbanistiques sont à ce point manifestes que le projet deviendrait quasiment inéligible à l'obtention d'un permis et donc éventuellement non réalisable. Dans un tel cas, le projet échapperait, selon le Conseil, à l'appréciation « normale » des critères d'attribution, rendant ainsi toute comparaison des offres impossible, ce qui conduit en soi également à une irrégularité substantielle. Dans ce cas, il appartiendra alors en tout état de cause au pouvoir adjudicateur de motiver clairement et concrètement cette irrégularité substantielle sur la base des dérogations proposées.

Le présent arrêt rappelle donc aux pouvoirs adjudicateurs l'importance de disposer de documents

contractuels rédigés avec une extrême rigueur. Lorsqu'ils prennent la décision lourde de conséquences de déclarer une offre substantiellement irrégulière et d'exclure le soumissionnaire, ils sont d'une part tenus de se conformer aux dispositions de leur propre cahier des charges et doivent d'autre part motiver cette décision de manière suffisamment concrète, au regard des conséquences importantes d'une exclusion.

Questions? Contactez [Marie Van Den Langenbergh](#) or [Karolien Van Butsel](#).

[\[1\]](#) Conseil d'État n° 252.352 du 8 décembre 2021.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Anvers

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Rue de la Régence 58 boîte 8 - 1000 Bruxelles

info@schoups.be

www.schoups.com