

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 165.639 du 6 décembre 2006

G./A.168.520/VI-17.061

En cause : **la société anonyme DELTA THERMIC,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marie RIKKERS, avocat,
rue de Chaudfontaine, n° 13,
4020 Liège,

contre :

la province du Brabant Wallon,

ayant élu domicile chez
Me Philippe LEVERT, avocat,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 10 décembre 2005 par la société anonyme DELTA THERMIC qui demande l'annulation de "la décision prise par la Province du Brabant Wallon, ayant son siège avenue Einstein 2 à 1300 Wavre, attribuant à la S.A. CFA, rue du Mont d'Orcq, 1 à 7503 Tournai, le marché de travaux relatif à la construction d'infrastructures sportives du Centre Technique National de Football, EURO 2000, lot 3 - techniques spéciales -, pour le montant de 864.435 € HTVA, soit 1.045.966,83 € TVAC, et écartant l'offre de la requérante";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 94 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu l'ordonnance du 18 septembre 2006 convoquant les parties à comparaître le 10 octobre 2006 à 09.30 heures;

Vu la notification de cette ordonnance;

Entendu, en son rapport, M^{me} WILLOT-THOMAS, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marie RIKKERS, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Amandine BOURMORCK, loco Me LEVERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause se présentent comme suit:

1. Le 18 mars 2005, la province du Brabant wallon a fait paraître un avis de marché au bulletin des adjudications portant sur la construction des infrastructures sportives du Centre Technique National de Football EURO 2000 CENTRUM à Tubize.

Ce marché comporte plusieurs lots, dont le lot n° 3 relatif aux travaux de chauffage, ventilation, conditionnement d'air, installations sanitaires, de production d'eau chaude et de lutte contre l'incendie, installation de pompage, de traitement, de surpression et de distribution d'eau de puits.

Le mode d'attribution est l'appel d'offres général, le marché devant être attribué à l'offre économique la plus avantageuse, en fonction des critères énoncés dans le cahier des charges.

Le dossier administratif ne fait pas apparaître si le choix du mode de passation et la fixation du cahier des charges résulte d'une délibération du conseil provincial conformément à l'article 75 de la loi provinciale.

2. Le cahier spécial des charges n° CTNF/016602 contient les dispositions pertinentes suivantes:

" 1.2.10.3. Critères d'attribution

Le classement des offres des soumissionnaires se fait selon les critères d'attribution classés dans l'ordre décroissant suivant:

L'ensemble des critères est coté sur 100 points; tous les chiffres sont arrondis à la première décimale.

1. MONTANT DE L'OFFRE

Y compris les variantes obligatoires retenues: pour tous les lots: 60 points.

(...)

2. GARANTIE ADDITIONNELLE DU RESPECT DES DELAIS

Pour tous les lots: 20 points.

Le respect des délais en vue de respecter l'objectif de dates qui doit rendre le Centre Technique National de Football CENTRE EURO 2000 CENTRUM pleinement opérationnel au 1^{er} juillet 2006 implique que les entreprises qui se verront attribuer les marchés des différents lots respectent impérativement les délais.

(...)

Chaque soumissionnaire peut annexer à son offre un document spécifiant d'une part la réduction de délais qu'il s'engage à pratiquer en cas de commande, par rapport aux délais contractuels résultant du présent cahier spécial des charges et de ses annexes et d'autre part, les montants de la pénalité journalière non plafonnée et qu'il est d'accord de se voir appliquer, en plus des amendes de retard et des indemnités légales, par jour calendrier de retard par rapport à son planning.

Cotations

Le soumissionnaire qui propose dans son offre un délai plus court se voit attribuer 0,2 point par jour de calendrier en moins que le nombre de jours de calendrier fixé par le cahier spécial des charges, avec un maximum de 10 points.

Le soumissionnaire qui propose, en annexe à son offre, que lui soit retenu, en plus des amendes de retard légales, le montant de pénalités par jour calendrier de retard le plus élevé se verra attribuer 10 points.

Celui qui propose la pénalité journalière la plus basse ou qui ne propose aucune se verra attribuer 0 point. Les autres soumissionnaires se verront attribuer un nombre de points calculé en fonction de leur classement sur base de la pénalité journalière qu'ils auront proposée.

3. QUALITE TECHNIQUE DE L'OFFRE

Pour les lots 2,3 et 4: 15 points.

Le soumissionnaire joint à son offre un dossier technique accompagné des documentations techniques, des certificats des agrégations attestant sa maîtrise des techniques spécialisées que met en oeuvre son entreprise.

Il détaille les matériaux, les produits, les techniques et les moyens qu'il entend mettre en oeuvre pour rencontrer les impératifs de qualité du projet dans le respect des délais.

Il fournit les noms, qualités et référence des fabricants et des sous-traitants spécialisés au service desquels il entend recourir, étant entendu qu'il ne pourra en changer après adjudication qu'avec l'accord du maître de l'ouvrage.

Cotations

En fonction de la qualité du dossier fourni et plus particulièrement de la manière dont sont documentées, en fonction des lots, les modalités d'exécution des ouvrages suivants:
(...)

LOT 3 - Installations techniques - Fluide

- Qualité des variantes proposées pour améliorer le rapport qualité/coût/délai.
 - Performance et qualité du matériel proposé (HVAC-, sanitaire).
 - Performance et qualité du matériel de distribution d'eau de pluie.
 - Performance et qualité du matériel de jacuzzi.
- (...)

4. QUALITE DE LA PLANIFICATION GENERALE JOINTE A L'OFFRE

Pour tous les lots: 5 points.

Le soumissionnaire joindra à sa soumission un projet de planification du chantier en fonction des délais prévus au cahier spécial des charges.

Cotations

(...)"

3. Le 9 mai 2005, a lieu l'ouverture des offres. Cinq offres ont été déposées pour le lot 3:

- BAUVEZ SPRL,
- CFA S.A.,
- AXIMA CONTRACTING S.A.,
- DELTA THERMIC S.A.,
- DANNEELS -DRUART (association momentanée).

4. Le rapport d'examen des offres, établi par l'auteur de projet le 13 juin 2005 n'exclut aucune offre, considère qu'elles sont toutes recevables au regard des critères de sélection qualitative, et après de menues corrections arithmétiques, procède

à la comparaison des offres au regard des critères d'attribution (point 4 du rapport portant par erreur l'intitulé "sélection qualitative").

Il apparaît au premier coup d'oeil que la comparaison des offres est faite par rapport à trois critères seulement: 1. le montant de l'offre (60 points), 2. la qualité de l'offre (35 points) et 3. la qualité de la planification générale (5 points).

Le deuxième critère prévu par le cahier spécial des charges "2. Garantie additionnelle du respect des délais" a disparu et les 20 points prévus pour ce critère ont été ajoutés au critère "qualité de l'offre".

Le rapport conclut à la désignation de l'entreprise C.F.A. S.A., qui obtient la cotation finale de 92,2 points.

Comme il apparaîtra aux points 6 et 7 ci-après, la version originelle du rapport d'examen des offres comportait en outre une confusion complète entre l'offre de la partie requérante et celle de la société momentanée DANNEELS-DRUART, le rapport d'analyse des offres, daté du 13 juin 2005, étant manifestement une version corrigée après le découverte de l'erreur.

5. "Faisant sienne l'analyse des offres" de l'auteur de projet, la députation permanente du conseil provincial du Brabant wallon a attribué le marché à la société anonyme C.F.A. pour un montant de 1.045.966,83 euros, le 30 juin 2005 (procès-verbal de la séance du 30 juin 2005).

Il s'agit de l'acte attaqué.

Ni le dossier administratif déposé, ni le mémoire en réponse ne permettent de déterminer à quelle date a eu lieu la notification de la commande à l'adjudicataire.

6. Par lettre recommandée du 6 septembre 2005, la partie requérante a été informée que son offre n'avait pas été retenue et que le marché avait été attribué à la S.A. CFA. Un résumé du rapport d'analyse des offres était annexé à la lettre.

Selon ce résumé, l'offre de la partie requérante aurait été d'un montant de 992.329,01 euros et aurait reçu pour les différents critères, et par rapport à l'adjudicataire du marché et la société momentanée DANNEELS/DRUART, les notes suivantes:

	1. montant	2. qualité	3. planification	TOTAL
C.F.A. S.A.	59,4	32,8	0	92,2
DANNEELS	54,3	32,3	3,5	90,1
DELTA	50,5	29,1	1,5	81,1

7. Le 16 septembre 2005, la requérante a contesté la décision d'attribution et a réclamé communication de la décision motivée ainsi que du rapport d'examen des offres.

Elle faisait valoir ce qui suit:

" 1. Les montants de notre soumission ne correspondent pas à ceux renseignés dans votre rapport d'évaluation des offres.

Pour la base, notre offre s'élevait à 798.633,73 € et non à 872.605,38 €.

Pour les options, notre offre s'élevait à 135.739,64 € et non à 116.252,14 €

Soit un total de 934.373,37 € au lieu de 988.857,52 € mentionné dans votre rapport;

En fait, le montant de notre offre est repris pour l'entreprise AM DANNEELS/DRUART!

2. Vu cette erreur matérielle manifeste, nous ignorons si d'autres inversions et erreurs de la sorte sont présentes dans votre rapport d'analyse.

3. Les critères d'attribution imposés dans le cahier spécial des charges ne correspondent pas aux critères énoncés dans votre rapport d'évaluation.

En effet, le critère «garanties additionnelles de respect des délais» coté sur 20 points n'apparaît pas dans votre rapport d'analyse des offres. Notre soumission tient compte de ce critère d'attribution.

D'autre part, le critère "qualité technique de l'offre", coté sur 15 points dans le cahier spécial des charges est porté à 35 points dans votre rapport d'analyse;

4. Notre cotation de 29,1 points sur 35 concernant le critère de la qualité technique de l'offre nous paraît insuffisante et injustifiée. Notre offre est entièrement conforme aux spécifications techniques du cahier spécial des charges.

En outre, nous avons fourni 427 pages de fiches techniques détaillées et conformes.

Aucun détail de calcul de cotation de ce critère n'apparaît dans votre rapport d'analyse;

5. Notre cotation de 50,5 points sur 60 concernant le critère montant de l'offre est erroné vu les erreurs sur les montants (voir point 1 ci-dessus);

6. Notre cotation de 1,5 ponts sur 5 concernant le critère de la qualité de la planification générale nous paraît insuffisante et injustifiée. Notre offre intègre un planning très détaillé de plus de 100 activités + tâches critiques + réduction du délai + planning amont + organisation des ressources humaines + proposition de l'installation de chantier + description des moyens proposés pour la gestion du planning.

Aucun détail de calcul de cotation de ce critère n'apparaît dans votre rapport d'analyse.

En conclusion,

Au vu de ce qui précède, nous estimons que vous n'avez pas respecté le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, principe qui constitue la base de la réglementation des marchés publics, et vous avez commis une erreur manifeste dans l'appréciation des offres. (...)"

8. La partie adverse accuse réception par lettre du 22 septembre 2005 et répond à cette réclamation le 11 octobre 2005, de la manière suivante:

" Après vérification du dossier au sein du service des bâtiments et consultation du bureau d'architecture auteur de projet, il s'avère qu'il y a eu effectivement inversion dans le tableau de cotation des offres du nom de votre entreprise avec celui de l'association momentanée DANNEELS-DRUART.

Le montant de votre offre corrigée est donc de 937.835,82 € et votre total de points 90,1, ce qui vous positionne en deuxième place. Nous vous prions de nous en excuser.

En ce qui concerne les critères d'attribution, le bureau d'études nous a fait savoir que vous aviez signalé ce problème aux auteurs de projet avant la remise des offres et que vous étiez donc parfaitement au courant de la nouvelle répartition des points.

Nous joignons à la présente, le rapport d'adjudication dressé par l'auteur de projet ainsi que la décision motivée de la Députation permanente".

9. Par lettre du 24 octobre 2005 la partie requérante conteste formellement avoir reçu "aucun addendas stipulant que les critères d'attribution du marché étaient modifiés. Par conséquent, nous avons établi notre offre sur base des critères énoncés dans les clauses administratives du cahier spécial des charges."

Elle réclame à nouveau la décision motivée et le rapport d'adjudication qui n'étaient pas joints à la lettre.

La partie requérante ne recevra jamais copie des documents précités.

Considérant que la partie adverse a choisi de ne pas se défendre au fond et de n'invoquer qu'une exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt de la partie requérante dans les termes suivants:

" 8. La question se pose de l'intérêt à agir de la requérante.

En effet, s'il est constant que l'intérêt à agir doit exister au moment de l'introduction du recours, il est également constant que cet intérêt doit subsister à la date de la clôture des débats.

Sur ce point, on observera que la requérante n'a pas cru opportun de postuler la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Elle a fait le choix d'une requête en annulation. Ceci n'est pas sans conséquence.

En effet, la pratique enseigne qu'une procédure d'annulation peut durer entre 30 et 70 mois entre le dépôt de la requête et le prononcé de l'arrêt.

Or, en l'espèce, le cahier spécial des charges du marché prévoyait que les travaux adjugés devaient être terminés pour qu'au 1^{er} juillet 2006, le Centre Technique National du Football, CENTRE EURO 2000 CENTRUM, soit pleinement opérationnel (cahier spécial des charges, page 13/47).

L'avis de marché est encore plus précis, dès lors qu'il annonce que la date de livraison est le 2 juin 2006.

Force est dès lors de constater qu'au moment où la requérante sera amenée à déposer son mémoire en réplique, le marché sera exécuté.

Il en sera de même, a fortiori votre Conseil sera amené à examiner en audience le recours de la requérante.

Dans ces circonstances, il apparaît que le seul intérêt à agir de la requérante - qui ne pourra plus se voir attribuer le marché dès lors qu'il aura été exécuté - est un intérêt purement pécuniaire.

Sur ce point, votre jurisprudence enseigne de manière constante qu'un tel intérêt est insuffisant pour justifier de l'intérêt à agir devant votre Conseil."

que la partie adverse se réfère à l'arrêt VAN RYMENANT n° 96.964 du 26 juin 2001 ainsi qu'à l'arrêt JASSOGNE n° 146.412 du 21 juin 2005 et soutient que le recours est irrecevable;

Considérant que la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat interviendra, le marché sera exécuté en manière telle que la requérante ne pourra plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais devra, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la requérante de son intérêt au recours en annulation; qu'elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour

poursuivre l'annulation de la décision attaquée; que la requérante n'était pas tenue d'introduire, parallèlement à son recours en annulation, un recours en suspension devant le Conseil d'Etat pour pouvoir garder un intérêt au premier; que l'arrêt VAN RYMENANT n° 96.964 du 26 juin 2001 dont se prévaut la partie adverse a été prononcé dans une espèce tout à fait particulière, compte tenu, comme le souligne l'arrêt lui-même, des "circonstances concrètes de l'affaire"; que dans l'arrêt JASSOGNE n° 146.412 du 21 juin 2005, le Conseil d'Etat a tranché une espèce en matière de fonction publique, en se fondant sur des considérations propres à cette matière, qui ne sont pas transposables au contentieux des marchés publics; que l'exception d'irrecevabilité est manifestement non fondée;

Considérant que la partie requérante prend un moyen, premier de la requête, "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux publics et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, en ce que, en décidant d'attribuer le marché à la S.A. CFA et d'écarter l'offre de la requérante en se fondant sur des critères d'attribution différents de ceux prévus par le cahier spécial des charges adressé à la requérante, la partie adverse n'a pas respecté les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et plus généralement le principe d'égalité entre les soumissionnaires; alors que, d'une part, conformément aux articles 10 et 11 de la Constitution, tout pouvoir adjudicateur doit respecter une stricte égalité entre les différents soumissionnaires, d'autre part, conformément à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, un appel d'offre général ou restreint d'un marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou le cas échéant dans l'avis de marché" ; que la partie requérante reproche à la partie adverse de lui avoir adressé "un cahier spécial des charges dont les critères d'attribution différent de ceux repris dans le cahier spécial des charges adressé aux autres soumissionnaires et, par conséquent, de ceux à l'origine de la décision d'attribution du marché"; qu'elle expose que "contrairement aux autres soumissionnaires qui ont établi leur offre sur base de trois critères (montant de l'offre, qualité technique de l'offre, qualité de la planification générale)", elle a établi son offre "conformément au cahier spécial des charges en sa possession sur base de 4 critères ayant pour le surplus une cotation différente des critères à l'origine de la décision d'adjudication prise par la partie adverse"; qu'elle fait valoir qu'en effet, "à la lecture comparative du cahier spécial des charges [qui lui a été remis] par la partie adverse avec le rapport d'analyse des offres annexé à la décision non motivée, on constate que:

- le critère de garantie additionnelle des délais cotés sur 20 points repris dans le cahier spécial des charges [qui lui a été remis] a été purement et simplement supprimé.
- la cotation afférente au critère de qualité technique de l'offre qui était de 15 points selon le cahier spécial des charges [qui lui a été adressé] s'élève, selon le rapport d'analyse, à 35 points. La cotation afférente à ce critère est, dès lors, majorée de 20 points. Par ailleurs, l'importance relative à ce critère a été augmentée puisque, alors qu'il était en troisième position selon le cahier spécial des charges [qui lui a été remis], il apparaît désormais en deuxième position dans la cotation «modifiée»;

que la partie requérante conclut que, contrairement aux autres soumissionnaires, elle n'a pas eu la possibilité d'établir une offre sur la base des trois critères à l'origine de la décision d'adjudication;

Considérant que, dans le mémoire en réponse, la partie adverse se borne à soulever l'exception d'irrecevabilité examinée ci-avant, sans aborder aucun des moyens de la requête;

Considérant qu'il ressort du dossier administratif que le cahier spécial des charges applicable au lot 3 du marché énonce quatre critères d'attribution, le deuxième étant les garanties additionnelles de respect des délais, coté sur 20 points; que l'offre de la partie requérante, qui ne figure pas au dossier administratif mais dont une copie est jointe au mémoire en réplique, comportait une proposition très précise concernant, d'une part, la réduction du délai d'exécution, d'autre part, le montant de l'amende que la partie requérante acceptait de se voir infliger par jour de retard; qu'il apparaît clairement que le rapport d'examen des offres dressé par l'auteur de projet le 13 juin 2005 a comparé les offres en éliminant le deuxième critère et en reportant sur le troisième les 20 points dévolus au deuxième critère; que ni le dossier administratif ni le mémoire en réponse n'établissent que le cahier spécial des charges aurait été modifié par une décision de l'autorité compétente conformément à l'article 75 de la loi provinciale et qu'il aurait fait l'objet d'un avis rectificatif; que l'"explication" contenue dans la lettre de la partie adverse du 11 octobre 2005 selon laquelle: "En ce qui concerne les critères d'attribution, le bureau d'études nous a fait savoir que vous aviez signalé ce problème aux auteurs de projet avant la remise des offres et que vous étiez donc parfaitement au courant de la nouvelle répartition des points", contestée par la partie requérante dans sa lettre du 24 octobre 2005, ne peut se substituer à une décision de l'autorité compétente; qu'il est manifeste que l'auteur de projet a classé les offres sans s'en tenir aux critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges et que la députation permanente du Conseil provincial en faisant sienne l'analyse des offres de l'auteur de

projet et en attribuant le marché litigieux à la société anonyme C.F.A. a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que le moyen est manifestement fondé; qu'il y a lieu d'appliquer l'article 94 du règlement général de procédure,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise par la province du Brabant Wallon, ayant son siège avenue Einstein 2 à 1300 Wavre, attribuant à la S.A. CFA, rue du Mont d'Orcq, 1 à 7503 Tournai, le marché de travaux relatif à la construction d'infrastructures sportives du Centre Technique National de Football, EURO 2000, lot 3 - techniques spéciales -, pour le montant de 864.435 € HTVA, soit 1.045.966,83 € TVAC, et écartant l'offre de la requérante.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

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

M^{mes} WILLOT-THOMAS,
LAUVAU,

Président de chambre,
Greffier assumé.

Le Greffier ass.,

Le Président,

K. LAUVAU

M.-L. WILLOT-THOMAS.