

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.200 du 11 mai 2011

G./A.187.617/VI-17.735

G./A.189.703/VI-17.949

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

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

le centre public d'action sociale de Mons,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n° 10,
5002 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 21 mars 2008 par la société anonyme DELTA THERMIC qui demande l'annulation de "la décision prise à la date du 24 décembre 2007 (selon lettre du 28 décembre 2007) par le C.P.A.S. DE MONS d'attribuer le marché public relatif à la construction d'une nouvelle maison de repos et de soins de 221 lits à HAVRE, lot 2 : HVAC - sanitaire - protection incendie - distribution d'oxygène à la S.A. DRUART et en conséquence de ne pas retenir l'offre déposée par la S.A. DELTA THERMIC dans le cadre de cette procédure" (G./A.187.617/VI-17.735);

Vu la requête introduite le 12 septembre 2008 par la société anonyme DELTA THERMIC qui demande l'annulation de "la décision prise à la date du 8 mai 2008 par le C.P.A.S. de MONS d'attribuer le marché public relatif à la construction d'une nouvelle maison de repos et de soins de 221 lits à HAVRE, lot 2 : HVAC - sanitaire - protection incendie - distribution d'oxygène à la S.A. DRUART et en conséquence de ne pas retenir l'offre déposée par la S.A. DELTA THERMIC dans le cadre de cette procédure" (G./A.189.703/VI-17.949);

Vu les dossiers administratifs;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M^{me} WILLEMART, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu les notifications du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnances du 28 mars 2011, notifiées aux parties, fixant les affaires à l'audience du 27 avril 2011;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Elisa VAN BROECK, loco Mes Jean-Marie RIKKERS et Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, Auditeur;

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 des deux requêtes sont les suivants :

1. Le centre public d'action sociale de Mons a fait publier, dans le Bulletin des adjudications du 16 octobre 2007, un avis de marché de travaux, intitulé : "Construction d'une nouvelle MRS à Havré : Lot 2 - HVAC / Sanitaire / Protection incendie / Distribution d'oxygène".

2. Le cahier spécial des charges comportait, notamment, les dispositions suivantes :

" OBJET DU MARCHE - LOT 2

[...]

Description des travaux du lot 2 :

PARTIE 1 - CHAUFFAGE CENTRAL, VENTILATION,
RAFRAICHISSEMENT

- La production d'eau chaude pour les installations HVAC (3 chaudières gaz, 1 cogénérateur) et pour la préparation de l'eau chaude sanitaire.
- Les réseaux de distribution hydraulique et aéraulique.
- Les centrales de traitement d'air.
- La production d'eau froide pour le rafraîchissement des locaux (concerne la variante obligatoire : une machine frigorifique est à prévoir en fonction du rendement du puits (voir schéma de principe)).
- Les corps de chauffe et de refroidissement (radiateurs, planchers chauffants/rafraîchissants).
- La distribution de gaz naturel.
- Les installations électriques et la régulation automatique (GTC).
- Le dossier d'exécution.
- Le dossier As-Built.
- Le contrôle par un organisme agréé.

PARTIE 2 - SANITAIRE, PROTECTION INCENDIE, DISTRIBUTION D'OXYGENE

- Les installations de production d'eau chaude sanitaire ainsi que le traitement d'eau (adoucisseur).
- Les réseaux de distribution hydraulique et aéraulique.
- Les équipements sanitaires terminaux (à l'exception des salles de bains des chambres qui sont livrées avec leurs équipements).
- Les réseaux d'évacuation d'eaux usées/fécales/pluviales.
- L'installation de distribution d'oxygène.
- Le dossier d'exécution.
- Le dossier As-Built.
- Le contrôle par un organisme agréé.

Les travaux ci-après sont exécutés simultanément à la présente entreprise :

- Lots 1a - Gros-oeuvre couvert et fermé
- Lot 1b - Parachèvements
- Lot 3 - Electricité
- Lot 4 - Ascenseurs
- Lot 5 - Menuiseries intérieures et Equipements fixes
- Lot 6 - Aménagements des abords.

L'adjudicataire du lot 1a est l'entrepreneur coordinateur des lots 1b à 6, sa mission est précisée au chapitre A5 des clauses administratives.

[...]

A.2-c) De l'établissement de l'offre

[...]

Article 90, § 1 et 2 et article 94

Documents à joindre à l'offre :

- Les documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre, sont les suivants :

a) Documents prévus par la réglementation applicable :

[...]

b) Documents, modèles et échantillons particulièrement demandés par ce cahier spécial des charges :

- Les corrections éventuelles des quantités forfaitaires (annexe 2).
- Les fiches techniques et documentations pour les équipements suivants :
 - les chaudières
 - le cogénérateur
 - la robinetterie d'isolement et de réglage
 - les groupes de traitement d'air
 - les équipements sanitaires suivants :
 - ballons de production d'eau chaude sanitaire
 - WC et accessoires
 - urinoirs
 - vidoirs
 - l'adoucisseur d'eau

[...]

L'introduction de variantes libres n'est pas autorisée.

[...]

A.2-f) Choix de l'adjudicataire

Article 115

Conformément aux dispositions de l'article 115 de l'arrêté royal du 08.01.96, le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière qu'[il] juge la plus intéressante.

A cet effet, le pouvoir adjudicateur écarte tout d'abord les offres nulles ou les offres qui sont à considérer comme irrégulières selon l'article 110 de l'A.R. du 08.01.96.

Le pouvoir adjudicateur choisit ensuite, parmi les offres restant en compétition, celle qui est la plus intéressante en tenant compte des critères d'attribution ci-après :

Critères	Nombre de points
1 - Coût d'investissement	70 points
2 - Fiches techniques	10 points
3 - Le délai d'exécution	5 points
4 - La valeur technique de l'offre	10 points
5 - Qualité du planning	5 points

Détail des critères de sélection

1 - Coût d'investissement : calcul proportionnel du nombre de points en prenant comme unité de calcul l'inscription conforme avec le prix le plus faible.

U = unité de calcul

Avec U = montant inscription avec total le plus faible

Nombre total de points soit 50

Nombre de points = 50 – P

Avec P = montant inscription - montant inscription avec total le plus faible

U

2 - Fiches techniques : jugées sur base des documents, modèles et échantillons particulièrement demandés par ce cahier spécial des charges. Soit (liste non exhaustive) les menuiseries extérieures (bois, alu et acier), les éléments de façade en béton préfabriqué architectonique, les enduits extérieurs sur panneaux isolants, les revêtements de toiture plate (étanchéité et toiture végétale) les appareils de réception et de traitement des eaux usées et de pluies.

3 - Le délai d'exécution : c'est-à-dire les propositions éventuelles du soumissionnaire d'exécuter le marché dans un délai plus court que le délai maximal déterminé à l'article 28.

4 - La valeur technique de l'offre, jugée sur base de :

- sa correspondance avec les prescriptions techniques du cahier spécial des charges, lesquelles doivent être considérées comme des prescriptions minimales auxquelles il doit être satisfait.

- la valeur technique exceptionnelle des matériaux ou méthodes proposés, dépassant les exigences minimales au cahier des charges.

5 - Qualité du planning : jugée sur base des documents de références qui présenteront la manière dont les étapes successives du chantier se dérouleront.

Les soumissionnaires peuvent présenter des variantes libres. Celles-ci seront évaluées en fonction des mêmes critères.

[...]

A.3 - Mentions particulières en exécution de l'A.R. du 26.09.96

[...]

Article 28, § 1^{er} - Ordre d'exécution et conduite des travaux

[...]

La présente entreprise a pour obligation de s'intégrer dans le planning de réalisation des travaux de gros-œuvre et de parachèvements (voir planning en annexe), ce qui implique nécessairement des périodes d'arrêt de chantier pour la présente qui ne donneront pas lieu au paiement d'une quelconque indemnité.

[...]

Article 28, § 2 – Marchés à exécuter simultanément

A - Les lots 1 à 6 sont coordonnés.

Les marchés ci-après sont exécutés simultanément sur le chantier :

- Lots 1a - Gros œuvre couvert et fermé
- Lot 1b – Parachèvements
- Lot 2 - HVAC + sanitaires
- Lot 3 – Electricité
- Lot 4 – Ascenseurs
- Lot 5 - Menuiseries intérieures et mobilier fixe

- Lot 6 - Aménagements des abords.

L'adjudicataire du lot 1 est l'entrepreneur coordinateur des lots 2 à 6, sa mission est précisée au chapitre A5 «Clauses administratives particulières» ci-après".

Le planning annexé au cahier spécial des charges se présente comme suit :

Planning des travaux (lots 1a et 1b) :

Objet	Début	Fin
Pose des châssis	20 janvier 2008	31 mars 2008
Etanchéité (B/A/C/D/E)	15 mars 2008	11 mai 2008
Enduits	24 mars 2008	31 mai 2008
Chapes	1 mai 2008	15 août 2008
Cloisons légères	1 juin 2008	
Fin des travaux		31 mars 2009
Techniques en chape (lots 2 et 3)		31 mai 2008
Salles de bains préfabriquées	22 octobre 2007	31 mars 2008

3. Lors de l'ouverture des offres, le 23 novembre 2007, cinq offres ont été déposées. La société anonyme T.P.F. Engineering a procédé à leur analyse. Elle a établi un "rapport de soumission" qui comporte, notamment, les passages suivants :

" I. SELECTION QUALITATIVE

5 (cinq entreprises) ont déposé une offre pour l'adjudication publique du 23 novembre 2007:

LIMPENS SA	[...]
DRUART SA	[...]
AXIMA CONTRACTING	[...]
DELTA THERMIC	[...]
CFA	[...]

1. Vérification des critères d'exclusion

[...]

2. Vérification des critères de sélection

[...]

3. Liste des entrepreneurs sélectionnés

LIMPENS SA	[...]
DRUART SA	[...]
AXIMA CONTRACTING	[...]
DELTA THERMIC	[...]

II. CHOIX DE L'ADJUDICATAIRE

1. Données relatives au marché

[...]

2. Vérification arithmétique

[...]

3. Analyse des prix

[...]

4. Critères d'attribution

[...]

4.1. Coût d'investissement

- Nombre de points : 70
- $U = \text{Montant inscription avec total le plus faible}$

$$\frac{\quad}{70}$$

- $2.768.216,95 = 39.545,96$

$$\frac{\quad}{70}$$

- $P = \text{montant inscription} - \text{montant inscription avec total le plus faible}$.

- $\text{Nombre de points} = 70 - P$

DELTA THERMIC	$P = 0$	Nombre de points : 70,00
DRUART	$P = 0,98$	Nombre de points : 69,02
AXIMA	$P = 6,59$	Nombre de points : 63,41
LIMPENS	$P = 35,17$	Nombre de points : 34,83

4.2. Fiches techniques

- Nombre de points : 10

Liste des fiches techniques remises par les entrepreneurs :

Description de la fiche	DELTA THERMIC	DRUART	AXIMA	LIMPENS
Chaudières et brûleurs	x	x	x	0
Cogénérateur	x	x	x	x
Cheminées	0	-	-	-
Détection gaz	x	-	-	-
Vases d'expansion	x	-	x	-
Robinetterie EC/EF	x	x	x	x
Pompes	x	-	-	-
Chauffage sol	x	x	x	-
Isolation (projection)	-	x	x	-
Humidificateur vapeur	x	-	x	-
Grilles de ventilation	-	-	x	-
Groupes de traitement d'air	x	x	x	x
Tourelles d'extraction	-	-	x	-
Régulation	x	-	x	-
Adoucisseur d'eau	0	x	-	0
Préparation ECS (ballons, échangeurs)	0	x	x	0
Appareils sanitaires	0	0	x	0
Total	10/17	8/17	13/17	3/17

0 : incomplète et/ou sélection incorrecte (FT non comptabilisée)

- Points attribués :

DELTA THERMIC	: 10 x 10/17 = 5,88
DRUART	: 10 x 8/17 = 4,71
AXIMA	: 10 x 13/17 = 7,65
LIMPENS	: 10 x 3/17 = 1,76

4.3. Délai d'exécution

- Nombre de points : 5

- L'entrepreneur DELTA THERMIC propose de réduire le délai d'exécution de 20 jours ouvrables.

- L'entrepreneur DRUART propose de terminer les travaux le 23/12/2008 soit une réduction de 63 jours ouvrables.

- L'entrepreneur AXIMA propose de terminer les travaux le 15/12/2008 soit une réduction de 70 jours ouvrables

- L'entrepreneur LIMPENS ne propose pas de réduire le délai d'exécution proposé au CSC

- Points attribués :

LIMPENS : 0
AXIMA : 5
DRUART : $5 \times 63/70 = 4,50$
DELTA THERMIC : $5 \times 20/70 = 1,43$

4.4. Valeur technique de l'offre

- Nombre de points : 10

- La valeur technique de l'offre est examinée sur base des 4 fiches techniques principales suivantes :

Description de la fiche	DELTA THERMIC	DRUART	AXIMA	LIMPENS
Chaudières	x	x	x	0
Cogénérateur	x	x	x	x
Chauffage par le sol/Isolation (projection)	0	x	x	-
Groupes de traitement d'air	x	x	x	x
Total	3/4	4/4	4/4	2/4

0 : incomplète et/ou sélection incorrecte (FT non comptabilisée)

N.B. la qualité du matériel proposé est équivalente pour chaque entrepreneur.

- Points attribués :

LIMPENS : $10 \times 2/4 = 5$
AXIMA : $10 \times 4/4 = 10,00$
DRUART : $10 \times 4/4 = 10,00$
DELTA THERMIC : $10 \times 3/4 = 7,50$

4.5. Qualité du planning

- Nombre de points : 5

- L'entrepreneur DELTA THERMIC a transmis un planning; celui-ci n'intègre pas le planning de l'entreprise générale.

- L'entrepreneur DRUART a transmis un planning très détaillé par niveau, celui-ci n'intègre pas le planning de l'entreprise générale.
- L'entrepreneur AXIMA a transmis un planning détaillé par niveau; celui-ci n'intègre pas le planning de l'entreprise générale.
- L'entrepreneur LIMPENS n'a pas transmis de planning.
- Points attribués :

DELTA THERMIC : 2,0
 DRUART : 5,0
 AXIMA : 4,0
 LIMPENS : 0,0

4.6. Tableau récapitulatif

	DELTA THERMIC	DRUART	AXIMA	LIMPENS
1.Coût d'investissement	70,00	69,02	63,41	34,83
2.Fiches techniques	5,88	4,71	7,65	1,76
3.Délai d'exécution	1,43	4,50	5,00	0,00
4.Valeur technique	7,50	10,00	10,00	5,00
5.Qualité du planning	2,00	5,00	4,00	0,00
Total	86,81	93,23	90,06	41,59

Conclusions :

C'est l'entrepreneur DRUART qui remporte le plus de points.

L'auteur de projet propose donc au Maître d'Ouvrage de désigner comme adjudicataire la société Druart sa pour un montant, après corrections, de 2.807.122, 51 € (HTVA)".

4. Le 24 décembre 2007, le bureau permanent de la partie adverse a pris la décision d'attribution du marché des lots 2 et 3.

5. Le 28 décembre 2007, la partie adverse a écrit à la requérante :

" [...]

Dans le cadre de l'appel d'offre du 23/11/2007, nous sommes au regret de vous informer que notre Bureau Permanent lors de sa séance du 24/12/2007 a décidé de ne pas retenir votre offre concernant le marché repris sous objet.

En application de l'article 21 bis, § 2, de la loi du 24/12/1993 [...] un délai de 15 jours vous est accordé pour introduire un recours [...]. Ce délai prend cours le lendemain de la date d'envoi de la présente.
[...]"

6. Le 7 janvier 2008, la requérante a écrit ce qui suit à la partie adverse :

" [...]

En vertu, notamment de l'article 25 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 - obligations d'information et de motivation dans le chef des pouvoirs adjudicateurs - ainsi que des principes de transparence et de bonne administration, nous vous demandons de nous communiquer un rapport détaillé des modes de cotations des différentes offres et la décision motivée d'attribution.

[...]".

7. Le 18 janvier 2008, la partie adverse a répondu :

" [...]

Dans le cadre de l'appel d'offre du 23/11/2007, nous vous notifions, par courrier recommandé du 28/12/2007, que notre Bureau Permanent, lors de sa séance du 24/12/2007, avait décidé de ne pas retenir votre offre concernant le marché repris sous objet.

Faisant suite à votre lettre recommandée du 7/01/2008, nous vous informons qu'en fonction des 5 critères de sélection qualitative définis dans le cahier des charges, à savoir le coût d'investissement, les fiches techniques, le délai d'exécution, la valeur technique et la qualité du planning, votre société se classe en troisième position.

[...]".

Il semble que le "rapport de soumission" n'ait pas été joint à la télécopie reçue le 21 janvier 2008 mais bien à la lettre (envoyée par courrier) reçue le 22 janvier 2008.

8. Le 25 janvier 2008, la requérante a écrit à la partie adverse pour lui faire part de son "total désaccord" sur les conclusions de la lettre du 18 janvier. Elle développe longuement des critiques précises à l'encontre du contenu du rapport d'analyse des offres et conclut que "c'est bien [elle] qui remporte le plus de points et qui doit par conséquent être désigné[e] comme adjudicataire".

9. Un rapport d'analyse des offres amendé est établi ("version B du 4 février 2008"). Sa modification n'affecte toutefois pas le classement des offres, qui se présente comme suit :

	DELTA THERMIC	DRUART	AXIMA	LIMPENS
1.Coût d'investissement	70,00	67,79	62,09	33,01
2.Fiches techniques	5,88	4,71	7,65	1,76
3.Délai d'exécution	1,43	4,50	5,00	0,00
4.Valeur technique	7,50	10,00	10,00	5,00
5.Qualité du planning	2,00	5,00	4,00	0,00
Total	86,81	92,00	88,74	39,77

10. Le 11 février 2008, le bureau permanent de la partie adverse prend connaissance d'un projet de réponse du bureau d'études et décide d'en confirmer les termes et de l'envoyer à la requérante, ce qui est fait le 12 février 2008.

11. Le 21 mars 2008, la requérante a introduit la première requête en annulation, contre la décision prise à la date du 24 décembre 2007 (G./A.187.617/VI-17.735).

12. Le 8 mai 2008, le conseil de l'action sociale de la partie adverse a adopté la décision suivante :

" [...]

1) Dans le cadre de la construction de la New MRS le Conseil à l'unanimité constate l'inexistence de la décision du BP du 24/12/2007 concernant les lots 2 et 3.

2/1) Au scrutin secret et par 9 oui et 1 abstention décide d'attribuer le marché des lots 2 et 3 de la nouvelle MRS conformément à la proposition du Bureau de Consultance TPF.

2/2) Au scrutin secret et par 9 oui et 1 abstention prend connaissance du rapport du Receveur refusant d'imputer le mandat de paiement de l'état d'avancement n° 1 relatif au lot 2, pour ce motif et invoquant l'application de l'article 60 al. 3 suivant de l'arrêté du gouvernement Wallon du 05/05/2007 portant règlement général de la comptabilité communale et décide que la dépense dont question sera imputée et exécutée sous sa responsabilité ainsi que les dépenses à venir résultant des travaux des lots 2 et 3.

3) A l'unanimité, le Conseil marque son accord de principe sur la relance de la procédure d'attribution des lots 1b, 4, 5 et 6 pour lesquels la publicité européenne a été omise en choisissant l'adjudication publique comme mode de passation. Les nouveaux cahiers des charges lui seront soumis pour approbation dans les meilleurs délais.

[...]".

Un courrier du 27 mai 2008, adressé par la partie adverse à son conseil fait état de cette décision. Il en est fait état dans le mémoire en réponse de la partie

adverse (G./A.187.617-17.735), qui a été notifié à la requérante par un courrier recommandé à la poste le 15 juillet 2008.

13. Le 12 septembre 2008, la requérante introduit la deuxième requête en annulation, contre la décision du 8 mai 2008 (G./A.189.703/VI-17.949);

Considérant que les requêtes référencées G./A.187.617/VI-17.735 et G./A.189.703/VI-17.949 ont pour objet commun les décisions prises successivement le 24 décembre 2007 et le 8 mai 2008 par le C.P.A.S. de Mons d'attribuer le marché public relatif à la construction d'une nouvelle maison de repos et de soins de 221 lits à HAVRE, lot 2 : HVAC - sanitaire - protection incendie - distribution d'oxygène à la société anonyme DRUART ; qu'il y a lieu de les joindre;

I - Quant à la recevabilité de la requête référencée G./A.187.617/VI-17.735

Considérant que la partie adverse soulève deux exceptions d'irrecevabilité en ce que, d'une part, la requête est irrecevable à défaut d'objet, que la décision attaquée est "inexistante", parce qu'"elle a été prise par une autorité manifestement incompétente", le conseil de l'action sociale ayant "constaté cette inexistence le 8 mai 2008" et, d'autre part, en ce que la requête est tardive, ayant été déposée au greffe le 26 mars 2008 alors que le rapport d'attribution, contenant de manière exhaustive les motifs de la décision, a été communiqué par courrier du 18 janvier 2008; que, se fondant sur l'arrêt n° 183.512, société anonyme AXIS ENGINEERING, du 28 mai 2008, la partie adverse affirme que la communication de la décision elle-même n'aurait apporté aucune information complémentaire à la requérante;

Considérant que la requérante réplique que la décision du 8 mai 2008 n'est pas produite, qu'en tout état de cause, elle a attaqué la décision d'attribuer le marché à la société DRUART, quelle que soit sa date, qu'elle s'indigne de la mauvaise foi de la partie adverse qui invoque son propre manquement pour soulever une exception d'irrecevabilité et précise qu'elle introduit une nouvelle requête en annulation, à titre conservatoire, contre la décision du 8 mai 2008;

Considérant que la requérante indique qu'elle a demandé la communication de la décision motivée d'attribution, par un courrier du 7 janvier 2008, en application de l'article 25 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, que cette décision ne lui a pas été transmise avant d'être déposée avec le dossier administratif et que le délai de soixante jours n'a donc toujours pas

commencé à courir; qu'elle fait valoir, subsidiairement, que la requête introduite le 21 mars 2008 est recevable, même s'il faut considérer que le délai de recours a commencé à courir à la réception, le 22 janvier 2008, du rapport d'attribution qui a été envoyé le 18 janvier 2008;

Considérant que l'information effectuée d'office et dans les moindres délais par le pouvoir adjudicateur constitue la notification d'une décision, étant la non-sélection, l'irrégularité de l'offre ou la non-attribution du marché; que cette information a dès lors pour effet de faire courir le délai contentieux et doit être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ou par l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration; qu'à défaut de telles mentions, le délai de recours ne commence pas à courir;

Considérant que ce délai est interrompu pour autant que le soumissionnaire régulièrement informé de son éviction demande par écrit, dans un délai raisonnable de quinze jours en principe, la communication des motifs de la décision précitée; qu'en effet, celui qui a été informé de l'existence d'une décision de non-sélection, d'irrégularité d'une offre ou de non-attribution du marché est tenu de faire diligence et de s'informer dans un délai raisonnable sur le contenu de cette décision auprès du pouvoir adjudicateur ainsi que le permet l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; que dans ce cas, un nouveau délai de soixante jours commence à courir à partir de la communication des motifs par le pouvoir adjudicateur; que cette communication ne doit pas pour sa part être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ou par l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 précitée; qu'à défaut d'avoir demandé la communication des motifs dans un délai raisonnable de quinze jours en principe, le délai de recours devant le Conseil d'Etat n'est pas interrompu;

Considérant qu'en l'espèce, l'information d'office a été effectuée par la partie adverse par la lettre du 28 décembre 2007, que la requérante a toutefois écrit, le 7 janvier 2008, pour obtenir "un rapport détaillé des modes de cotation des différentes offres" ainsi que "la décision d'attribution", que cette demande, formulée dans le délai "raisonnable de quinze jours" a eu pour effet d'interrompre le délai de recours; que la partie adverse a répondu par une lettre datée du vendredi 18 janvier 2008, reçue par télécopie le lundi 21 janvier 2008, mais apparemment sans le rapport, puis par un courrier recommandé le mardi 22 janvier 2008 auquel était joint le rapport; que si la décision du 24 décembre 2007 se fonde effectivement sur ce rapport, comme le laisse entendre son envoi par la partie adverse et comme l'a compris la requérante, le délai de recours a recommencé à courir à compter du lendemain de sa réception,

c'est-à-dire à partir du 23 janvier 2008, le dernier jour du délai étant le samedi 22 mars 2008, reporté au lundi 24 mars 2008 par application de l'article 88 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat; qu'introduite le 21 mars 2008, la requête est recevable ratione temporis;

Considérant que la décision par laquelle le conseil de l'aide sociale de la ville de Mons a, le 8 mai 2008, constaté "l'inexistence" de l'acte attaqué, est une décision de retrait, intervenue alors qu'un recours en annulation, recevable ratione temporis, et visant la décision qui en est l'objet, était pendant devant le Conseil d'Etat; que, dès lors, la requête enrôlée sous la référence G./A.187.617/VI-17.735 a perdu son objet; qu'il n'y a plus lieu de statuer à son sujet;

II – Recevabilité et fondement de la requête référencée G./A.189.703/VI-17.949

Considérant que la partie adverse oppose les mêmes exceptions d'irrecevabilité à la présente requête que celles énoncées à l'encontre de la requête référencée G./A.187.617/VI-17.735; que, faute de se rapporter aux circonstances propres à la décision qui fait l'objet de la présente requête, ces exceptions ne peuvent être accueillies;

Considérant que, pour ce qui concerne l'exception de tardiveté que soulève la partie adverse, que le délai de soixante jours prescrit par l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité a commencé à courir en l'espèce le lendemain de la réception de la notification du mémoire en réponse par lequel la requérante a appris l'existence de l'acte attaqué, soit le lendemain du 16 juillet 2008; que le dernier jour utile du délai était le lundi 15 septembre 2008; qu'introduite le 12 septembre 2008; la requête est recevable;

Considérant que la partie adverse soutient que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour annuler "le refus implicite de ne pas retenir l'offre de la requérante pour l'exécution de ce marché", parce qu'il ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente pour attribuer le marché sans violer les articles 144 et 145 de la Constitution et le principe de la séparation des fonctions de juge et d'administrateur;

Considérant que l'acte attaqué tient dans le refus implicite d'attribuer le marché au requérant en appel d'offres; que le Conseil d'Etat ne pourrait annuler ce refus sans préjuger du choix de l'offre la plus intéressante, lequel relève, ainsi que

l'affirme à juste titre la partie adverse, du pouvoir adjudicateur et non du juge de la légalité;

Considérant que, dès lors, la requête ne sera examinée qu'en ce qu'elle porte sur la décision d'attribuer le marché à la société DRUART;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de "la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe de bonne administration et commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation"; qu'elle affirme que la partie adverse n'a pas procédé à un examen sérieux des offres par rapport aux critères d'attribution énumérés dans le cahier spécial des charges ni vérifié l'exactitude des données énoncées dans les offres des soumissionnaires DRUART et AXIMA; que la requérante rappelle que le cahier spécial des charges prévoyait notamment comme critères d'attribution "le délai d'exécution" et "la planification", notés chacun sur 5 points, les notes obtenues par chacun des trois soumissionnaires pour ces deux critères et le contenu des offres des soumissionnaires en ce qui concerne les délais d'exécution; qu'elle soutient que la société DRUART a proposé de terminer les travaux le 23 décembre 2008 entraînant, selon la partie adverse, une diminution du délai de soixante-trois jours ouvrables, que la société AXIMA a proposé de terminer les travaux le 15 décembre 2008, entraînant, selon la partie adverse, une réduction du délai de 70 jours ouvrables et que la requérante elle-même a proposé une réduction de délai de 20 jours, que les soumissionnaires DRUART et AXIMA ont proposé un délai de date fixe à date fixe contrairement à la requérante qui a directement proposé une réduction du délai, quelle que soit la date de démarrage des travaux ; que la requérante reproche à la partie adverse d'avoir évalué les offres uniquement en fonction de la réduction du délai proposée, sans vérifier si le délai proposé par les soumissionnaires AXIMA et DRUART et a fortiori la prétendue réduction du délai contractuel était réalisable, compte tenu des autres paramètres de l'entreprise, alors que, selon elle, il ressort de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, C-448/01 du 4 décembre 2003, que si cet arrêt concerne plus spécifiquement la légalité d'un critère d'attribution dont le contrôle par le pouvoir adjudicateur s'avère impossible eu égard aux dispositions du cahier spécial des charges, il en ressort également qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier le caractère exact des données énoncées dans l'offre, que le courrier du 12 février 2008 fait apparaître que la partie adverse ne conteste pas ne pas avoir vérifié l'exactitude des données contenues dans les offres des soumissionnaires DRUART et AXIMA, qu'elle n'explique pas comment elle a pu déduire que la date d'achèvement proposée impliquait une réduction du délai d'exécution de soixante-trois jours pour la société DRUART et septante jours pour la société AXIMA, alors que ces soumissionnaires n'ont pas proposé de réduire le délai proprement dit mais de terminer les travaux à une date fixe et que le cahier spécial des

charges ne prévoit ni de date de démarrage de travaux ni de délai d'exécution, que la partie adverse n'explique pas non plus comment elle a pu estimer que le délai de date fixe à date fixe tel que proposé par les soumissionnaires DRUART et AXIMA pourrait être respecté, alors que la date de certains travaux dont sont tributaires les travaux HVAC, de protection incendie, d'installations des sanitaires, de fluides médicaux et de distribution d'oxygène relevant du lot 2 n'avait pas encore été fixée, qu'aucun planning général des travaux ne figure dans le cahier spécial des charges, le seul planning fourni étant celui de la société adjudicataire du lot 1A gros œuvre et 1B parachèvement, qui est incomplet, qu'aucun document du cahier spécial des charges n'évoque les plannings par aile (A,B,C,D), les plannings par étage (-1, 0, 1, 2, 3), les plannings des faux plafonds, des revêtements de sol, des tâches cloisons première face et deuxième face, de peinture, de mobilier et de menuiserie intérieure..., qu'une réduction du délai de soixante-sept jours ou septante jours correspond, à la lumière du planning général, très abrégé, établi par le lot 1, à une réduction d'un tiers du délai global, qu'elle ne comprend pas comment la société DRUART et la société AXIMA pourraient respecter leur délai d'exécution ainsi que l'obligation impérieuse de s'intégrer dans le planning général en s'imposant une diminution de délai d'un tiers, que, vu l'article 28 du cahier spécial des charges, en diminuant le délai d'un tiers par rapport au délai global en ce compris le délai afférent au lot parachèvement dont est tributaire les travaux concernant le lot 2, les soumissionnaires DRUART et AXIMA seront de facto dans l'impossibilité d'exécuter certains travaux, qu'ainsi :

- les bouches de ventilation ne pourront pas être posées, puisque les faux plafonds ne seront pas réalisés et que les retombées de faux-plafonds ne seront pas exécutées dans les chambres;
- les essais de fonctionnement, les réglages de débit aéraulique et acoustique ne pourront être effectués puisque les bouches ne pourront être installées;
- les appareils sanitaires ne pourront être posés puisque les parois ne seront pas parachevées (peinture, carrelage);
- les appareils sanitaires ne pourront être posés avant la fin totale des travaux sans augmenter considérablement le risque de détérioration de ceux-ci;
- les prises fluides médicaux oxygène ne pourront être posées dans la mesure où les parois ne seront pas réalisées;
- les radiateurs ne pourront être fixés puisque les parois ne seront pas peintes à l'arrière;

qu'elle conclut que les soumissionnaires DRUART et AXIMA devaient recevoir une note nulle pour les critères "délai d'exécution" et "planning", que, dès lors, son offre devenait la plus intéressante avec 90,38 points contre 82,5 pour DRUART et 79,74 pour AXIMA comme elle l'établit dans un tableau et que, même si les soumissionnaires DRUART et AXIMA devaient recevoir une cotation nulle pour le seul critère "délai d'exécution", son offre serait la plus intéressante, avec 90,38 points, contre 87,50 pour DRUART et 83,74 pour AXIMA;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme le caractère "très largement discrétionnaire" du pouvoir d'appréciation qui est le sien en appel d'offres, que l'obligation d'indiquer la pondération des critères d'attribution, imposée par l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, a été respectée, qu'une méthodologie de comparaison des offres fait apparaître les raisons pour lesquelles une offre a été préférée à une autre, par rapport aux critères d'attribution choisis et que pour le reste, le contrôle du Conseil d'Etat reste marginal et ne porte que sur les erreurs manifestes d'appréciation; qu'elle soutient que, dans le cas d'espèce, la requérante critique le cœur de l'appréciation technique des offres par rapport à des critères d'attribution régulièrement pondérés dans le cahier spécial des charges, qu'elle s'étonne que l'on puisse lui reprocher d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation, alors qu'elle s'est rangée aux conclusions techniques d'experts, que ni le C.P.A.S., ni les auditeurs, ni les juges ne disposent de compétences techniques pour refaire l'appréciation des hommes de l'art et qu'une éventuelle erreur commise par les auteurs de projet dans l'analyse factuelle et technique des offres ne pourrait être relevée que par une expertise, qu'au titre des arguments particuliers, elle indique qu'elle a noté les offres en tenant compte uniquement de la réduction de délai puisque tel était bien le critère d'attribution prévu par le cahier spécial des charges, que l'affirmation de la requérante, selon laquelle la société DRUART n'aurait pas proposé de réduire le délai à proprement parler, est "contraire aux faits tels qu'ils ressortent des pièces du dossier", qu'à cet égard, le planning général des travaux, établi par la société titulaire du lot 1A (gros œuvre), a été annexé au cahier spécial des charges, que bien que les travaux HVAC, soit le lot litigieux, soient tributaires des travaux de parachèvement, elle a pu déduire des documents remis par la société DRUART la réduction de délai proposée, qu'en effet, "en partant du planning général et en réduisant la fin des travaux du 31 mars 2009 initialement prévue à la date du 23 décembre 2008, la partie adverse a pu valablement apprécier la réduction de délai proposé par la société DRUART, d'autant que cette dernière avait un remis un planning beaucoup plus détaillé que la partie requérante", que la requérante soutient à tort que le planning général ne comporterait que huit tâches, ce qui l'aurait empêchée d'apprécier la réduction proposée, qu'il s'agit d'un procès d'intention qui ne repose

sur aucun élément objectif, qu'un planning général n'empêche nullement les entreprises de proposer une réduction de délai, que toutes les entreprises ont reçu les mêmes informations et se sont positionnées par rapport à celles-ci, que, par ailleurs, la perplexité de la requérante sur la réduction de délai proposée par deux de ses concurrents n'établit pas que ces réductions seraient irréalistes, que les développements qui consistent à affirmer que les deux entreprises concurrentes ne pourront respecter leur réduction de délai ne peuvent être retenus comme tels, que, d'une part, la requérante n'est pas censée avoir eu connaissance du contenu des offres de ses deux concurrents et que, d'autre part, le réalisme de ces affirmations ne peut être confirmé que par un homme de l'art, ce qui dépasse le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle conclut que lorsque la requérante refait le tableau de notation pour démontrer qu'elle aurait dû obtenir plus de points, elle invite le Conseil d'Etat à se substituer au pouvoir adjudicateur et occulte, de surcroît, dans sa critique, le fait que son planning avait été jugé bien moins détaillé que celui remis par les sociétés DRUART et AXIMA;

Considérant que, dans son mémoire en réplique, la requérante soutient qu'il appartient au Conseil d'Etat de contrôler la pertinence des motifs invoqués par l'autorité administrative, que celle-ci doit établir l'existence d'un lien raisonnable entre les motifs retenus et la décision attaquée, que le caractère technique que pourrait, quod non, revêtir le débat n'empêche pas le Conseil d'Etat de statuer sur la légalité de l'acte dans la mesure où il est en droit de vérifier l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation commise par le pouvoir adjudicateur; que, quant aux arguments particuliers de la partie adverse, la requérante affirme que la réponse selon laquelle la société DRUART a réduit "la fin des travaux du 31 mars 2009 initialement prévu à la date du 23 décembre" établit que les offres des sociétés DRUART et AXIMA n'ont pu adéquatement répondre aux critères d'attribution afférents à la réduction du délai d'exécution et à la planification des travaux HVAC - sanitaires - protection incendie (lot 2), que le planning auquel se réfère la partie adverse est celui de la société DHERTE duquel il résulte que les travaux de gros œuvre et parachèvements (pose de châssis, d'étanchéité, d'enduit, de chape, de cloisons légères) doivent s'achever le 31 mars 2009, qu'en réduisant le délai d'exécution du 31 mars 2009 au 23 décembre 2008, les sociétés DRUART et AXIMA réduisent en fait le délai d'exécution des travaux du gros œuvre et du parachèvement, soit les travaux qui doivent être exécutés par la société DHERTE (lots 1A et 1B) alors que le critère d'attribution prévu dans le cahier spécial des charges applicable au marché du lot 2 concerne uniquement, à l'évidence, la réduction du délai d'exécution afférent aux travaux de ce même lot, que la réduction du délai d'exécution des travaux de la société DHERTE (lots 1A et 1B) est contraire à l'article 28 du cahier spécial des charges qui impose l'intégration des travaux du lot 2 (HVAC - sanitaires - protection incendie)

dans le planning des travaux des lots 1A et 1B (gros œuvre et parachèvement), que, par ailleurs, la réduction ainsi proposée rend impossible l'exécution de certains travaux qu'elle énumère, qu'aucune réponse n'a été apportée par la partie adverse à ce moyen, alors qu'elle aurait eu la possibilité, à l'intervention de ses conseils techniques, d'y répondre et que l'argumentation de la partie adverse confirme qu'elle n'a pas vérifié la faisabilité des travaux dans le délai proposé par les sociétés DRUART et AXIMA;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient que le critère précisé dans le cahier spécial des charges est clair, qu'il s'agit de proposer d'exécuter le marché dans les délais les plus brefs possibles, idée qui ressort de l'article 28 du cahier spécial des charges, qu'aucun soumissionnaire n'a posé de question à ce sujet, que l'article 115 du cahier spécial des charges précise que c'est l'aspect "réduction du délai" qui est prépondérant, que tous les soumissionnaires ont remis leur offre qui comportait un planning et des détails relatifs au délai d'exécution du marché dans une perspective de réduction des délais, que tous les soumissionnaires, à l'exception de la société LIMPENS, ont proposé de réduire le délai d'exécution, que, puisqu'il s'agit d'un marché à lots, il était impossible pour le pouvoir adjudicateur de préciser une date ferme de commencement et d'achèvement des travaux, compte tenu de l'incertitude quant à la date de passation et d'achèvement des différents lots, que le "CGC n'impose pas de préciser cette date, mais impose simplement les modalités de fixation du début de l'exécution des prestations en fonction de la classe d'agrégation et en fonction de la période de notification du marché (article 28 du CGC)", en sorte que le pouvoir adjudicateur a pu comparer objectivement les délais de réalisation qui étaient proposés par les soumissionnaires et notés les offres de ce point de vue;

Considérant que le critère d'attribution relatif au délai d'exécution consiste, selon le cahier spécial des charges, à valoriser "les propositions éventuelles du soumissionnaire d'exécuter le marché dans un délai plus court que le délai maximal déterminé à l'article 28"; que force est de constater qu'aucun délai maximal n'est déterminé à l'article 28 du cahier spécial des charges, et qu'il était impossible, pour les soumissionnaires, de proposer une réduction de ce délai maximal qui restait indéterminé; qu'il faut constater encore que le cahier spécial des charges ne précise pas davantage la date prévue de commencement et/ou de fin des travaux du lot 2, faisant l'objet du marché; que certes, le planning des lots 1a) et 1b) établi par l'adjudicataire du gros œuvre et des parachèvements, annexé au cahier spécial des charges, prévoit la fin des "techniques en chape (lots 2 et 3)" le 31 mai 2008 et la "fin des travaux" le 31 mars 2009; que cependant ces deux données, limitées aux lots 1a) et 1b), ne suffisent pas à fixer la période prévue par l'adjudicataire de ces lots pour

l'exécution du lot 2; qu'on ne peut qu'en conclure que le critère du "délai d'exécution", tel que mentionné par le cahier spécial des charges, est inopérant, en ce qu'il rend impossible une comparaison objective des offres, en vue de déterminer celle qui est "la plus intéressante" pour le pouvoir adjudicateur; que, dès lors, les critères d'attribution n'ont pas été définis conformément à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et que les offres n'ont pas pu être comparées conformément à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ; que le premier moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} G./A.187.617/VI-17.735 et G./A.189.703/VI-17.949 sont jointes.

Article 2.

Il n'y a plus lieu de statuer sur la requête inscrite sous le n^o G./A.187.617/VI-17.735.

Article 3.

Est annulée la décision prise le 8 mai 2008 par le C.P.A.S. de Mons en tant qu'il porte sur l'attribution du marché relatif à la construction d'une nouvelle maison de repos et de soins de 221 lits à HAVRE, lot 2 : HVAC - sanitaire - protection incendie - distribution d'oxygène à la société DRUART.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.