

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.302 du 7 mai 2014

G./A.198.616 /VI-18.940

En cause : **la société anonyme SOCOGETRA,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

**la société wallonne de financement
complémentaire des infrastructures,**
en abrégé la SOFICO,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 décembre 2010, la société anonyme SOCOGETRA demande l'annulation de "la décision, prise en séance du Conseil d'administration de la SOFICO le 22 octobre 2010, qui lui a été communiquée par lettre recommandée datée du 28 octobre 2010, de :

- « 1. par application de l'article 110, §2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et pour les motifs précités ci-dessus, d'écarter l'offre de la société S.A. SOCOGETRA et celle de la S.M. RENOTEC-MOLS;
2. d'attribuer le présent marché à la S.A. ABTECH pour un montant de 6.077.035,70€ TVAC, soit 5.022.343,55€ HTVA à charge de la SOFICO»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

La partie adverse a déposé un dossier administratif complémentaire.

La partie requérante a déposé un mémoire en réplique complémentaire.

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

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

Une ordonnance du 19 février 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 19 mars 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Yves SCHNEIDER, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La SOFICO et la Région wallonne décident, chacune pour ce qui la concerne, de lancer un marché public de travaux ayant pour objet la réfection du viaduc des Guillemins et ses abords. Les travaux se dérouleront du 28 juin 2010 au 27 août 2010.

III. 2. Ce marché fait l'objet d'un avis ainsi que d'un avis rectificatif de marché, tous deux publiés au Bulletin des adjudications des 13 janvier et 12 février 2010.

III. 3. Le marché de travaux est régi par le cahier spécial des charges n° 01.05.01-10A26, dressé conjointement par la SOFICO et la Région wallonne. La procédure retenue est celle de l'adjudication publique.

III. 4. Lors de la séance d'ouverture, fixée le 23 février 2010, quatre offres sont recueillies et se présentent dans l'ordre suivant :

- S.A. BETONAC	:	6.160.042,46€ TVAC;
- RENOTEC et MOLS Louis (après correction)	:	6.061.332,85€ TVAC;
- S.A. ABTECH	:	6.077.035,70€ TVAC;
- S.A. SOCOGETRA	:	5.717.661,09€ TVAC;

III. 5. Par un courrier du 5 mars 2010, le département des expertises techniques communique aux services de la Région wallonne ses conclusions quant aux joints de dilatation proposés par les soumissionnaires. Il conclut notamment que le joint proposé par la société requérante n'est pas conforme "vu qu'il ne s'agit pas d'un joint placé dans l'épaisseur du revêtement (c'est un joint ancré classique)".

III. 6. Le 30 avril 2010, le Conseil d'administration de la SOFICO décide, par application de l'article 110, §2, 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, d'écarter l'offre de la société requérante et d'attribuer le marché à la société anonyme ABTECH pour un montant de 6.077.035,70 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise.

Il s'agit de la décision attaquée dans l'affaire n° G./A.197.212/VI-18.721 qui se présente comme suit :

" Extrait du procès-verbal du Conseil d'Administration de la SOFICO du 30 avril 2010.

A.2°) A 602 – LIEGE – REFECTION DU VIADUC DES GUILLEMIN – CSC
01.05.01-10 A 26 – ADJUDICATION PUBLIQUE DU 23 FEVRIER 2010
MARCHE CONJOINT SPW/SOFICO – ATTRIBUTION DU MARCHE.

A. OBJET DU MARCHE

Par sa dépêche du 14 avril 2010, la DG01 nous a transmis, avec avis favorable, le dossier relatif au marché conjoint repris sous rubrique.

Le SPW-DG01 a approuvé la PMA en date du 17 décembre 2009 et le Conseil d'Administration de la SOFICO l'a ratifiée lors de sa séance du 15 janvier 2010.

Ce marché a pour objet la réfection, sur l'A602, du viaduc des Guillemins.

B. ANALYSE DES OFFRES

L'avis de marché a été publié le 13 janvier 2010 au Bulletin des Adjudications ainsi qu'un avis rectificatif en date du 12 février 2010.

La DG01 a procédé à l'analyse des offres.

Il en ressort qu'à la date fixée pour l'ouverture des plis, à savoir, le 23 février 2009[lire 2010], ont remis offre les sociétés ci-après mentionnées (selon les données extraites du PV d'ouverture des offres) :

- S.A. BETONAC
- S.M. RENOTEC-MOLS
- S.A. ABTECH
- S.A. SOCOGETRA

Le classement des offres sélectionnées par ordre de valeur croissante (les prix s'entendant T.V.A.C.) et après vérification des opérations arithmétiques et des erreurs matérielles, donne le résultat suivant:

- | | |
|---------------------|----------------|
| - S.A. SOCOGETRA | 5.717.661,09 € |
| - S.M. RENOTEC-MOLS | 6.061.332,85 € |
| - S.A. ABTECH | 6.077.035,70 € |
| - S.A. BETONAC | 6.160.042,46 € |

L'offre déposée par la S.A. SOCOGETRA est apparue la plus basse. Elle ne peut toutefois pas être retenue car elle a proposé un joint de dilatation non conforme aux prescriptions du CSC. Un avis a été demandé à la Direction des Structures métalliques. Celui-ci a remis son avis en date du 5 mars 2010 et a confirmé la non-conformité du joint proposé.

La S.M. RENOTEC-MOLS n'a, quant à elle, pas remis de planning du chantier dans son offre; planning permettant de démontrer la capacité de la société à réaliser les travaux dans les délais prévus au CSC. L'offre de la S.M. RENOTEC-MOLS a, dès lors, également été écartée.

Au terme de la vérification des critères de sélection qualitative, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique ainsi que les critères de capacité technique, l'Administration considère que la S.A. ABTECH et la S.A. BETONAC satisfont aux critères de sélection retenus.

Les offres de la S.A. ABTECH et de la S.A. BETONAC ont été soumises à l'avis du bureau des prix. Celui-ci a remis son avis le 8 mars 2010 et a conclu que les offres susmentionnées ne pouvaient être acceptées sans demande de justification.

Les deux soumissionnaires ont remis une réponse sur le prix de certains postes et sur la manière dont ils ont tenu compte du plan qualité dans leurs prix des revêtements hydrocarbonés.

Après analyse des réponses, l'Administration conclut que l'offre de la S.A. ABTECH, classée troisième, est régulière et conforme et que le prix remis est normal et peut être accepté.

En résumé, l'Administration a tous les éléments probants pour estimer que l'offre remise par la S.A. ABTECH est régulière et la moins disante.

Il est, enfin, à relever que les travaux principaux se dérouleront du 28 juin 2010 au 27 août 2010.

PROPOSITION DE DECISION

Vu le décret du 3 avril 2009 modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la SOFICO et portant des dispositions relatives à l'octroi de la garantie de la Région;

Vu l'AGW du 30 avril 2009 établissant le transfert à la SOFICO des droits réels temporaires indispensables à l'entretien des réseaux routiers et autoroutiers de la Région dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er juin 2009;

Vu la loi du 24 décembre 1993 modifiée à diverses reprises et relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment les articles 14 et 15;

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996, modifié à diverses reprises, relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment les articles 16 à 20, 90 et 110 à 113;

Vu la circulaire du Ministre-Président du Gouvernement wallon du 21 mai 2001 «marchés publics - sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services»;

Vu la PMA approuvée le 17 décembre 2009 par la Région wallonne;

Vu l'avis de marché paru le 13 janvier 2010 au Bulletin des Adjudications;

Vu l'avis de marché rectificatif paru le 12 février 2009 [lire 2010] au Bulletin des Adjudications;

Vu le cahier spécial des charges n° 01.05.01-10 A 26 régissant le présent marché;

Vu le rapport d'analyse des offres considéré comme faisant partie intégrante de la présente décision;

Considérant qu'à la date fixée pour l'ouverture des plis, à savoir, le 23 février 2010, ont remis offre les sociétés ci-après mentionnées (selon les données extraites du PV d'ouverture des offres):

- S.A. BETONAC
- S.M. RENOTECH-MOLS
- S.A. ABTECH
- S.A. SOCOGETRA

Considérant qu'aucune offre arrivée tardivement ne doit être prise en considération en fonction de l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

Considérant que les services de la DG01 ont, ensuite, procédé à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque entrepreneur, ainsi que des renseignements et des documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique requis en vertu des articles 17 à 20 de l'AR du 08.01.1996, tels que précisés dans l'avis de marché.

Considérant que le classement des offres sélectionnées par ordre de valeur croissante (les prix s'entendant T.V.A.C.) et après vérification des opérations arithmétiques et des erreurs matérielles, donne le résultat suivant:

- | | |
|----------------------|----------------|
| - S.A. SOCOGETRA | 5.717.661,09 € |
| - S.M. RENOTECH-MOLS | 6.061.332,85 € |
| - S.A. ABTECH | 6.077.035,70 € |
| - S.A. BETONAC | 6.160.042,46 € |

Considérant que l'Administration a pu apprécier que les offres émanant de la S.A. SOCOGETRA et de la S.M. RENOTEC ne pouvaient être retenues en raison de non satisfaction aux prescriptions du CSC;

En effet, l'offre déposée par la S.A. SOCOGETRA est apparue la plus basse. Elle ne peut toutefois pas être retenue car elle a proposé un joint de dilatation non conforme aux prescriptions du CSC.

Considérant qu'un avis a été demandé à la Direction des Structures métalliques. Celui-ci a remis son avis en date du 5 mars 2010 et a confirmé la non-conformité du joint proposé;

Considérant que cette offre doit être écartée;

Considérant que la S.M. RENOTEC-MOLS n'a pas remis de planning du chantier dans son offre;

Considérant que la fourniture du planning permet de démontrer sa capacité à réaliser les travaux dans les délais prévus au CSC. L'offre de la S.M. RENOTEC-MOLS a, dès lors, également été écartée.

Vu l'introduction du «Plan Qualité» visant à mettre en place un système de gestion de la qualité lors de l'exécution des marchés de travaux;

Considérant que l'avis du bureau des prix a été sollicité en date du 26 février 2010 sur les prix remis par les S.A. ABTECH et BETONAC;

Vu l'avis remis par le Bureau des Prix dans son courrier du 8 mars 2010 qui conclut que les offres remises par les S.A. ABTECH et BETONAC ne peuvent être acceptées sans demande de justification;

Vu le courrier du 10 mars 2010 interrogeant les 2 soumissionnaires sur le prix de certains postes et la manière dont ils ont tenu compte de ce plan qualité dans leur prix des revêtements hydrocarbonés;

Considérant qu'après analyse des réponses apportées par les entrepreneurs, l'Administration conclut que l'offre de la S.A. ABTECH, classée troisième est régulière et conforme, et que le prix est normal et peut être accepté;

Pour ces motifs,

Le Conseil d'Administration décide :

1. par application de l'article 110§2 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996 et pour les motifs indiqués ci-dessus, d'écarter l'offre de la société S.A. SOCOGETRA et de la S.M. RENOTEC-MOLS;
2. d'attribuer le présent marché à la S.A. ABTECH pour un montant de 6.077.035,70 € TVAC, soit 5.022.343,55 € HTVA à charge de la SOFICO, et ce, malgré que le dossier soumis est présenté sous la forme d'un marché conjoint. Les travaux se réaliseront en effet lorsque la SOFICO sera investie de la compétence entière vis-à-vis dudit dossier. En conséquence, il s'avère approprié que le conseil le traite dans sa totalité et procède à la notification dès l'entrée en vigueur du décret du 10 décembre 2009, devant en principe intervenir le 1^{er} mai 2010.

[...]".

III. 7. Par un courrier du 7 mai 2010, la société requérante a été informée que son offre n'a pas été retenue. Le 27 mai 2010, la décision motivée d'attribution du marché lui a été communiquée ainsi que, le 28 juin 2010, l'avis donné par la Direction des Structures métalliques.

III. 8. Le 1^{er} mai 2010, la SOFICO est, entretemps, devenue compétente pour la mise à disposition, à titre onéreux, au profit des utilisateurs, du réseau structurant dont elle assure à la fois le financement, la réalisation, l'entretien et l'exploitation, conformément à l'article 2, §1^{er}, du décret du 10 décembre 2009 modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la SOFICO.

III. 9. En sa séance du 22 octobre 2010, le conseil d'administration de la SOFICO a donc décidé d'attribuer à la société anonyme ABTECH la partie de marché qui avait été initiée par la Région wallonne et d'écarter l'offre de la société requérante pour cette même partie de marché.

Il s'agit de l'acte attaqué en l'espèce. Il se présente comme suit :

" Extrait du procès-verbal du Conseil d'administration de la SOFICO du 22 octobre 2010

10°) A602 – LIEGE – REFECTION DU VIADUC DES GUILLEMIN – CSC
01.05.01 – 10A26 – DECISION D'ATTRIBUTION

DECISION

Vu la loi du 24 décembre 1993 relatif aux marchés publics de travaux, de services et de fournitures et, notamment, son article 15;

Vu le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures, tel que modifié, notamment, par le décret du 10 décembre 2009;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et, notamment, ses articles 89 et 110;

Vu l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 avril 2010 fixant la date d'entrée en vigueur du décret du 10 décembre 2009, précité;

Vu la décision prise, conjointement, par la SOFICO et par la Région wallonne, de lancer une procédure d'attribution d'un marché public de travaux, en adjudication publique, relatif à la réfection du viaduc des Guillemins (A 602 Liège);

Vu l'avis de marché et l'avis rectificatif n°1 publiés au Bulletin des Adjudications, respectivement les 15 janvier 2010 et 15 février 2010;

Vu le cahier spécial des charges n°01.05.01-10A26, dressé conjointement par la SOFICO et la Région wallonne;

Vu la décision d'attribution du marché précité prise par le conseil d'administration de la SOFICO en sa séance du 30 avril 2010;
Considérant que le marché précité a été lancé, simultanément, par la SOFICO et la Région wallonne, chacun agissant en qualité de pouvoir adjudicateur dans les limites des compétences qui leur ont été légalement attribuées;

Considérant que la décision d'attribution prise par le conseil d'administration le 30 avril 2010 doit être interprétée comme valant dans les limites de ses compétences, telles qu'elles les exerçaient à cette date;

Considérant que, conformément à l'article 2, §1^{er}, du décret du 10 décembre 2009, la SOFICO est devenue compétente pour la mise à disposition, à titre onéreux, au profit des utilisateurs, du réseau structurant, dont elle assure, à la fois, le financement, la réalisation, l'entretien et l'exploitation;

Considérant que cette compétence échoit à la SOFICO depuis l'entrée en vigueur de cet article au 1^{er} mai 2010, conformément à l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 avril 2010;

Considérant que, par l'effet de ce transfert de compétences, la SOFICO exerce, depuis cette date, les compétences en vertu desquelles la Région wallonne avait agi en qualité de pouvoir adjudicateur;

Qu'il y a lieu de considérer qu'en vertu de la continuité dans l'exercice des compétences relatives au financement, à la réalisation, à l'entretien et à l'exploitation du réseau structurant, la SOFICO se substitue à la Région wallonne en qualité de pouvoir adjudicateur du marché précité, et ce depuis le 1^{er} mai 2010;

Considérant que l'attribution du marché précité requiert formellement deux décisions séparées, la première - déjà prise - émanant de la SOFICO dans l'exercice de ses compétences telles qu'elles existaient au 30 avril 2010, la seconde - objet de la présente délibération - devant également émaner de la SOFICO, agissant, cette fois, dans le cadre des compétences qui lui ont été transférées le 1^{er} mai 2010;

Considérant qu'à la date prévue pour l'ouverture des offres, soit le 23 février 2009, les sociétés suivantes avaient remis offre pour le présent marché:

- S.A. BETONAC
- S.M. RENOTEC-MOLS
- S.A. ABTECH
- S.A. SOCOGETRA

Considérant qu'après avoir procédé à la vérification des opérations arithmétiques et aux corrections des éventuelles erreurs matérielles, les offres ont été classées par ordre de valeur croissante (les prix s'entendant T.V.A. comprise):

- | | |
|----------------------|----------------|
| ● S.A. SOCOGETRA: | 5.717.661,09 € |
| ● S.M. RENOTEC-MOLS: | 6.061.332,85 € |
| ● S.A. ABTECH: | 6.077.035,70 € |
| ● S.A. BETONAC: | 6.160.042,46 € |

Considérant que, quoiqu'étant la moins disante, l'offre déposée par la S.A. SOCOGETRA ne peut être retenue car non conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges précité, cette non-conformité consistant à avoir proposé un joint de dilatation - étant le joint MAURER - ne permettant pas d'être placé dans l'épaisseur du revêtement du viaduc;

Qu'en effet, il ressort de la fiche technique jointe à l'offre de SOCOGETRA que trois types de joints MAURER D80B sont proposés, deux relatifs aux trottoirs (les types BK), un relatif aux chaussées (étant le type 1200) ; que seul ce dernier est susceptible d'être utilisé dans le cadre de l'exécution du présent marché, celui-ci portant sur des travaux de réfection d'un viaduc;

Qu'il s'impose de constater que le joint MAURER D80B type 1200 a une épaisseur de 300 mm, alors que l'épaisseur maximale du revêtement du viaduc est de 120 mm, en manière telle qu'il est effectivement impossible de placer ce joint dans l'épaisseur du revêtement sans qu'il ne ressorte d'au moins 180 mm...;

Que l'exigence technique relative au placement des joints dans l'épaisseur du revêtement se comprend aisément par le souci de permettre la circulation normale des véhicules automobiles sur un revêtement plane;

Considérant que l'offre de SOCOGETRA n'est donc pas conforme à une prescription technique du cahier spécial des charges (article K8.3.2.1., §7: 'choix du joint': «Le joint est dit placé dans l'épaisseur du revêtement»), prescription particulièrement essentielle pour la bonne exécution du marché, en sorte que l'offre précitée doit être écartée par application des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité;

Considérant que, pour autant que de besoin, l'offre de SOCOGETRA n'est pas conforme à une seconde prescription technique essentielle du cahier spécial des charges (article K8.3.2.1., §10: «Les profilés sont ancrés dans des longrines en béton (ou en mortier) structurel à base de résine qui tient à la structure (béton de la dalle, culée ou chevet) par adhérence»), puisque les joints proposés - qu'il s'agisse de joints «trottoir» ou de joints «chaussée» - ne sont pas ancrés par adhérence, mais bien liaisonnés à la structure du viaduc par une longrine en béton hydraulique;

Considérant que l'offre déposée par la S.M. RENOTEC-MOLS doit, elle aussi, être écartée puisqu'elle ne contient pas de planning du chantier, ce planning devant permettre de démontrer la capacité de la société à réaliser les travaux dans les délais prévus par le cahier spécial des charges;

Considérant, par ailleurs, que les deux autres soumissionnaires, étant la S.A. ABTECH et la S.A. BETONAC satisfont aux critères de sélection qualitative, que leurs offres sont conformes et que les prix proposés peuvent être acceptés sans demande de justification; que les deux soumissionnaires ont fourni une réponse sur le prix de certains postes et sur la manière dont ils ont tenu compte du plan qualité dans leurs prix des revêtements hydrocarbonés;

Qu'en conséquence, l'offre déposée par la S.A. ABTECH est régulière et la moins disante;

Le Conseil d'Administration de la SOFICO décide, à l'unanimité:

1. par application de l'article 110, §2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et pour les motifs précités, d'écarter l'offre de la S.A. SOCOGETRA et celle de la S.M. RENOTEC-MOLS;
2. d'attribuer le présent marché à la S.A. ABTECH pour un montant de 6.077.035,70 € TVAC, soit 5.022.343,55 € HTVA à charge de la SOFICO.

Il charge le Président et l'Administrateur délégué de prendre les mesures requises en exécution de la présente décision.

[...]"

III. 10. Cette seconde décision a été notifiée à la société requérante par un envoi recommandé du 28 octobre 2010.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

IV. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité, en laquelle elle expose, en substance, que l'offre de la société requérante a été déclarée irrégulière en raison d'une non-conformité aux conditions techniques du marché, que dès lors, et comme il ressort de l'étude du second moyen de la requête, qu'il apparaît que c'est à bon droit que son offre a été déclarée irrecevable et ce pour des motifs affectant l'ensemble de son offre, il n'y a pas lieu d'examiner les moyens, le recours étant irrecevable à défaut d'intérêt à agir.

Elle oppose ensuite au recours une seconde exception, au titre de laquelle elle s'interroge sur le caractère direct de l'intérêt à agir de la société requérante. La partie adverse relève que pour satisfaire aux exigences de l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées du 12 janvier 1973, la partie requérante doit démontrer que son recours est susceptible de lui apporter une satisfaction effective, qu'en l'espèce, la société requérante ne serait plus en mesure d'être chargée de l'exécution du contrat quand bien même elle obtiendrait l'annulation de la décision d'attribution, dès lors que l'ensemble des travaux faisant l'objet du marché ont été exécutés par l'attributaire et fait l'objet d'une réception définitive. Elle indique que l'intérêt matériel à la poursuite de la procédure dès lors qu'une annulation de la décision d'attribution serait de nature à faciliter une action civile ultérieure en dommages et intérêts n'est pas suffisant, que la société requérante conserverait tout de même un intérêt purement moral à poursuivre l'annulation de la décision attaquée quand bien même le marché serait déjà conclu voire exécuté, que cette jurisprudence ne se justifie plus lorsque le marché est entièrement exécuté, sauf à remettre en cause la finalité même du recours en annulation qui est de faire disparaître de l'ordonnancement juridique un acte administratif illégal, et non de faciliter, dans le chef du justiciable, une hypothétique action en indemnisation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, qu'il ressort des

circonstances de la cause que ce serait bien là le seul avantage que pourrait retirer la société requérante d'une annulation éventuelle et que partant, le recours doit être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt "direct" dans le chef de la société requérante.

B. Mémoire en réplique

A la première exception, la requérante répond que seul l'éventuel rejet du second moyen d'annulation par le Conseil d'État pourrait, le cas échéant, donner quelque crédit à l'affirmation de l'irrégularité de la soumission qu'elle a déposée et qu'il y a lieu donc de traiter, dans l'ordre logique et successivement, les deux moyens d'annulation développés, sans prendre en considération la première exception d'irrecevabilité.

A la seconde exception, la partie requérante réplique qu'il pourrait être relevé, tout d'abord, que le marché litigieux n'ayant fait à ce jour l'objet que d'une "réception provisoire" et non d'une "réception définitive", il ne peut être considéré comme entièrement clôturé, qu'il apparaît que l'objectif concret de l'exception d'irrecevabilité développée ici tend à priver le Conseil d'Etat de tout pouvoir de contrôle administratif en matière de marchés publics, l'intérêt "idéal" rappelé par l'arrêt n°152.172 du 2 décembre 2005 ne se concrétisant jamais dans les faits, que l'on aperçoit pas de motif de préférer l'enseignement de l'arrêt n°146.412 du 21 juin 2005 à celui de l'arrêt n°177.610 du 5 décembre 2007, rappelant que la partie requérante conserve "tout de même un intérêt purement moral à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution, quand bien même le marché serait déjà conclu voire exécuté", que la distinction que prétend proposer, dans ce contexte, la partie adverse entre les marchés "en cours d'exécution" et les marchés "exécutés" apparaît purement artificielle, qu'il convient de noter que la partie adverse s'est abstenue, à l'occasion de l'instruction du recours en annulation du 21 juillet 2010, de développer une telle exception d'irrecevabilité dans le cadre de son mémoire en réponse, pourtant déposé postérieurement à l'achèvement du marché, qu'il faut relever l'évident caractère paradoxal de l'attitude comme de la thèse de la partie adverse qui n'hésite pas à trouver normal d'adopter une décision d'attribution de marché postérieurement à l'exécution de celui-ci mais à soutenir que tout recours dirigé contre cette décision serait irrecevable parce que "tardif" compte tenu précisément de l'achèvement de cette même exécution et que, par conséquent, l'exception manque de tout fondement.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première exception d'irrecevabilité

Dans le cadre d'une adjudication ou d'un appel d'offres, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée à juste titre irrégulière est en principe sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché.

Il n'en va autrement, au nom du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qu'à l'égard des moyens dans lesquels le soumissionnaire écarté conteste l'appréciation qui a abouti à déclarer son offre irrégulière et celle de ses concurrents, dont l'adjudicataire, régulière.

Telle est précisément la portée du moyen nouveau.

L'exception ne peut, en conséquence, être accueillie.

B. Quant à la seconde exception d'irrecevabilité

La circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, le marché est exécuté en manière telle que la requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, 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. Elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée.

L'exception ne peut, en conséquence, être accueillie.

V. MOYEN NOUVEAU

V. 1. Thèses des parties

Dans un mémoire en réplique complémentaire, déposé suite à la communication – par la partie adverse et à la demande du Premier auditeur rapporteur – de l'offre de l'attributaire du marché litigieux, la requérante soulève un moyen nouveau, pris "de la violation de la loi du 24 décembre 1993, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe général d'égalité de traitement, du cahier spécial des charges n° 01.05.01-10A26, notamment en son article 90, et de l'excès de pouvoir".

Elle y expose que l'article 90 du cahier spécial des charges invitait, sous l'intitulé "Documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre", les soumissionnaires à produire, en annexe à leur soumission, au point 5 "le planning de chantier, avec le matériel mis en œuvre", qu'en son mémoire en réponse, la partie adverse expose ne pas avoir pu retenir l'offre déposée par la société momentanée Renotec-Mols, deuxième classée, parce que celle-ci "ne respectait pas les exigences du cahier spécial des charges en termes de fourniture d'un planning d'exécution détaillé alors qu'eu égard à la nature des travaux et à leur caractère urgent, ils devaient être exécutés selon un timing précis et à une période donnée", qu'il résulte de la consultation de la pièce nouvelle versée aux débats que l'adjudicataire, la société Abtech, aurait également omis de fournir en soumission le planning d'exécution détaillé exigé par les stipulations contractuelles, que si ce constat est confirmé, l'offre de cette société est aussi entachée d'irrégularité absolue, et la décision d'attribution du 22 octobre 2010 doit être annulée pour ce motif également.

A l'appui de son dernier mémoire, la partie adverse produit un document qu'elle déclare être le planning de chantier joint à l'offre de l'attributaire du marché, et dont il constituait l'annexe 79. Elle soutient que, lors de la transmission de l'offre de l'attributaire, ce document a été omis par erreur. Elle déclare avoir conscience de ce que cette erreur a privé le Premier auditeur rapporteur de la possibilité de rédiger un rapport en parfaite connaissance de cause.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la communication du planning de chantier à l'appui du dernier mémoire de la partie adverse.

Alertée de l'absence de planning de chantier dans l'offre de l'attributaire du marché, tant par le mémoire en réplique complémentaire que par le moyen nouveau qui y était soulevé, la partie adverse a toutefois négligé d'y réagir. Elle n'a transmis cette pièce qu'à l'appui de son dernier mémoire, après avoir constaté que le Premier auditeur rapporteur concluait au caractère fondé de ce moyen nouveau.

L'attitude d'une partie adverse ne peut pas perturber le bon déroulement du procès auquel elle doit également contribuer. Elle est, en conséquence, tenue de prêter sa collaboration à la juridiction lorsqu'elle y est invitée. Lorsque le membre désigné de l'auditorat demande à une partie adverse de fournir des informations complémentaires dans le cadre de l'instruction de l'affaire, il faut dès lors que cette dernière réponde avec diligence.

En l'espèce, la partie adverse impute le défaut de production du planning d'exécution à l'appui de l'offre demandée par le Premier auditeur rapporteur, à une erreur. Elle n'a toutefois pas fait diligence pour réparer cette erreur dès que le mémoire en réplique complémentaire lui a permis de s'en apercevoir.

Elle ne peut plus remédier à ce défaut par un dernier mémoire. Un tel mémoire vise, en effet, à informer le Conseil d'Etat des réactions aux conclusions du rapport de l'auditorat. Ceci requiert qu'aient été communiqués en temps utile à l'auditorat les renseignements qu'il a demandés pour effectuer son instruction. Il serait en totale contradiction avec les phases de la procédure écrite prévues par le législateur et avec le rôle essentiel de l'auditorat dans l'instruction de l'affaire, pour lequel la partie adverse doit au demeurant faire preuve de respect, de devoir tenir compte de telles informations lorsqu'elles sont fournies dans le dernier mémoire.

Il n'y a pas lieu d'avoir égard au planning de chantier transmis tardivement.

B. Quant au caractère fondé du moyen

Suivant l'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, "lorsque la partie défenderesse ne transmet pas le dossier administratif [...] les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts".

En l'espèce, la requérante allègue que l'attributaire du marché litigieux n'avait pas joint à son offre le planning du chantier qu'exigeait pourtant, en son point 5, le cahier spécial des charges. Elle fait grief à la partie adverse d'avoir, nonobstant ce fait, considéré comme régulière l'offre de ce soumissionnaire, alors qu'elle a déclaré irrégulière l'offre d'un autre soumissionnaire qui n'avait pas davantage fourni ce planning d'exécution.

A défaut pour la partie adverse d'avoir déposé, dans le respect des garanties procédurales qui s'imposaient en la présente cause, les documents pertinents permettant de contredire cette affirmation, les dires de la requérante doivent être considérés comme étant établis.

Il s'ensuit que le moyen est fondé, particulièrement en ce qu'il invoque la violation du principe d'égalité de traitement, ainsi que celle de l'article 90 du cahier spécial des charges applicable au marché en cause.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la décision, prise par le conseil d'administration de la SOFICO, le 22 octobre 2010, d'écarter l'offre de la société anonyme SOCOGETRA et celle de la société momentanée RENOTEC-MOLS et d'attribuer le marché portant sur la réfection du viaduc des guillemins et ses abords à la société anonyme ABTECH.

Article 2.

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

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Yves HOUYET,
David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.