

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.536 du 26 mai 2014

G./A.212.231/VI-20.183

En cause : **la société anonyme ZOLDERSE DAKPROJECTEN,**

ayant élu domicile chez
Me Renaud SIMAR, avocat,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
LE LOGIS SAINT-GHISLAINOIS,**

ayant élu domicile chez
Me Jean SAINT-GHISLAIN, avocat,
rampe Sainte-Waudru, n° 12,
7000 Mons.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 18 avril 2014, la société anonyme ZOLDERSE DAKPROJECTEN sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision du 24 mars 2014 prise par le conseil d'administration de la SCRL LE LOGIS SAINT-GHISLAINOIS par laquelle il décide d'«annuler» la procédure de mise en concurrence passée par adjudication publique, portant sur la rénovation de la toiture de 99 logements à TERTRE, régie par le cahier spécial des charges n° S.W.L./T/2013, et de relancer une nouvelle procédure de mise en concurrence".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 22 avril 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 mai 2014 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Mes Renaud SIMAR et Eli VAN AUDENHOVE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Jean SAINT-GHISLAIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, également représentée par M. Jean-François RENUART, directeur technique, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis.

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. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 31 janvier 2014, la partie adverse lance un marché de travaux portant sur la rénovation des toitures de nonante-neuf logements sis à Tertre, pour un montant estimé de 1.635.235,85 euros.

Le mode de passation choisi est l'adjudication publique.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° S.W.L./T/2013.

La séance d'ouverture des offres est fixée par l'avis de marché le 11 mars 2014 à 10 heures.

III. 2. Le 10 mars 2014, la requérante dépose son offre, pour un montant de 1.129.179,93 euros, au bureau d'accueil de la partie adverse, à l'attention de Jean-François RENUART, le Président de la séance d'ouverture des offres qui doit se tenir le lendemain.

Elle reçoit un "accusé de réception de dépôt de documents administratifs".

III. 3. Le procès-verbal de la séance d'ouverture des offres précise que cinq offres ont été déposées. L'offre de la requérante n'y est toutefois pas mentionnée.

III. 4. Par courrier recommandé daté du 12 mars 2014, la partie adverse invite la requérante à une deuxième séance d'ouverture des offres.

Cette invitation est libellée en ces termes :

" Dans le cadre du dossier mentionné sous objet, nous vous informons que nous avons procédé à l'ouverture des offres ce mardi 11 mars 2014 à 10 heures en nos bureaux (cf. PV d'ouverture en annexe).

Quelques heures après cette ouverture, après dépouillement du courrier «classique», une offre a été transmise au service technique alors qu'elle avait été déposée, en nos bureaux, contre accusé de réception, le lundi 10 mars 2014.

A cet effet, nous vous invitons à assister à une seconde ouverture des offres de ce dossier ce vendredi 14 mars 2014 à 8 h 30 en nos bureaux situés 5, cité des Aubépines à 7330 Saint-Ghislain".

III. 5. Le 24 mars 2014, le conseil d'administration de la partie adverse décide de ne pas attribuer le marché et d'en recommencer la procédure de passation. Cette délibération, qui constitue l'acte attaqué, est libellée comme suit:

" EXTRAIT DU P.V. CONSEIL D'ADMINISTRATION DU 24 MARS 2014
Point 2 Marchés publics
2.10 Marché de travaux
Rénovation des toitures de 99 maisons situées à Tertre - Rues des Chênes, Hêtres, Bouleaux et Square des Cyprès - Marché à tranche ferme et conditionnelle
Remise en concurrence
Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 24 (adjudication publique);
Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures, notamment l'article 105;
Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et ses modifications ultérieures, notamment l'article 5, § 4;
Considérant la nécessité de rénover les toitures de 99 maisons situées à Tertre - Rues des Chênes, Hêtres, Bouleaux et Square des Cyprès - Marché à tranche ferme et conditionnelle;
Considérant le cahier spécial des charges établi par le bureau d'études Jean-Luc Notté de Ath;

Considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 1.635. 235,85 € hors TVA ou 1.733.350,00 €, TVA comprise de 6%;
 Considérant la décision du Conseil d'Administration approuvant le cahier spécial des charges, le mode de passation;
 Considérant l'avis de marché envoyé au Bulletin des Adjudications le 31 janvier 2014;
 Considérant la séance d'ouverture des offres fixée au 11 mars 2014 à 10h00;
 Considérant qu'un vice de forme a été constaté au niveau de la séance d'ouverture des offres (une offre a été déposée le 10 mars 2014 avec accusé de réception mais a été mal aiguillée et est parvenue tardivement au président de la séance d'ouverture des offres);
 Considérant que tous les soumissionnaires, sous pli recommandé, ont été invités à participer à une seconde ouverture des offres le 14 mars 2014 à 8h30;
 Considérant que l'offre parvenue tardivement lors de la séance d'ouverture des offres était la moins disante lors de la séance d'ouverture des offres;
 Considérant le risque important d'introduction d'un recours par un ou plusieurs soumissionnaires en cas d'attribution du marché;
 Considérant les conseils du service juridique de la Société Wallonne du Logement;
 Considérant la proposition du service technique :

- D'annuler la présente procédure de mise en concurrence et d'en informer les soumissionnaires;
- De publier un nouvel avis de marché de mise en concurrence, par adjudication ouverte, au Bulletin des Adjudications.

Le CA passe en revue les motivations de fait et de droit.
 Il est demandé au CA :

- D'annuler la présente procédure de mise en concurrence et d'en informer les soumissionnaires ;
- De publier un nouvel avis de marché de mise en concurrence, par adjudication ouverte, au Bulletin des Adjudications.

Le CA marque son accord à l'unanimité".

III. 6. Par avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 27 mars 2014, la partie adverse lance une nouvelle procédure de passation du même marché.

III. 7. Le 16 avril 2014, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'arrêter cette nouvelle procédure de passation et de lancer un nouveau marché, différent – quant à son objet et ses modalités de passation – de celui auquel se rapportait l'acte attaqué. Cette délibération, de laquelle la requérante et les autres soumissionnaires ont été informés par des courriers du 25 avril 2014, est libellée comme suit:

" EXTRAIT DU P.V. DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DU 16 AVRIL 2014
 NON ENCORE APPROUVE
 Point 2 Marchés publics
 2.2 Marché de travaux
 Rénovation des toitures de 99 maisons situées à Tertre - Rues des Chênes, Hêtres, Bouleaux et Square des Cyprès - Marché à tranche ferme et conditionnelle
 2^{ème} remise en concurrence

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 24 (adjudication publique);

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures, notamment l'article 105;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et ses modifications ultérieures, notamment l'article 5, § 4;

Considérant la nécessité de rénover les toitures de 99 maisons situées à Tertre - Rues des Chênes, Hêtres, Bouleaux et Square des Cyprès - Marché à tranche ferme et conditionnelle;

Considérant le cahier spécial des charges établi par le bureau d'études Jean-Luc Notté de Ath;

Considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 1.635. 235,85 € hors TVA ou 1.733.350,00 €, TVA comprise de 6%;

Considérant la décision du Conseil d'Administration approuvant le cahier spécial des charges, le mode de passation;

Considérant l'avis de marché envoyé au Bulletin des Adjudications le 31 janvier 2014 ;

Considérant la séance d'ouverture des offres fixée au 11 mars 2014 à 10h00;

Considérant qu'un vice de forme a été constaté au niveau de la séance d'ouverture des offres (une offre a été déposée le 10 mars 2014 avec accusé de réception mais a été mal aiguillée et est parvenue tardivement au président de la séance d'ouverture des offres);

Considérant que l'offre parvenue tardivement lors de la 1^{ère} séance d'ouverture des offres était la moins disante lors de la 2^{ème} séance d'ouverture des offres;

Considérant que tous les soumissionnaires, sous pli recommandé, ont été invités à participer à une seconde ouverture des offres le 14 mars 2014 à 8h30;

Considérant les conseils du service juridique de la Société Wallonne du Logement;

Considérant la 1^{ère} proposition du service technique :

- D'annuler la présente procédure de mise en concurrence et d'en informer les soumissionnaires;
- De publier un nouvel avis de marché de mise en concurrence, par adjudication ouverte, au Bulletin des Adjudications.

Considérant la décision du Conseil d'Administration du 24 mars 2014 de valider la proposition d'annuler la 1^{ère} procédure de mise en concurrence et de publier un nouvel avis de marché par adjudication ouverte;

Considérant les nouveaux avis reçus du service juridique de la SWL, par email, en date du 14 avril 2014;

Considérant les résultats des travaux des réviseurs lors des visites des 9 et 10 avril 2014 concernant les comptes annuels de 2013 et incitant à la prudence en matière financière en raison des nombreux engagements déjà pris;

Le service technique propose :

- D'annuler la 2^{ème} procédure de mise en concurrence (annulation de l'avis de marché actuellement publié au Bulletin des Adjudications et information des soumissionnaires ayant déjà pris possession du cahier spécial des charges)
- De modifier substantiellement le cahier spécial des charges:
 - Pour des raisons budgétaires suite au dernier contrôle du réviseur d'entreprise, limiter l'ampleur des travaux aux 42 logements de la rue des Chênes
 - Suite au retard accumulé dans ce dossier, intégrer un 2^{ème} critère d'attribution qui est le délai d'exécution afin de pouvoir encore démarrer ce chantier après les congés du bâtiments -> mode de passation = appel d'offres ouvert (prix - 80 points / délai d'exécution - 20 points)
 - Quelques modifications d'ordre technique à convenir avec l'auteur de projets
- De publier un 3^{ème} avis de marché sur base du cahier spécial des charges modifié

Le CA passe en revue les motivations de fait et de droit.

Le CA décide :

- D'annuler la deuxième procédure de mise en concurrence et d'en informer les soumissionnaires qui ont déjà acquis le cahier spécial des charges (version 2);
- De faire modifier substantiellement le cahier spécial des charges sur base des propositions communiquées ci-dessus par le service technique et sur base des motivations également détaillées ci-dessus;
- De publier un nouvel avis de marché de mise en concurrence, par appel d'offres ouvert, au Bulletin des Adjudications".

IV. RETRAIT DE L'ACTE ATTAQUE

Par sa délibération du 24 mars 2014, qui constitue l'acte attaqué, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé, d'une part, de renoncer à l'attribution du marché litigieux et, d'autre part, de lancer une deuxième procédure de passation de ce même marché.

Ces décisions étaient motivées, en substance, par la circonstance qu'une erreur avait été commise au sein des services de la partie adverse à l'occasion de l'ouverture des offres et par le risque redouté d'introduction de recours.

La nouvelle procédure de passation du marché a été lancée par avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 27 mars 2014.

Par sa délibération du 16 avril 2014, le conseil d'administration de la partie adverse a notamment décidé d'"annuler" cette deuxième procédure d'attribution, et de lancer un nouveau marché, différent du marché litigieux quant à son objet et à sa procédure de passation: d'une part, les travaux, qui consistaient initialement en la rénovation des toitures de nonante-neuf maisons, ne concernent désormais plus que quarante-deux d'entre elles; d'autre part, la procédure d'attribution du nouveau marché n'est plus l'adjudication publique, mais l'appel d'offres ouvert.

Ces décisions sont motivées, en substance, par les avertissements des réviseurs d'entreprises relatifs à la situation financière de la partie adverse, incitant à limiter l'ampleur des travaux, ainsi que par la nécessité d'obvier aux inconvénients causés par le retard accusé dans ce dossier, nécessité conduisant à introduire un critère relatif au délai d'exécution du marché.

Nonobstant les termes en lesquels est libellée cette délibération du 16 avril 2014, celle-ci doit, pour ce qui concerne l'"annulation" de la deuxième procédure d'attribution du marché, être lue comme ayant pour objet de retirer l'acte attaqué, en tant que la partie adverse y décidait de lancer cette deuxième procédure.

Par ailleurs, dès lors que la décision de non-attribution prise le 24 mars 2014 n'avait d'autre but que de permettre de lancer une nouvelle procédure d'attribution du marché, il s'impose de considérer que cette décision est implicitement, mais certainement, retirée par la délibération du 16 avril 2014, qui met un terme à cette deuxième procédure, abandonne la commande initialement conçue et ordonne aux services de la partie adverse d'élaborer un nouveau cahier spécial des charges, différent du premier quant à l'objet du marché et sa procédure de passation.

Le retrait des deux décisions du 24 mars 2014 ne pouvant être immédiatement tenu pour définitif, il s'indique de surseoir à statuer et de remettre l'affaire "sine die".

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

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

L'affaire est remise "sine die".

Article 3.

Les dépens sont réservés.

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

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.