

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.709 du 8 octobre 2014

G./A.207.171/VI-19.812

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
TRAVAUX SPECIAUX EN HAUTEUR,**
en abrégé T.S.H.,

ayant élu domicile chez
Me Lionel LEJEUNE, avocat,
avenue Cardinal Mercier, n° 46,
5000 Namur,

contre :

- 1. la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures, en abrégé SOFICO,**
- 2. la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 27 novembre 2012, la société privée à responsabilité limitée TRAVAUX SPECIAUX EN HAUTEUR, en abrégé T.H.S., demande l'annulation :

- " - de la décision du 19 septembre 2012 [prise] par la SOFICO attribuant le marché public ayant pour objet la «sécurisation complète de la falaise entre les PK 82.600 et 83.000» de la RN90 THON (ANDENNE) à la société momentanée Exploraid - Solheid pour un montant de 521.335,00 € HTVA;
- de la décision du 21 juin 2012 arrêtant le Cahier Spécial des Charges n° 01.03.01-12E15 relatif à ce marché (ci-après «CSCH») et l'approbation du Ministre de la même date".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

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 25 juin 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 17 septembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Elodie DE MEY, loco Me Lionel LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thomas CAMBIER, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour les parties adverses, 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. En avril 2012, suite à des éboulements récurrents dans les falaises qui dominant la route nationale n° 90 dans l'agglomération d'Andenne-Thon, le Service Public de Wallonie fait appel au Centre d'étude techniques de l'équipement, en abrégé CETE, de Lyon pour expertiser le secteur et définir les mesures à mettre en œuvre pour le sécuriser.

III. 2. Le 18 juin 2012, le CETE communique son rapport qui met en évidence des "risques d'instabilités potentielles liées essentiellement à la structure du massif et à son altération". Il préconise des mesures de protection se traduisant, pour l'essentiel, par des confortements ponctuels et une protection linéaire de type écrans pare-pierres

et pare-blocs.

III. 3. Le 21 juin 2012, un cahier spécial des charges n° 01.03.01-12E15, rédigé sur la base du rapport du CETE, est approuvé par la Région wallonne.

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

III. 4. Le 22 juin 2012, la SOFICO publie au Bulletin des adjudications un avis de marché. L'objet du marché y est décrit comme suit : "N90 THON (Andenne) – Sécurisation complète de la falaise entre les PK 82.600 et 83.000". La procédure d'attribution retenue est celle de l'adjudication publique.

III. 5. La société requérante a ensuite envoyé plusieurs courriers et mails pour obtenir des "éclaircissements sur différents éléments du Cahier des Charges".

III. 6. Lors de la séance d'ouverture des offres du 13 juillet 2012, deux offres sont recueillies. Il s'agit de l'offre de la société momentanée EXPLORAID-SOLHEID CONSTRUCTION pour un montant de 521.335,00€ HTVA et de l'offre de la société CAN pour un montant de 585.761,50€ HTVA. La société requérante n'a pas déposé d'offre.

III. 7. Le 19 septembre 2012, la SOFICO décide que l'offre de la société momentanée EXPLORAID-SOLHEID CONSTRUCTION est la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges et lui attribue le marché en cause.

Il s'agit du premier acte attaqué, qui se présente comme suit :

" La Société wallonne de Financement complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO, dont le siège social est établi à 4031 Angleur, rue du Canal de l'Ourthe, 9, représentée par son Président, Monsieur Raymond Langendries et par son Administrateur- délégué, Monsieur Jacques DEHAÛ, ci-après dénommée la SOFICO;

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

Vu la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics;

Vu le décret du 10 décembre 2009 modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des

Infrastructures, complété par l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 avril 2010 et son annexe identifiant les voiries appartenant au réseau structurant dont la gestion et le financement sont confiés à la SOFICO;

Vu la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative aux marchés publics -sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services;

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 les délégations de compétence octroyé au Comité de direction par le Conseil d'Administration en sa séance du 17 décembre 2010;

Considérant que la SOFICO, assistée par l'Administration (Direction générale opérationnelle des Routes et Bâtiments - Direction des routes de Namur), a initié une procédure d'adjudication publique pour l'attribution d'un marché de travaux relatif a la sécurisation de la falaise entre PK 82600 et 83000 de la N90 a THON, régi par le cahier spécial des charges n°01.03.01 - 12 E 15;

Considérant que cette route fait partie du réseau structurant dont le financement et la gestion sont de la compétence de la SOFICO en vertu du décret du 10 décembre 2009 précité,

Considérant qu'un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 22/06/2012;

Considérant qu'à la séance d'ouverture des offres du 13/07/2012, les soumissionnaires suivants ont remis prix:

SM Exploraid (Explotech) - Solheid Construction	521.335,00 € HTVA
CAN (Mirmande, France)	585.761,50 € HTVA

Sélection qualitative:

Considérant que l'Administration estime que les soumissionnaires ont satisfait à la sélection qualitative après vérification de l'absence de causes d'exclusion et de la possession de l'agrément requise pour l'exécution des travaux (catégorie E, classe 4);

Examen des offres et attribution du marché:

Considérant que l'offre de la S.M. EXPLORAID (EXPLOTECH) - SOLHEID est la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges;

Par ces motifs:

DECIDE

D'attribuer le présent marché à la S.M. EXPLORAID (EXPLOTECH) - SOLHEID pour le montant de 521 335,00 € HTVA.

Pour la SOFICO, vu et approuvé, 19 septembre 2012.
[...]"

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève trois exceptions d'irrecevabilité de la requête.

Dans une première exception, elle expose que la requérante ne démontre pas qu'elle remplissait, au jour du dépôt des offres, l'ensemble des conditions de participation au marché, notamment les conditions d'agrément. Elle relève que, vérification faite a posteriori, la requérante ne possède pas l'agrément requis pour effectuer les travaux.

Elle soulève une deuxième exception qui concerne la recevabilité de la requête en ce qu'elle est dirigée contre la décision d'attribution. La partie adverse fait valoir qu'une personne ne dispose d'un intérêt à agir contre un acte administratif que si celui-ci affecte sa situation. Une personne qui n'a pas déposé d'offre dans le cadre d'une procédure de passation est dépourvue d'un intérêt à agir en annulation de la décision d'attribution sauf dans l'hypothèse où cette personne ne pouvait juridiquement pas déposer une offre et conteste l'obstacle juridique l'ayant empêchée de participer au marché. La partie adverse estime donc qu'en choisissant de ne pas introduire d'offre, alors qu'elle pouvait juridiquement et matériellement le faire, la requérante ne s'est donnée aucune chance d'obtenir le marché. La circonstance que la requérante invoque les erreurs et omissions du document du marché pour justifier son choix de ne pas déposer d'offre n'affecte pas ce raisonnement, dès lors que les reproches qu'adresse la requérante aux documents du marché n'ont pas empêché d'autres soumissionnaires de déposer une offre, ce qui dément l'impossibilité matérielle de participer au marché. La partie adverse ajoute que rien n'empêchait la requérante de déposer une offre, quitte à contester par la suite une éventuelle décision défavorable du pouvoir adjudicateur à ce sujet. Elle estime que c'est uniquement en fonction de présomptions hasardeuses qu'elle a fait le choix de ne pas déposer une offre. La partie adverse conclut que la requérante n'a pas d'intérêt à demander l'annulation de la décision d'attribution alors qu'elle s'est abstenue volontairement de participer au marché.

Enfin, dans une troisième exception, la partie adverse conteste la recevabilité *ratione temporis* de la requête en ce qu'elle est directement dirigée contre la décision approuvant le cahier spécial des charges, et ce sans tenir compte du

recours, irrecevable, introduit contre la décision d'attribution. Elle relève que la requérante a pris connaissance du cahier spécial des charges au plus tard le 26 juin 2012, date à laquelle elle a adressé un e-mail au pouvoir adjudicateur concernant certains aspects de ce document. Le délai de soixante jours dont elle disposait pour introduire un recours en annulation contre la décision approuvant le cahier spécial des charges a donc débuté le 27 juin 2012 et s'est achevé le samedi 25 août 2012, reporté au lundi 27 août 2012. La partie adverse estime donc que la requête en annulation, introduite par courrier recommandé du 27 novembre 2012, est tardive en ce qu'elle vise la décision du 21 juin 2012 approuvant le cahier spécial des charges.

B. Mémoire en réplique

La requérante réplique à la première exception qu'elle ne dispose effectivement pas elle-même de l'agrément requis pour ce marché, mais qu'elle était mandatée par des entreprises qui disposent quant à elles de l'agrément requise et qu'elle aurait donc pu participer au marché.

Concernant la deuxième exception, la requérante réplique que les documents du marché ne lui permettaient pas de déposer une telle offre et qu'il ne s'agit donc pas d'un choix délibéré. Elle relève que le pouvoir adjudicateur n'ayant pas répondu à ses nombreuses demandes, elle n'a pas pu établir d'offre en raison des nombreuses lacunes et incohérences des documents du marché. Elle précise avoir interpellé le pouvoir adjudicateur à plusieurs reprises sans qu'aucune réponse ne lui soit jamais transmise et indique avoir mis fin à ses démarches après avoir reçu de la société RENOTEC l'information que le marché était annulé. Elle souligne qu'en revanche, la partie adverse a répondu à un autre soumissionnaire. Elle estime dès lors que le pouvoir adjudicateur, en répondant à certains plutôt qu'à d'autres, a violé les principes de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence qui doivent être respectés à tous les stades de la procédure.

Enfin, la requérante réplique à la troisième exception que, compte tenu de la démonstration de l'intérêt au recours au point précédent, cette exception n'est pas fondée.

La requérante conclut que sa requête est bien recevable tant à l'encontre de la décision d'attribution du marché qu'à l'encontre de la décision d'approbation du cahier spécial des charges.

C. Derniers mémoires

Dans son dernier mémoire, la partie requérante réitère son intérêt au recours. Elle fait valoir, en premier lieu, qu'elle aurait pu participer au marché, étant mandatée par des entreprises qui disposent de l'agrément requise. Elle soutient ensuite qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité de déposer une offre en raison des incohérences affectant les documents du marché. Elle rappelle à cet égard avoir interpellé en vain à plusieurs reprises le pouvoir adjudicateur, alors qu'un autre entrepreneur a obtenu une réponse à un courriel demandant des éclaircissements. En réponse au rapport du Premier auditeur chef de section, elle soutient que le simple fait d'avoir signalé à cet autre entrepreneur que seul le cahier des charges devait servir pour remettre le prix lui a bien fourni une information complémentaire, les différences étant à ce point importantes entre le cahier des charges et l'étude jointe du CETE. Enfin, la requérante répète que compte tenu de la démonstration qu'elle fait de l'intérêt au recours, l'exception concernant la recevabilité *ratione temporis* du recours en ce qu'il est dirigé contre la décision d'approbation du cahier spécial des charges n'est pas fondée.

La partie adverse maintient dans son dernier mémoire son point de vue concernant le défaut d'intérêt au recours de la requérante, dès lors que celle-ci ne démontre pas qu'elle remplissait au jour du dépôt des offres l'ensemble des conditions de participation au marché. En ce que la requête est dirigée contre la décision d'attribution du marché, elle relève que les reproches adressés par la requérante aux documents du marché n'ont pas empêché d'autres soumissionnaires de déposer une offre, ce qui dément une forme d'impossibilité matérielle de participer au marché. Selon la partie adverse, aucun des arguments énoncés par la requérante ne permet de conclure qu'il lui était impossible de déposer une offre et celle-ci était, par conséquent, en mesure de le faire aussi bien juridiquement que matériellement. Elle précise que ces arguments amènent, pour l'essentiel, à mettre en doute la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de comparer utilement les offres, ce qui à les supposer même fondés n'empêchait pas la requérante de déposer une offre, quitte à contester le cas échéant la décision du pouvoir adjudicateur. Elle note enfin que la requérante est peu crédible lorsqu'elle prétend avoir mis fin à ses démarches auprès du pouvoir adjudicateur parce qu'elle avait été convaincue par un courriel de la société RENOTEC que le marché était annulé. En effet, cette information n'émanant pas du pouvoir adjudicateur, elle ne pouvait être raisonnablement considérée comme avérée. Elle estime donc que le recours est irrecevable en ce qu'il vise la décision d'adjudication. Elle maintient par ailleurs également son point de vue concernant l'irrecevabilité *ratione temporis* du recours en ce qu'il est dirigé contre la décision

d'approbation du cahier spécial des charges et réitère, en substance, sur ce point le raisonnement développé dans son mémoire en réponse.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

IV.2.1. Quant à la troisième exception

En ce que la requête est dirigée contre la décision approuvant le cahier spécial des charges, il ressort du dossier administratif que la requérante a adressé le 26 juin 2012 un courriel au pouvoir adjudicateur concernant certains aspects de ce document. Elle a donc pris connaissance du cahier spécial des charges au plus tard à cette date. Le délai de soixante jours dont elle disposait pour introduire un recours en annulation contre la décision approuvant le cahier spécial des charges a débuté le 27 juin 2012 et s'est terminé le samedi 25 août 2012, reporté au lundi 27 août 2012. La requête en annulation, introduite par courrier recommandé du 27 novembre 2012, est donc tardive en ce qu'elle vise, comme objet direct du recours, la décision du 21 juin 2012 approuvant le cahier spécial des charges.

Par conséquent, le recours est irrecevable en ce qu'il porte sur la décision du 21 juin 2012 arrêtant le cahier spécial des charges.

IV.2.2. Quant à la deuxième exception

En ce que la requête est dirigée contre la décision d'attribution, il convient de souligner qu'en principe, seuls ceux qui ont fait offre en vue de l'attribution d'un marché ou d'une concession ont un intérêt direct à contester une décision d'attribution qui bénéficie à l'un de leurs concurrents ou qui leur porte directement préjudice. Or, la requérante n'a pas déposé d'offre dans le cadre du marché litigieux. Certes, elle argue du fait qu'il lui était impossible de déposer une offre en raison de ce qu'elle qualifie d'erreurs et d'omissions dans le cahier spécial des charges. Toutefois, cette argumentation est démentie par les faits, dès lors que deux offres ont été déposées, qu'elles ont été jugées régulières par le pouvoir adjudicateur et que le marché a été attribué.

Par ailleurs, la partie requérante pouvait exercer contre le cahier spécial des charges l'un des recours prévus aux articles 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, tels qu'applicables au marché en cause, ce dont elle s'est abstenue dans le délai qui lui était imparti, ainsi que cela ressort de l'examen de la troisième exception d'irrecevabilité.

En toute hypothèse, rien n'empêchait la requérante de déposer son offre sur la base du cahier spécial des charges, au besoin en corrigeant d'éventuelles erreurs du métré, conformément à l'article 96, § 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, tel qu'applicable au marché litigieux, ou en signalant d'éventuelles divergences avec l'étude du CETE.

En ce que la requérante allègue avoir été informée par un tiers de l'annulation du marché, cette information n'émanant pas du pouvoir adjudicateur, elle est sans incidence sur la possibilité pour le requérant de déposer une offre. La requérante ne soutient d'ailleurs nullement avoir cherché à vérifier cette information auprès du pouvoir adjudicateur. La requérante ne se trouvait donc ni dans l'impossibilité matérielle, ni dans l'impossibilité juridique de déposer une offre.

La requérante n'a donc pas d'intérêt direct et certain à l'annulation de la décision d'attribution attaquée.

Par conséquent, le recours est irrecevable en ce qu'il porte sur la décision d'attribution du 19 septembre 2012.

Il n'y a donc pas lieu d'examiner la première exception soulevée par la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.