

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 247.346 du 27 mars 2020

A. 230.066/VI-21.697

En cause : **la société anonyme STRABAG BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Aurélie VANDEBURIE et
Charlotte HUART, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles,

contre :

la Province du Brabant wallon,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marie BOURGYS et Yves SCHNEIDER, avocats,
chemin de la Maison du Roi 34c
1380 Lasne.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme DHERTE NAMUR,

2. la société anonyme DHERTE,

ayant, tous deux, élu domicile chez
M^e Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance 17
7522 Blandain.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 janvier 2020, la SA Strabag Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - l'arrêté d'attribution du marché public de travaux relatif à la construction de piscines au Domaine provincial du Bois-des-Rêves (réf.: OTT_BDR 016_0019_036) daté du 19 décembre 2019 du collège provincial de la Province du Brabant wallon par lequel il décide d'attribuer ledit marché à l'entreprise Dherte Namur-Dherte SA, dont le siège social est sis à Rue de l'Abbaye, 20 à 5000 Namur, pour un montant total de 6.205.657,79 € TVAC avec les option exigées et,
- par voie de conséquence, de la décision de ne pas attribuer ledit marché à la partie requérante ».

Par une requête introduite le 11 mars 2020, la partie requérante demande l'annulation de ces mêmes décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 janvier 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 février 2020.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 11 février 2020, la SA Dherte Namur et la SA Dherte demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Aurélien Vandeburie, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Yves Schneider, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Mickaël Dheur, *loco* M^e Philippe Horemans, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

- « 1. Le 18 juin 2019, la partie adverse a publié au Bulletin des Adjudications un avis de marché relatif à un marché de travaux pour la construction de piscines au Domaine provincial du Bois-des-Rêves (réf. : OTT_BDR 016_0019_036) [...].

Ce marché est passé par procédure ouverte conformément à l'article 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

2. Le cahier spécial des charges relatif à ce marché précise qu'il porte sur la construction d'une piscine de nage, d'une pataugeoire, d'un spray park et de ses abords [...]. L'article 1. 12 du cahier des charges prévoit qu'il est interdit de proposer des options libres mais que trois options sont exigées, à savoir :

- OPTION 1 : Travaux liés au niveau élevé de la nappe phréatique ;
- OPTION 2 : Jeux du spray park supplémentaires ;
- OPTION 3 : Système de nettoyage des bassins par balais aspirateurs.

3. Les clauses techniques du cahier des charges relatives aux techniques spéciales prévoient [...] :

“ Art. 4. 1. 1.4 Visite des lieux

Avant de remettre leur offre, les soumissionnaires sont tenus de se rendre sur place afin de reconnaître les lieux et de se rendre compte :

- a) des locaux concernés par les travaux dont il est question au présent cahier spécial des charges, en prenant note des particularités des bâtiments et des moyens d'accès et de communication aux lieux et locaux,
- b) des installations qui seront, adaptées pour permettre provisoirement l'alimentation ou la réalimentation des nouvelles installations.
- c) des difficultés de travail liées notamment aux types de matériaux de gros œuvre et de parachèvement utilisés sur le chantier et à la mise en œuvre du matériel (passage de tuyauteries) prévu dans le présent marché.
- d) de l'intégration de leurs équipements. Les frais résultant de l'intégration parfaite des nouveaux matériels sont à charge de la présente entreprise et doivent être inclus dans les prix de la soumission.

Pour ces faits, il ne sera pas accordé de supplément de prix à l'Adjudicataire lors de l'exécution, ce dernier ne pouvant prétexter que certains éléments architecturaux, techniques ou autres ne lui étaient pas connus et n'auraient pas été repris aux plans approuvés, notamment les difficultés d'accès, et l'obligation d'éviter toute perturbation au bon fonctionnement des autres entreprises.

Les soumissionnaires joindront obligatoirement à leur soumission une attestation de visite surplace. ”

4. L'article 1.10 des clauses administratives du cahier des charges stipule qu'après l'examen de la sélection qualitative et de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur déterminera l'offre économiquement la plus avantageuse en tenant compte du seul critère du prix :

“ L'entreprise qui, après vérification des critères de sélection, après correction des éventuelles erreurs matérielles et arithmétiques, vérification des éventuels prix anormalement haut ou bas, des éventuelles modifications de quantité, et des éventuelles omissions de poste, aura remis le prix le plus bas se verra attribuer le marché”.

La date limite de réception des candidatures était fixée au 20 août 2019 à 11h00.

5. Le 25 juin 2019, la partie adverse a adressé un e-mail aux éventuels soumissionnaires les informant de ce que les documents du marché avaient été modifiés : les métrés de soumissions ont été ajoutés au format Excel et le formulaire C a été annexé [...]. Il est rappelé qu'une visite du site est organisée le 26 juin entre 10h et 12h.

6. À l'intervention de Madame Lepa PETKOVIC, la partie adverse a informé la partie requérante le 22 août 2019 que la date d'ouverture des offres était postposée au 17 septembre 2019 et qu'un avis rectificatif était en cours de publication [...].

Cet avis rectificatif a été publié au Bulletin des Adjudications le 22 août 2019 [...].

7. Le 4 septembre 2019, la partie adverse a adressé un e-mail aux soumissionnaires auquel sont annexés les documents comportant les réponses aux différentes questions qui lui ont été posées ainsi que les précisions apportées au métré relatif aux techniques spéciales [...].

Un second e-mail comportant les réponses aux questions posées à la partie adverse est adressé aux soumissionnaires le 10 septembre 2019 [...]. Les modifications des documents du marché leur sont également communiquées.

8. La partie requérante a déposé son offre le 17 septembre 2019 [...]. Une attestation de visite signée par Madame Lepa Petkovic, représentant le pouvoir adjudicateur, était jointe à l'offre (5^e partie).

9. Par courrier du 5 novembre 2019, la partie adverse a envoyé à la partie requérante une liste de questions relatives à son offre [...]. Les réponses à ces questions ont été communiquées à la partie adverse le 14 novembre 2019 [...].

10. Le 19 décembre 2019, la partie adverse a pris l'arrêté d'attribution du marché public de travaux relatif à la construction de piscines au Domaine provincial du Bois-des-Rêves du 19 décembre 2019 du Collège provincial de la Province du Brabant wallon [...].

Il mentionne notamment ce qui suit :

“ REMARQUES À L'OUVERTURE DES OFFRES

Considérant qu'à l'ouverture des offres, l'entreprise Strabag Belgium NV a émis une remarque ;

Qu'en effet, elle signale qu'à la page 225 du Cahier spécial des charges, il est mentionné qu'une attestation de visite doit être fournie ;

Qu'il y a lieu de noter qu'en page 7 du Cahier spécial des charges, il est précisé au point visite des lieux que: 'La visite guidée des lieux est facultative. Le soumissionnaire qui désire bénéficier d'une visite guidée doit prendre contact avec l'agent traitant en vue de convenir d'un rendez-vous.' ;

Que de plus, dans le point 1.6 Forme et contenu des offres, il n'est pas demandé de fournir une attestation de visite ;

Que dans la réglementation des marchés publics. Il est donné priorité à certains documents sur d'autres mais que dans le cas présent, il s'agit d'une

contradiction dans le cahier spécial des charges et que la réglementation est silencieuse à ce propos;

Qu'il y a donc lieu d'appliquer le droit commun et plus particulièrement, l'article 1162 du Code civil qui dispose que; 'Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.' ;

Qu'en conséquence, le Cahier spécial des charges s'interprète en faveur des soumissionnaires, soit en faveur d'une visite facultative et non obligatoire ; ”.

Cette décision déclare régulières les offres de la partie requérante, de l'entreprise Jacques Delens SA et de Dherte Namur Dherte SA. Cette dernière se voit attribuer ledit marché pour un montant total de 6.205.657,79 € TVAC avec les options exigées.

L'offre de la partie requérante est déclarée régulière et classée en seconde position.

Il s'agit de l'acte attaqué.

La décision d'attribution a été notifiée à la partie requérante par courrier recommandé daté du 13 janvier 2020 et par email daté du 13 janvier 2020 (pièces n° 12 et 13). »

IV. Intervention

Par une requête introduite le 11 février 2020, la SA Dherte Namur et la SA Dherte demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

Le moyen unique de la requête est libellé comme suit :

« Le moyen unique est pris de la violation des principes et dispositions suivantes :

- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment, de ses articles 4, 36, 59, 66 et 83 ;
- la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et des services et de concessions, et notamment de ses articles 4, 5 et 29 ;
- la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et notamment de ses articles 2 et 3 ;
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, en particulier, de ses articles 76 et 87 ;

- les clauses administratives du cahier des charges ;
- l'article 4. 1. 1.4 des clauses techniques relatives aux techniques spéciales du cahier des charges (pièce n° 2. 4) ;
- des principes généraux d'égalité, de transparence et de non-discrimination, ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution ;
- du principe *patere legem quam ipse fecisiti* ;
- du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs ;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- du principe du raisonnable et de proportionnalité ;
- du devoir de minutie ;
- et de l'excès de pouvoir.

Ce moyen est divisé en quatre branches :

Première branche,

En ce que, la partie adverse a déclaré l'offre de Dherte Namur - Dherte SA régulière alors qu'elle n'établit pas que cette offre comporte d'attestation de visite (préalable) sur place des lieux ;

Alors qu'il ressort du cahier des charges que cette attestation est obligatoire et qu'elle devait être jointe aux offres des soumissionnaires, sous peine d'irrégularité substantielle de l'offre ;

De sorte que les décisions attaquées sont illégales, toute offre à laquelle n'était pas jointe une attestation (préalable) de visite sur place des lieux comme l'imposent les documents du marché, devait être écartée, de sorte que le marché devait être attribué à la requérante, et non à Dherte Namur - Dherte SA.

Deuxième branche,

En ce que, la partie adverse a déclaré l'offre de Dherte Namur - Dherte SA régulière alors qu'elle n'établit pas que cette offre comporte d'attestation de visite (préalable) de visite des lieux,

Alors que les principes de transparence et d'égalité de traitement interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier les conditions essentielles du marché en cours de procédure de passation ;

De sorte que les décisions attaquées sont illégales, toute offre à laquelle n'était pas jointe une attestation (préalable) de visite sur place des lieux devant être écartée, de sorte que le marché devait être attribué à la requérante, et non à Dherte Namur - Dherte SA.

Troisième branche,

En ce que, la partie adverse a déclaré l'offre de Dherte Namur - Dherte SA régulière alors qu'elle n'établit pas que cette offre comporte d'attestation de visite (préalable) sur place des lieux ;

Alors que cette attestation devait être jointe aux offres des soumissionnaires, afin de s'assurer qu'ils ont pris en compte l'intégralité des contraintes des lieux pour rétablissement de leur offre.

De sorte que le fait de ne pas pouvoir démontrer avoir effectué cette visite préalable par une attestation de visite sur place rend l'engagement des soumissionnaires inexistant, incomplet ou incertain, de sorte que le marché ne pouvait être attribué à Dherte Namur - Dherte SA , et devait l'être à la partie requérante.

Quatrième branche,

En ce que, la partie adverse a déclaré l'offre de Dherte Namur - Dherte SA régulière au motif qu'il existerait une contradiction dans le cahier spécial des charges et que celui-ci doit s'interpréter en faveur des soumissionnaires ;

Alors que, il n'existe aucune contradiction dans les documents du marché ni aucun doute quant à leur portée, que la décision attaquée ne démontre pas que la partie adverse pouvait se dispenser de procéder à la vérification de la production de l'attestation de visite pour chacune des offres soumises, et déclarer irrégulières celles auxquelles elle n'était pas jointe, et, qu'en toute hypothèse, la décision attaquée ne démontre pas que les autres offres déposées, en particulier l'offre de Dherte Namur - Dherte SA, étaient régulières au regard des documents du marché, et en particulier, conformes à l'obligation de joindre une attestation de visite ;

De sorte que les décisions attaquées sont illégales, ne satisfaisant pas aux exigences de motivation requises, tout offre à laquelle n'était pas jointe une attestation (préalable) de visite sur place des lieux devant être écartée, de sorte que le marché devait être attribué à la requérante, et non à Dherte Namur - Dherte SA .

3.2 Développement du moyen unique

3.2.1 Première branche

19. Il ressort de l'article 76, § 1^{er} à 3, de l'arrête royal du 18 avril 2017 que, lorsque l'offre d'un soumissionnaire à un marché passé par procédure ouverte est affectée d'une irrégularité substantielle, celle-ci doit être déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur.

Est réputée substantielle, le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

20. Il ressort des documents du marché que les offres devaient obligatoirement comporter une attestation de visite,

Les clauses techniques du cahier des charges relatives aux techniques spéciales énoncent (pièce n° 2.4 - pages 224 et 225) :

- “ Avant de remettre leur offre, les soumissionnaires sont tenus de se rendre sur place afin de reconnaître les lieux et de se rendre compte :
- a) des locaux concernés par les travaux dont il est question au présent cahier spécial des charges, en prenant note des particularités des bâtiments et des moyens d'accès et de communication aux lieux et locaux,
 - b) des installations qui seront, adaptées pour permettre provisoirement l'alimentation ou la réalimentation des nouvelles installations.
 - c) des difficultés de travail liées notamment aux types de matériaux de gros œuvre et de parachèvement utilisés sur le chantier et à la mise en œuvre du matériel (passage de tuyauteries) prévu dans le présent marché.
 - d) de l'intégration de leurs équipements. Les frais résultant de l'intégration parfaite des nouveaux matériels sont à charge de la présente entreprise et doivent être inclus dans les prix de la soumission.

Pour ces faits, il ne sera pas accordé de supplément de prix à l'Adjudicataire lors de l'exécution, ce dernier ne pouvant prétexter que certains éléments architecturaux, techniques ou autres ne lui étaient pas connus et n'auraient pas été repris aux plans approuvés, notamment les difficultés d'accès, et l'obligation d'éviter toute perturbation au bon fonctionnement des autres entreprises.

Les soumissionnaires joindront obligatoirement à leur soumission une attestation de visite sur place.”

Il ressort de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur a entendu faire de la production de l'attestation de visite une exigence minimale et substantielle, qui conditionne la validité des offres des soumissionnaires.

Le cahier des charges est clair à cet égard : la production d'une attestation de visite est obligatoire.

Partant, tout offre ne comportant pas ce document devait être écartée. Lorsque le cahier spécial des charges précise que telle indication doit être fournie "obligatoirement", cela limite en effet le pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur.

21. Contrairement à ce qu'indique la partie adverse, le fait que l'article 1.6 "Forme et contenu des offres" du cahier des charges ne mentionne pas l'attestation de visite des lieux comme étant un document à produire ne permet pas de déduire le contraire.

À cet égard, Votre Conseil a jugé ce qui suit :

“ Avant tout, il s'impose de relever que la requérante argue vainement du fait que la clause du cahier spécial des charges relative aux documents qui devaient être joints à l'offre ne mentionnait pas l'exigence de visite des lieux. Cette clause ne peut en effet être lue isolément mais en combinaison avec celle dudit cahier relative à l'obligation de visite des lieux, ainsi qu'avec les mentions de l'avis de marché indiquant les dates d'organisation de cette visite”.

La partie adverse devait dès lors écarter toute offre ne comportant pas cette attestation, au motif qu'elle présente une irrégularité substantielle.

22. Le rapport d'attribution n'indique pas que l'offre de Dherte Namur - Dherte SA comporte d'attestation de visite préalable des lieux.

Partant, cette offre devait être écartée.

23. Contrairement à ce que la partie adverse indique dans la décision attaquée, il n'existe aucune contradiction dans les documents du marché, qui permettrait de justifier que les offres ne disposant pas de cette attestation soient déclarées régulières :

- avant de remettre leur offre, les soumissionnaires sont tenus de se rendre sur place afin de reconnaître les lieux et de se rendre compte, en substance, des locaux concernés par les travaux, des installations, des difficultés de travail et de l'intégration de leurs équipements (art. 4. 1. 1.4 des clauses administratives techniques) ;
- cela est confirmé par les clauses administratives, qui prévoient que par la remise de son offre, le soumissionnaire reconnaît s'être rendu sur place et s'être rendu compte de la situation existante sur le lieu de construction, de sa situation de ses abords et des voies d'accès (page 8, alinéa 2) ;
- ceci est encore confirmé par l'article 1.4 des clauses administratives (page 10) qui prévoit que l'adjudicataire doit exécuter à ses frais exclusifs, tant avant la date d'ouverture des soumissions qu'après, s'il est déclaré adjudicataire, toutes les opérations de reconnaissance de terrain qu'il estime utiles ou nécessaires, afin de se rendre compte exactement de la nature et des qualités du terrain sur lequel les ouvrages doivent être exécutés, ainsi que les implantations de câbles et canalisations éventuels des sociétés concessionnaires. Cette disposition prévoit encore que le soumissionnaire effectue notamment toutes les investigations nécessaires pour prévoir et choisir les moyens d'exécution en fonction de la nature

du terrain et de la présence de la nappe aquifère, de manière à permettre une exécution normale des fouilles de fondation et des ouvrages situés sous le niveau des terrains existants.

- les soumissionnaires devaient dès lors assez logiquement et obligatoirement joindre à leur soumission une attestation de visite sur place (art. 4. 1. 1. 4 des clauses administratives techniques). Cela est d'ailleurs confirmé par la partie adverse dans la décision d'attribution, bien qu'elle considère, à tort, que cette obligation pouvait être écartée lors de l'analyse des offres.

- sans contredire cette obligation, le cahier spécial des charges indique que la visite guidée des lieux est facultative (clause administrative, page 8, alinéa 2). Les soumissionnaires souhaitant en bénéficier étaient invités à prendre contact avec l'agent traitant en vue de convenir d'un rendez-vous. Deux dates de visites étaient prévues à cette fin dans l'avis de marché (point VI.3, page 7). Cette forme particulière de visite (guidée) était donc facultative, pas obligatoire.

Il s'ensuit que tous les soumissionnaires devaient se rendre sur les lieux et pouvoir en attester par une attestation de visite à joindre à l'offre. Ils bénéficiaient en outre de la possibilité, sur rendez-vous, d'obtenir une visite guidée des lieux.

24. La partie adverse étant tenue par son propre cahier des charges, elle devait procéder à la vérification de la production de l'attestation de visite pour chacune des offres soumises et déclarer irrégulières celles auxquelles elle n'était pas jointe.

En n'agissant pas de la sorte, elle a violé les dispositions légales visées au moyen en particulier le principe *patere legem quam ipse fecisti*, les documents du marché, l'article 66 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

3. 2.2 Deuxième branche

25. Les principes de transparence et d'égalité de traitement interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier les conditions essentielles du marché en cours de procédure de passation.

La Cour de justice considère, en cas de procédure ouverte, qu'"il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'entité adjudicatrice ne peut pas, en principe, modifier au cours de la procédure d'adjudication la portée des conditions essentielles du marché au rang desquelles figurent les spécifications techniques ainsi que les critères d'attribution, et sur lesquelles les opérateurs économiques intéressés se sont légitimement fondés pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou, au contraire, de renoncer à participer à la procédure de passation du marché concerné".

En ne procédant pas à la vérification de l'existence d'attestation de visite sur place pour chaque offre, et en acceptant les offres auxquelles aucune attestation de visite des lieux n'est jointe, la partie adverse déroge au cahier spécial des charges, qu'elle modifie.

Or, cette modification des conditions du marché viole les documents du marché mais aussi les principes d'égalité et de transparence.

Elle confère également un avantage aux soumissionnaires n'ayant pas produit l'attestation de visite des lieux, de sorte leur offre est également entachée d'une irrégularité substantielle, comme le prévoit l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il s'ensuit que la partie adverse ne pouvait attribuer le marché litigieux à Dherte Namur - Dherte SA, sans violer les dispositions visées au moyen, en particulier les

articles 10 et 11 de la Constitution, les principes d'égalité et de transparence, l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

3. 2.3 Troisième branche

26. Il ressort de l'article 76, § 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que, lorsque l'offre d'un soumissionnaire à un marché passé par procédure ouverte est affectée d'une irrégularité substantielle, celle-ci doit être déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur.

Est considérée comme substantielle l'irrégularité qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Suivant le cahier spécial des charges (art 4.1.1.4 des clauses techniques), avant de remettre leur offre, les soumissionnaires sont tenus de se rendre sur place afin de reconnaître les lieux et de se rendre compte, en substance, de locaux concernés par les travaux, des installations, des difficultés de travail et de l'intégration de leurs équipements.

Afin de prouver l'existence de cette visite, le cahier des charges impose de joindre obligatoirement à l'offre une attestation de visite sur place. Une "présomption" de visite n'est pas suffisante.

Le fait de ne pas pouvoir démontrer avoir effectué cette visite préalable par une attestation de visite rend l'engagement des soumissionnaires inexistant, incomplet ou incertain. Ces soumissionnaires ne peuvent en effet établir avoir pris en compte l'intégralité des contraintes des lieux pour l'établissement de leur offre et partant, de leur prix.

Par conséquent, l'absence de communication de l'attestation de visite constitue bien une irrégularité substantielle.

27. La partie adverse devait dès lors procéder à la vérification de la production de l'attestation de visite pour chacune des offres soumises et déclarer irrégulières celles auxquelles elle n'était pas jointe.

En n'agissant pas de la sorte, elle a violé les dispositions légales visées au moyen en particulier l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

3. 2.4 Quatrième branche

28. L'obligation de motivation tirée de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs implique que la décision attaquée mentionne les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

29. En l'espèce, la partie adverse indique qu'il existerait une contradiction dans le cahier spécial des charges, ce qui justifierait de faire application de l'article 1162 du Code civil, qui permettrait d'interpréter le cahier des charges en faveur des soumissionnaires, soit en faveur d'une visite facultative et non obligatoire.

30. Comme la partie requérante l'a exposé (supra, n° 23), le cahier spécial des

charges ne contient pas de contradiction. Cette affirmation est donc inexacte, ce qui vicie la motivation des actes attaqués.

31. L'article 1162 du code civil est inapplicable en l'espèce.

À ce stade de la procédure, le cahier des charges est un acte administratif et aucunement un contrat.

De plus, les dispositions du cahier des charges relatives à l'obligation de visite préalable ne sont en rien des clauses contractuelles. Elles ne visent pas une obligation qui aurait lieu durant la phase d'exécution, mais bien durant la phase d'attribution du marché.

Confronté à une telle motivation, Votre Conseil a déjà eu l'occasion d'émettre des doutes quant à l'application de cette disposition.

“ (...) que dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'avoir égard à l'article 1162 du Code civil, qui ne s'applique que 'dans le doute', *quod non*, si tant que cette disposition s'applique à cette phase précontractuelle qu'est l'examen des offres”.

32. Enfin, et comme la partie requérante l'a démontré, il n'existait, en l'espèce, aucun doute quant au fait que les soumissionnaires étaient tenus de se rendre sur place avant de remettre leur offre et qu'ils devaient obligatoirement joindre à leur soumission une attestation de visite sur place.

33. Il s'ensuit que la décision attaquée n'est pas adéquatement ni suffisamment motivée.

Elle n'explique pas adéquatement et de manière exacte, en droit comme en fait, pour quels motifs la partie adverse pouvait se dispenser de procéder à la vérification de la production de l'attestation de visite pour chacune des offres soumises, et déclarer irrégulières celles auxquelles elle n'était pas jointe.

En toute hypothèse, la décision attaquée ne démontre pas que les autres offres déposées, en particulier l'offre de Dherte Namur - Dherte SA, étaient régulières au regard des documents du marché, et en particulier, conformes à l'obligation de joindre une attestation de visite.

Or, suivant la jurisprudence de Votre Conseil : “Les décisions par lesquelles un pouvoir adjudicateur sélectionne les soumissionnaires et admet la régularité de leurs offres doivent être motivées formellement. L'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler la manière dont cette autorité a, le cas échéant, exercé son pouvoir d'appréciation. (...) C'est vainement que, dans sa note d'observations, la partie adverse invoque une jurisprudence qui admet qu'une décision sélectionnant des soumissionnaires ou reconnaissant la régularité de leurs offres puisse, dans certains cas, comporter une motivation plus succincte ou concise. D'une part, à défaut de tout motif exprimé dans l'acte attaqué ou dans le rapport dont celui-ci déclare s'approprier les motifs, il ne peut être question de motivation 'succincte'.

D'autre part, s'il est admis qu'une décision de sélection des soumissionnaires ou de reconnaissance de régularité de leurs offres puisse faire l'objet d'une motivation plus succincte, c'est lorsque la phase qui y a mené n'a pas suscité de difficulté particulière ; or, dans le cas d'espèce, il est apparu au cours des débats tenus à l'audience du 22 août 2018 que la conformité de certaines offres à - à tout le moins - l'une des exigences auxquelles était subordonné leur respect pouvait poser question, de sorte que - sans préjuger de l'appréciation qu'a pu poser la partie adverse, mais qu'il n'est ainsi pas permis de contrôler - la phase de vérification de

la régularité des offres ne peut, *prima facie*, être considérée comme ne suscitant pas de difficulté particulière.”.

Dans ces circonstances, il ne peut être considéré que la partie adverse a satisfait à l’obligation de motivation formelle qui s’imposait à elle. »

V.2. Appréciation du Conseil d’État

Sur les trois premières branches

Les trois premières branches font grief à la partie adverse d’avoir déclaré l’offre de Dherte – Dherte-Namur régulière alors qu’elle n’établit pas que cette offre comporte l’attestation de visite préalable des lieux.

En une première branche, la requérante soutient que ladite attestation est obligatoire et qu’elle devait être jointe aux offres des soumissionnaires sous peine de l’irrégularité de ces offres, de sorte que l’offre de Dherte – Dherte-Namur devait être écartée.

En une deuxième branche, la requérante allègue que les principes de transparence et d’égalité de traitement interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier les conditions essentielles du marché en cours de procédure de passation et qu’en ne procédant pas à la vérification de l’existence d’une attestation de visite et en acceptant les offres auxquelles aucune attestation de visite n’est jointe, la partie adverse déroge au cahier spécial des charges, qu’elle modifie.

En une troisième branche, elle soutient que l’objectif poursuivi par l’obligation de joindre aux offres une attestation de visite est de s’assurer qu’ils ont pris en compte l’intégralité des contraintes des lieux pour l’établissement de leur offre, de sorte que la circonstance qu’en l’absence d’attestation, il n’est pas possible de démontrer que la visite préalable a eu lieu, rend l’engagement des soumissionnaires inexistant, incomplet ou incertain.

L’avis de marché mentionne ce qui suit :

« Deux visites sont programmées pour les soumissionnaires qui le souhaitent:
Le mercredi 26 juin 2019 de 10h00 à 12h00
Le lundi 19 août 2019 de 10h00 à 12h00
Pour rappel, ces visites sont facultatives.
Merci de prendre contact avec l’auteur de projet mentionné dans le cahier spécial des charges à cette fin. »

Le cahier spécial des charges mentionne ce qui suit (page 8) :

« Visite des lieux

La visite guidée des lieux est facultative. Le soumissionnaire qui désire bénéficier d'une visite guidée doit prendre contact avec l'agent traitant en vue de convenir d'un rendez-vous.

Remarque importante : par la remise de son offre, le soumissionnaire reconnaît s'être rendu sur place et s'être rendu compte de la situation existante sur le lieu de construction, de sa situation, de ses abords et des voies d'accès. »

Par ailleurs, parmi les clauses techniques (partie stabilité – partie « Techniques spéciales », chapitre 4 « Sanitaires », section 4.1. « Généralités – prescriptions générales – sous-section 4.1.1. « Description générale des installations » figure un point 4.1.1.4. libellé comme suit :

« Visite des lieux

Avant de remettre leur offre, les soumissionnaires sont tenus de se rendre sur place afin de reconnaître les lieux et de se rendre compte :

- a) des locaux concernés par les travaux dont il est question au présent cahier spécial des charges, en prenant note des particularités des bâtiments et des moyens d'accès et de communication aux lieux et locaux,
- b) des installations qui seront, adaptées pour permettre provisoirement l'alimentation ou la réalimentation des nouvelles installations.
- c) des difficultés de travail liées notamment aux types de matériaux de gros œuvre et de parachèvement utilisés sur le chantier et à la mise en œuvre du matériel (passage de tuyauteries) prévu dans le présent marché.
- d) de l'intégration de leurs équipements. Les frais résultant de l'intégration parfaite des nouveaux matériels sont à charge de la présente entreprise et doivent être inclus dans les prix de la soumission.

Pour ces faits, il ne sera pas accordé de supplément de prix à l'Adjudicataire lors de l'exécution, ce dernier ne pouvant prétexter que certains éléments architecturaux, techniques ou autres ne lui étaient pas connus et n'auraient pas été repris aux plans approuvés, notamment les difficultés d'accès, et l'obligation d'éviter toute perturbation au bon fonctionnement des autres entreprises.

Les soumissionnaires joindront obligatoirement à leur soumission une attestation de visite sur place. »

Ainsi que le soutient à juste titre la partie requérante, il ne paraît pas exister de contradiction dans les documents du marché, lesquels doivent être interprétés de manière conciliante. Il semble en effet pouvoir être considéré, comme le suggère la requérante, qu'une distinction soit faite entre deux types de visite : la visite des lieux visée par les clauses techniques, qui précisent sans qu'existe à cet égard la moindre ambiguïté qu'elle est obligatoire et la « visite guidée » qui, quant à elle, est facultative, selon les termes mêmes du cahier spécial des charges, étant entendu que si la visite guidée est choisie, elle emporte visite des lieux.

Il paraît raisonnable, *prima facie*, de considérer que l'obligation de joindre à l'offre une attestation de visite sur place ne s'applique qu'aux soumissionnaires qui n'ont pas participé à la visite guidée. Ce mode de preuve est en effet dépourvu d'intérêt à l'égard des soumissionnaires qui ont participé à la visite guidée et dont la présence est, par définition, établie et connue du pouvoir

adjudicateur.

Les critiques contenues dans les trois premières branches reposent sur le postulat, apparemment erroné, selon lequel l'obligation de joindre à l'offre une attestation de visite s'applique également lorsque le soumissionnaire concerné a participé à une visite guidée. Il ressort du dossier administratif que tant l'auteur de projet que le pouvoir adjudicateur ont pris note de la présence des intervenantes aux visites des 26 juin 2018 et 19 août 2018. Il semble donc que l'offre des intervenantes ne devait pas être accompagnée d'une attestation de visite. En ses première à troisième branches, le moyen n'est pas sérieux.

La quatrième branche critique, quant à elle, la motivation de la décision attaquée en ce qu'elle énonce les motifs pour lesquels l'offre des intervenantes est déclarée régulière nonobstant la circonstance qu'elle n'est pas accompagnée d'une attestation de visite. Ladite motivation est rédigée de la manière suivante :

« Considérant qu'à l'ouverture des offres, l'entreprise Strabag Belgium NV a émis une remarque ;

Qu'en effet, elle signale qu'à la page 225 du Cahier spécial des charges, il est mentionné qu'une attestation de visite doit être fournie ;

Qu'il y a lieu de noter qu'en page 7 du Cahier spécial des charges, il est précisé au point visite des lieux que: "La visite guidée des lieux est facultative. Le soumissionnaire qui désire bénéficier d'une visite guidée doit prendre contact avec l'agent traitant en vue de convenir d'un rendez-vous." ;

Que de plus, dans le point 1.6. Forme et contenu des offres, il n'est pas demandé de fournir une attestation de visite ;

Que dans la réglementation des marchés publics, il est donné priorité à certains documents sur d'autres mais que dans le cas présent, il s'agit d'une contradiction dans le cahier spécial des charges et que la réglementation est silencieuse à ce propos;

Qu'il y a donc lieu d'appliquer le droit commun et plus particulièrement, l'article 1162 du Code civil qui dispose que : "Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation." ;

Qu'en conséquence, le Cahier spécial des charges s'interprète en faveur des soumissionnaires, soit en faveur d'une visite facultative et non obligatoire ; ».

La requérante critique en particulier, d'une part, l'affirmation selon laquelle il existe une contradiction entre plusieurs prescriptions du cahier spécial des charges et, d'autre part, la solution apportée à cette contradiction, qui consiste à appliquer « le droit commun et plus particulièrement, l'article 1162 du Code civil ».

Il résulte de l'examen des trois premières branches, effectué dans les limites de ce que permet la procédure d'extrême urgence, que la requérante paraît pouvoir être suivie lorsqu'elle soutient que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur

considère qu'il existe une contradiction entre plusieurs prescriptions du cahier spécial des charges à propos du caractère obligatoire ou facultatif de la visite préalable. Toutefois, dès lors que la partie adverse a résolu cette contradiction en considérant que les intervenantes ne devaient pas joindre une attestation de visite à leur offre, ce qui paraît, au terme d'un premier examen en référé, découler d'une interprétation correcte du cahier spécial des charges, le moyen est dépourvu d'intérêt et, partant, irrecevable, en ce qu'il critique le motif retenu par la partie adverse pour aboutir à cette conclusion.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre, ainsi que les questions qui lui ont été posées sur les prix de cette offre et les réponses qu'elle a données demeurent confidentielles. Il s'agit des pièces 8, 9 et 10 de son dossier.

La partie adverse précise qu'elle dépose, dans un sous-dossier confidentiel, les offres des soumissionnaires ainsi que les annexes au rapport d'analyse des offres, lesquelles contiennent les échanges intervenus dans le cadre du contrôle des prix. Elle demande au Conseil d'État d'en assurer la confidentialité dans le cadre du présent recours. Il s'agit des pièces B1 à B8 du dossier administratif.

Dès lors qu'aucune des parties ne s'est opposée à ces demandes, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de préserver la confidentialité des pièces en question.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Dherte Namur et la SA Dherte est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 8, 9 et 10 du dossier de la requérante et les pièces B1 à B8 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 27 mars 2020 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky