

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.106 du 5 mai 2015

G./A.212.111/VI-20.169

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS,**

ayant élu domicile chez
Me David FESLER, avocat,
rue de France, n° 8,
6000 Charleroi,

contre :

la ville de Mons,

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue du Gouvernement, n° 50,
7000 Mons.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 avril 2014, la société privée à responsabilité limitée ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS sollicite l'annulation de :

- " la décision prise le 14 février 2014 par le Collège communal de la VILLE DE MONS, dont les bureaux sont sis à 7000 MONS, Hôtel de Ville, Grand-Place 22, au terme de laquelle il est décidé :
- de sélectionner les entreprises FAVIER, LIXON, DHERTE, INTERCONSTRUCT, ABC Etudes et Constructions Sprl, celle-ci répondant aux conditions de sélection qualitative arrêtées pour le présent marché.
 - de considérer l'offre de l'entreprise ABC Etudes et Constructions Sprl comme irrégulière, ceux-ci ayant remis une attestation de visite des lieux non valable, et par conséquent, de l'écarter.
 - de désigner en qualité d'adjudicataire du présent marché, la firme DHERTE SA, de Flobecq au montant de 2.368.443,68 € HTVA, soit 2.865.816,85 € TVAC, celle-ci présentant une offre régulière, conforme et la moins disante.
 - d'autoriser l'engagement de 110% suite à la révision du marché conformément à la circulaire budgétaire.
 - d'imputer la dépense sur le crédit inscrit sur la fonction 722.01/722.60/2012-0083 du budget extraordinaire 2014 à compenser en

- recette par l'emprunt et les subsides de la communauté française- Fonds des Bâtiments Scolaires - Programme Classique.
- d'informer l'adjudicataire ainsi que les soumissionnaires non retenus de la présente décision.
 - de transmettre la présente décision à la tutelle de la Région Wallonne dans le cadre du Décret du 22/11/2007".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 227.288 du 6 mai 2014 a réputé non accomplie la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, introduite selon la procédure d'extrême urgence.

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.

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

Le dossier administratif a été déposé.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

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

Une ordonnance du 19 mars 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 29 avril 2015 à 10 heures.

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

Me David FESLER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Céline DELHOUX, *loco* Me Eric BALATE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire.

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 une décision du 22 octobre 2012, le conseil communal de la ville de Mons a décidé de passer, selon la procédure de l'adjudication publique, un marché portant sur l'extension et le reconditionnement des parties existantes de l'école communale d'Hyon.

III. 2. Six entreprises, dont la requérante et la société DHERTE, ont déposé une offre.

III. 3. Le 20 septembre 2013, le collège communal de la ville de Mons a décidé d'arrêter la procédure d'adjudication publique en cours et de relancer le marché suivant le même mode de passation.

III. 4. Le 14 octobre 2013, le conseil communal de la ville de Mons a décidé d'approuver le projet revu selon la nouvelle législation et avec un cahier spécial des charges adapté.

L'avis de marché a été publié le 29 octobre 2013.

III. 5. Cinq entreprises, dont la requérante et la société DHERTE, ont déposé une offre.

III. 6. Le 14 février 2014, le collège communal de la ville de Mons a décidé :

- de sélectionner les entreprises FAVIER, LIXON DHERTE, INTERCONSTRUCT, ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS S.P.R.L., celles-ci répondant aux conditions de sélection qualitative arrêtées pour le présent marché;
- de considérer l'offre de l'entreprise ABC ETUDES ET CONSTRUCTIONS S.P.R.L. comme irrégulière, celle-ci ayant remis une attestation de visite des lieux non valable, et par conséquent, de l'écarter;
- de désigner en qualité d'adjudicataire du présent marché, la firme DHERTE SA, de Flobecq au montant de 2.368.443,68€ H.T.V.A., soit 2.865.816,85€ T.V.A.C., celle-ci présentant une offre régulière, conforme et la moins-disante.

Cette décision motive l'irrégularité de l'offre de la requérante dans les termes suivants:

- " Considérant que l'entreprise ABC Etudes et Constructions Sprl a, quant à elle, remis une attestation de visite datée du 25/06/13 non valable car la visite a été effectuée lors de la première procédure;

Attendu que le Cahier spécial des charges prévoyait en effet qu'une visite des lieux était obligatoire aux heures et jours indiqués dans l'avis de marché publié le 29/10/13 pour la présente procédure;

Considérant que l'offre de ce soumissionnaire est donc irrégulière et doit être écartée".

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier daté du 19 mars 2014.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation adéquate des actes administratifs et du principe de bonne administration. Elle y expose que bien qu'ayant remis l'offre la plus basse, elle a été écartée pour le motif suivant :

- " Considérant que l'entreprise ABC Etudes et Constructions Sprl a, quant à elle, remis une attestation de visite datée du 25/06/13 non valable car la visite a été effectuée lors de la première procédure;

Attendu que le Cahier spécial des charges prévoyait en effet qu'une visite des lieux était obligatoire aux heures et jours indiqués dans l'avis de marché publié le 29/10/13 pour la présente procédure".

Elle soutient que le cahier spécial des charges n'impose pas que la visite des lieux soit effectuée soit le 19 novembre 2013 à 9 heures 30, soit le 26 novembre 2013 à 9 heures 30 et qu'elle a pu légitimement croire, au regard de la formulation du cahier spécial des charges, que le certificat de visite établi le 25 juin 2013 était parfaitement valable dès lors que les travaux prévus par le second cahier spécial des charges sont identiques à ceux repris dans le premier. Elle observe que si l'avis de marché indique que: "Une visite des lieux préalable est obligatoire sous peine de nullité de l'offre, elle se tiendra le 19/11/13 à 09h30 et le 26/11/13 à 9h30, sur place, Ecole communale d'Hyon, rue Louis Piérard, 9 et rue Montreuil sous bois, 10 à 7022

Hyon", cette exigence n'est pas reproduite dans les dispositions du cahier spécial des charges concernant les documents à joindre à l'offre. Elle estime qu'en tout état de cause, c'est à tort que l'acte attaqué est motivé comme suit : "Attendu que le Cahier spécial des charges prévoyait en effet qu'une visite des lieux était obligatoire aux heures et jours indiqués dans l'avis de marché publié le 29/10/13 pour la présente procédure".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle que le cahier spécial des charges, en sa page 4, prévoit formellement la visite des lieux, précisant qu' "une visite préalable des lieux est obligatoire sous peine de nullité de l'offre", et qu' "afin d'établir leur offre, les soumissionnaires sont tenus de procéder à une visite des lieux qui se tiendra aux dates et heures fixées dans l'avis de marché". Elle observe que l'avis de marché, publié en date du 29 octobre 2013, prévoit quant à lui expressément en son point VI.3, intitulé "Autres informations" qu' "une visite des lieux préalable est obligatoire sous peine de nullité de l'offre et se tiendra le 19 novembre 2013 à 9 heures et le 26 novembre 2013 à 9 heures 30 sur place". Elle déclare ne pas comprendre la critique dirigée par la requérante sous l'angle des dispositions retenues au premier moyen, soit celles relatives à la motivation formelle des actes administratifs et avance qu'il ne peut, en effet, être considéré que c'est à tort que l'acte attaqué est motivé par référence au fait que "le Cahier spécial des charges prévoyait en effet qu'une visite des lieux était obligatoire aux heures et jours indiqués dans l'avis de marché publié le 29 octobre 2013 pour la présente procédure". Elle souligne que l'incidence de cette exigence de visite des lieux sur la validité de l'offre et la régularité de celle-ci sera examinée dans le cadre du second moyen, de même que le grief pris de la légitime croyance. Elle constate que la requérante a très bien identifié et compris les raisons de l'écartement de son offre et que la lecture même de son recours démontre à suffisance que le but des dispositions dont la violation est alléguée au moyen a été, en l'espèce, atteint. Elle en conclut que la décision querellée répond au prescrit des dispositions visées au moyen, le cahier spécial des charges imposant effectivement que la visite des lieux soit effectuée soit le 19 novembre 2013, soit le 26 novembre 2013, en renvoyant, en sa page 4, aux heures et dates fixées par l'avis de marché.

C. Mémoire en réplique

La requérante déduit de l'arrêt n° 222.109 du 17 janvier 2013 qu'il importe d'avoir égard aux exigences du cahier spécial des charges et non aux éléments contenus dans l'avis de marché. Elle souligne qu'à la lecture de la quatrième page du cahier spécial des charges, force est de constater que celui-ci indique que la formalité

prescrite à peine de nullité est "la visite préalable des lieux" et non le fait d'annexer l'attestation d'une visite qui aurait été réalisée le 19 ou le 26 novembre 2013. Elle relève que la liste des documents devant être annexés à l'offre précise également que "la visite des lieux préalablement au dépôt de l'offre étant obligatoire, sous peine de nullité, une attestation prouvant celle-ci délivrée par Sébastien DELROT ou son délégué, sera jointe à l'offre", mais qu'il n'y est nullement précisé que cette visite doit avoir été réalisée le 19 ou le 26 novembre 2013. Elle souligne qu'elle a bel et bien annexé un certificat de visite à son offre et s'est donc conformé aux exigences du cahier spécial des charges.

D. Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante persiste à soutenir à la lecture des clauses du cahier spécial des charges relatives, d'une part, à l'obligation de visite des lieux et, d'autre part, aux documents devant être joints à l'offre, que la visite ne devait pas être, à peine de nullité, effectuée le 19 ou le 26 novembre 2013. Elle ajoute qu'il y a bien une ambiguïté à ce propos, dès lors que les documents du marché étaient disponibles jusqu'au 28 novembre 2013, soit deux jours après la dernière visite.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges prévoit en sa page 4 :

" Visite des lieux

Une visite préalable des lieux est obligatoire sous peine de nullité de l'offre. Afin d'établir leur offre, les soumissionnaires sont tenus de procéder à une visite des lieux qui se tiendra aux dates et heures fixées dans l'avis de marché.

- Rendez-vous sur place : Ecole communale d'Hyon-rue Louis Piérard, 9 et rue Montreuil sous bois, 10 à 7022 Hyon.

A cette occasion, les soumissionnaires devront joindre l'attestation en annexe correctement complétée à leur offre".

L'avis de marché du 29 octobre 2013 précise, pour sa part, ce qui suit :

" VI.3) AUTRES INFORMATIONS (le cas échéant)

Une visite des lieux préalable est obligatoire sous peine de nullité de l'offre, elle se tiendra le 19/11/13 à 9h30 et le 26/11/13 à 9h30, sur place, Ecole communale d'Hyon, rue Louis Piérard, 9 et rue de Montreuil sous bois, 10 à 7022 Hyon. (...)"

L'acte attaqué déclare l'offre de la requérante irrégulière en raison d'une attestation de visite des lieux non valable. Il justifie cette décision de la manière suivante :

" Considérant que l'entreprise ABC Etudes et Constructions Sprl a, quant à elle, remis une attestation de visite datée du 25/06/13 non valable car la visite a été effectuée lors de la première procédure;

Attendu que le Cahier spécial des charges prévoyait en effet qu'une visite des lieux était obligatoire aux heures et jours indiqués dans l'avis de marché publié le 29/10/13 pour la présente procédure;

Considérant que l'offre de ce soumissionnaire est donc irrégulière et doit être écartée".

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.

Par ailleurs, l'extrait précité de l'acte attaqué permet de comprendre la raison pour laquelle l'offre de la requérante a été écartée pour cause de nullité, de sorte que cette décision est motivée à suffisance.

Enfin, et quelles que soient les critiques dont il pourrait faire l'objet à d'autres égards, le fait que le délai de mise à disposition des documents du marché expirait postérieurement à la dernière date de visite des lieux ne rend pas ambiguë l'obligation de visite des lieux le 19 ou le 26 novembre 2013, laquelle ressort clairement de la lecture combinée de la clause du cahier spécial des charges qui impose cette obligation et de la mention de l'avis de marché indiquant les dates d'organisation de cette visite.

Il suit de ces considérations que le premier moyen n'est pas fondé.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation adéquate des actes administratifs, de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de proportionnalité, d'une erreur manifeste d'appréciation et du principe de bonne administration. Elle observe que le fait que la sanction de la nullité soit prévue dans le cahier spécial des charges ne suffit pas pour justifier qu'elle soit automatiquement appliquée et constate que le fait d'avoir annexé à son offre une attestation de visite établie dans le cadre du premier marché dont l'objet était identique ne constitue manifestement pas une violation d'une formalité substantielle, car la formalité prescrite ne représentait aucun caractère fondamental; sa méconnaissance n'a aucune incidence sur le principe d'égalité des soumissionnaires, ne crée aucune discrimination, n'avantage ou ne désavantage aucun concurrent, ne modifie pas davantage l'ordre de classement des offres et ne rend pas impossible la comparaison effective des offres. Elle ajoute que l'intention de l'auteur du cahier spécial des charges était de s'assurer que le soumissionnaire avait pris connaissance de toutes les spécificités des travaux à réaliser et qu'il pourrait établir une offre en connaissance de cause, objectif qui est précisément le cas. Elle expose, en outre, que la décision contestée ne précise nullement en quoi l'attestation annexée à son offre ne pouvait pas être prise en compte puisqu'elle se contente de l'écarter en appliquant la sanction de la nullité sans se prononcer au préalable sur le caractère substantiel de la formalité. Elle en déduit que la motivation n'est manifestement pas adéquate. Elle estime également que la décision attaquée constitue une erreur manifeste d'appréciation ainsi qu'une violation du principe de proportionnalité et ce d'autant plus que les documents du marché étaient disponibles jusqu'au 28 novembre, soit deux jours après la dernière visite et qu'elle a obtenu ces documents le 25, soit la veille de la dernière visite. De tels délais sont, à son estime, manifestement contraires à l'article 42 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse observe qu'il ressort de la doctrine qu'à défaut des attestations imposées à peine de nullité par le cahier spécial des charges, l'autorité adjudicatrice doit écarter l'offre irrégulière. Elle souligne qu'en l'espèce, tant l'avis de marché que le cahier spécial des charges prévoyaient la nullité de l'offre et que cette indication non seulement dans l'avis de marché, mais également dans le cahier spécial des charges, de la nécessité et de l'obligation de procéder à la visite des lieux sous peine de nullité de l'offre, témoigne de l'importance pour le pouvoir adjudicateur, de cette visite. Elle estime, par ailleurs, évident que cette visite doit être entendue au sens du marché qu'elle concerne, soit en l'espèce, le marché faisant l'objet de la publication

de l'avis de marché du 29 octobre 2013 et pour lequel le cahier spécial des charges a été acquis par la requérante le 25 novembre 2013, car ce marché, quoi qu'en dise la requérante, diverge de celui précédemment publié. Elle explique que si l'objet de ce marché est effectivement identique, le montant estimatif ne l'est pas et des postes repris au mètre divergent, ce dont a manifestement dû se rendre compte la requérante dans le cadre de la rédaction et du dépôt de son offre. Elle soutient qu'il ne peut être considéré, en l'espèce, que l'acte querellé révèle une erreur manifeste du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur quand il examine et déclare l'attestation de visite non-valable, car la visite a été effectuée lors de la première procédure et rappelle qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur d'indiquer les motifs de ses motifs et, partant, de préciser plus avant en quoi, la première procédure annoncée par l'avis de marché du 30 mai 2013, différerait de celle lancée dans l'avis de marché publié le 29 octobre 2013. Elle établit néanmoins une liste, qu'elle présente comme étant non-exhaustive, des différences entre les deux procédures successives. La partie adverse observe par ailleurs que la requérante a décidé, suite à l'acquisition tardive du cahier spécial des charges relatif au marché visé par l'acte attaqué, de se dispenser de la visite des lieux considérant sans doute, que le marché était similaire, bien que non identique, au marché envisagé dans le cadre de la première procédure lancée, puisqu'elle admet par ailleurs avoir voulu y assister, ce qu'elle n'a pu faire faute de temps. Elle estime que celle-ci doit assumer le risque qu'elle a pris et supporter les conséquences de son choix alors que le cahier spécial des charges et l'avis de marché attiraient spécifiquement l'attention des soumissionnaires sur l'exigence et l'importance de la visite préalable des lieux au vu des travaux envisagés dans le cadre du marché.

C. Mémoire en réplique

La requérante avance que c'est à tort que la partie adverse estime que la visite effectuée lors du premier marché ne pouvait pas lui permettre de prendre connaissance des travaux à effectuer.

Elle constate, tout d'abord, que la liste des divergences reproduites par la partie adverse concerne des postes relatifs aux travaux de construction alors que l'adjudicataire doit, au préalable, démolir les bâtiments existants avant de pouvoir construire les nouveaux locaux. Elle en déduit que la visite des lieux n'apporte aucune utilité pour la partie "construction" et, en tout cas, pour les postes qui divergent entre les deux cahiers spéciaux de telle sorte qu'elle n'était intéressante que pour se rendre compte de la situation existante, mais pas pour le poste relatif à l' "enduit extérieur sur isolant plafond" ou pour le "seuil de porte en pierre bleue". Elle note que le même raisonnement peut être tenu pour l'ensemble des postes ayant été modifiés ou ajoutés,

ce qui implique que les postes modifiés ou ajoutés par rapport au premier cahier spécial des charges sont sans incidence sur la visite des lieux.

Elle insiste ensuite, quelques exemples à l'appui, sur le fait que les modifications ont une incidence très faible sur le montant du marché puisque seules quelques descriptions du cahier spécial des charges ont été complétées ou modifiées et que les quantités respectives des ouvrages cités n'ont pas, ou très peu, été modifiées.

Elle note que les modifications étaient donc extrêmement limitées et dépose un tableau reprenant la comparaison entre sa première et sa deuxième offre, et permettant, à son estime, de constater les différences entre les quantités présumées pour le premier marché et celles du second marché. Elle relève qu'on y constate les modifications de quantité et de prix pour les postes cités par la partie adverse pour établir les différences entre les deux marchés.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen ne formule aucun grief à l'encontre des documents du marché, arrêtés par la partie adverse, en tant qu'ils imposent l'obligation de visite des lieux les 19 et 26 novembre 2013, qu'ils assortissent le non-respect de cette exigence de la sanction de nullité de l'offre et fixent l'échéance du délai de disposition des documents du marché postérieurement à la deuxième date d'organisation de cette visite des lieux. La requérante se borne à critiquer l'application qu'en a faite la partie adverse pour écarter son offre et soutient, en substance, que, ce faisant, l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé, procède d'une erreur manifeste d'appréciation et porte atteinte au principe de proportionnalité.

Pour invoquer le défaut de motivation adéquate de l'acte attaqué, la requérante fait grief à la partie adverse de ne pas s'être prononcée sur le caractère substantiel de la formalité de production, à l'appui de l'offre, de l'attestation de visite des lieux. Cette critique est vaine. Une lecture raisonnable de l'acte attaqué impose, en effet, de comprendre que si l'attestation produite par la requérante n'était pas valable, c'est parce qu'elle ne permettait pas d'établir que la visite des lieux prescrite à peine de nullité aurait été effectuée à l'une des deux dates fixées par la partie adverse, de sorte que c'est le défaut non contesté de visite à l'une de ces deux dates qui constitue l'irrégularité substantielle dont l'offre de la requérante est déclarée affectée. Le grief ainsi formulé par la requérante n'aboutit pas à constater un défaut de motivation adéquate.

Par ailleurs, la visite préalable des lieux effectuée le 19 ou le 26 novembre 2013 étant imposée à peine de nullité par le cahier spécial des charges, le défaut de visite constitue une irrégularité formelle substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Le fait que la formalité soit prescrite à peine de nullité par le cahier spécial des charges suffit, en effet, à la qualifier de substantielle et sa violation entraîne la nullité absolue de l'offre sans que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'un quelconque pouvoir d'appréciation quant à la sanction de l'irrégularité commise. A défaut d'un tel pouvoir d'appréciation, on n'aperçoit pas comment la partie adverse, qui a constaté que la visite des lieux imposée à peine de nullité n'avait pas été effectuée à l'une des dates prévues à cette fin, a pu commettre une erreur manifeste d'appréciation ou méconnaître le principe de proportionnalité.

Enfin, et quelles que soient les critiques dont il pourrait faire l'objet à d'autres égards, le fait que le délai de mise à disposition des documents du marché expirait postérieurement à la dernière date de visite des lieux ne permet pas davantage d'expliquer comment, à défaut de pouvoir d'appréciation de la partie adverse à l'égard des effets du constat d'absence de visite des lieux à l'une des dates indiquées, la partie adverse aurait pu commettre une erreur manifeste d'appréciation ou méconnaître le principe de proportionnalité en décidant d'écarter, pour ce motif, l'offre de la requérante.

Le moyen n'est, en conséquence, pas fondé.

**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 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
Frédéric GOSSELIN,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.