

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 114.127 du 23 décembre 2002

A.85.959/VI-15.215

En cause : **LA SOCIETE ANONYME GOESSENS et Fils,**

ayant élu domicile chez
Mes Paul CRAHAY et
Jean-Marc VERJUS, avocats,
rue Louvrex 55-57
4000 Liège,

contre :

LA VILLE DE MALMEDY,
représentée par son collège des
bourgmestre et échevins.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 6 août 1999 par la Société anonyme GOESSENS et Fils qui demande l'annulation d'"une décision de la Ville de MALMEDY du 23 avril 1999 attribuant à la S.A. DETHIER le marché public des travaux pour la reconstruction de la Salle de la Fraternité à MALMEDY, Lot 2 chauffage, décision qui lui a été notifiée le 9 juin 1999";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. NIHOUL, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 22 mai 2001 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 4 novembre 2002, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 20 novembre 2002;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc VERJUS, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Véronique BERTRAND, loco Mes André DELVAUX et Frédéric POTTIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. LOMBAERT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête se présentent comme suit :

1. Le 21 décembre 1998, le conseil communal de la Ville de Malmedy, estimant nécessaire de procéder à la reconstruction de la salle de la Fraternité à Malmedy, décide d'approuver les conditions, les critères de sélection et le devis estimatif pour chacun des trois lots, ainsi que de choisir l'appel d'offres général comme mode de passation pour le lot 1 (maçonnerie, toiture, menuiserie, plafonnage, carrelage et peintures), et l'adjudication publique pour le lot 2 (chauffage et sanitaires) et le lot 3 (électricité).

2. Le 15 janvier 1999, il décide de choisir l'adjudication publique comme mode de passation du marché pour le lot 1 et d'approuver les montants rectifiés des devis estimatifs pour chacun des trois lots.

3. Le cahier spécial des charges comporte notamment ce qui suit en sa page 6, parmi les "clauses administratives relatives à la passation du marché" - Titre 6 :

" Chapitre 5 - Du choix de l'adjudicataire en adjudication publique.
Section I: Du choix en adjudication publique.

Art. 111: Après vérifications arithmétiques et des erreurs purement matérielles, le marché sera attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, tout en tenant compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours.

(...)

Art. 113: L'offre sera classée suivant l'offre de base (sans tenir compte des variantes et des options dans le montant de l'offre) mais en tenant en compte les rabais éventuels. Les options retenues seront signalées par écrit à l'entrepreneur lors de la commande.
(...)"

Il prévoit encore, en ses clauses relatives au lot 2, dans l'"énumération et description des ouvrages":

- (page 14) au poste 1.-0004- que "en option 1, l'entreprise propose le démontage et l'évacuation du réservoir gazoil désaffecté";

- (page 49) au poste 6.9.: "Variantes - Tuyauteries de décharge en PVC (...)" ;

- (pages 61 à 64), un chapitre "Options et variantes", soit :

- " 1. Variante diminutive 1 - Réservoirs gazoil préfabriqués en polyéthylène
-0269- (...)
2. Option 2 - Protection incendie (à voir avec les pompiers)
(... -0270- à -0277 ...)
3. Option 3 - Equipements de la cuisine
(-0278- et -0279-...)
4. Option 4 - Egouttage
(-0280 et -0281 ...)."

Le métré récapitulatif, après avoir prévu le "total hors options et variantes", la TVA de 21 % et le total général, prévoit les options et variantes dont question aux pages 61 à 64 du cahier spécial des charges, mais perd de vue l'option 1 dont question à la page 14, et la variante prévue à la page 49.

4. Le 2 avril 1999, lors de l'ouverture des soumissions, quatre offres sont recueillies, soit celles de

- GOESSENS S.A. d'un montant, TVAC de	5.028.470,- BEF
- DETHIER S.A.	5.141.493,- BEF
- HENKENS Frères S.A.	5.143.284,- BEF
- HAUSEUX Marcel S.P.R.L.	6.664.999,- BEF

5. Le 24 avril 1999, la S.A. Bureau d'Etudes Pierre BERGER, pour le compte de la partie adverse, procède à l'analyse des soumissions, après avoir demandé et obtenu de la requérante "quelques informations complémentaires".

Elle établit le "classement après vérifications arithmétiques, correction des quantités et calcul des postes omis", soit :

1. GOESSENS S.A.	4.155.760 BEF HTVA
2. DETHIER S.A.	4.249.168 BEF HTVA
3. HENKENS Frères S.A.	4.250.648 BEF HTVA
4. HAUSEUX Marcel S.P.R.L.	4.832.598 BEF HTVA

Elle établit encore le "classement en tenant compte des variantes et options du récapitulatif" (prévues aux pages 61 à 64 du Cahier spécial des charges), soit :

1. DETHIER S.A.	4.387.994 BEF HTVA
2. GOESSENS S.A.	4.388.660 BEF HTVA
3. HENKENS Frères S.A.	4.433.473 BEF HTVA
4. HAUSEUX Marcel S.P.R.L.	4.963.020 BEF HTVA

Elle établit encore le "classement en tenant compte des options 5 et 6" (prévues aux pages 14 et 49 du Cahier spécial des charges, mais non métrées au récapitulatif), soit :

1. HENKENS Frères S.A.	4.408.161 BEF HTVA
2. DETHIER S.A.	4.408.911 BEF HTVA
2. GOESSENS S.A.	4.421.260 BEF HTVA
4. HAUSEUX Marcel S.P.R.L.	4.928.711 BEF HTVA

Elle conclut comme suit :

" L'entreprise HAUSEUX n'est pas conforme administrativement et reste quatrième car nous ne prenons pas en compte la correction demandée dans son fax pour les postes 207 à 208.

Les différences de prix entre les trois premiers sont dérisoires:

- . hors options et variantes, GOESSENS est premier avec 2,2% d'écart par rapport à DETHIER et HENKENS,
- . options et variantes du récapitulatif comprises, DETHIER passe premier devant GOESSENS et HENKENS,
- . options 5 et 6 comprises, HENKENS passe devant DETHIER et GOESSENS.

Les travaux chiffrés en option sont nécessaires mais ont été chiffrés séparément car non prévus dans le budget et le dossier initial des Architectes que l'on nous demandait de respecter.

Les variantes diminutives ont été décrites dans le même ordre d'esprit pour permettre de respecter le budget.

Comme c'est la seule entreprise à avoir remis une soumission d'origine complète (options 5 et 6 chiffrées), nous proposons de retenir l'entreprise DETHIER pour réaliser les travaux pour le montant, options et variantes comprises de 4.408.911F. TVA comprise le montant de l'entreprise est de 5.334.782F."

6. Le 23 avril 1999, le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Malmedy prend la délibération qui suit :

" OBJET: RECONSTRUCTION DE LA SALLE DE LA FRATERNITE - LOTS 2 - CHAUFFAGE ET 3 - ELECTRICITE - ADJUDICATION.

Le Collège Echevinal,

Revu la délibération du Conseil Communal du 21.12.1998 approuvant le projet repris sous-objet;

Vu les procès-verbaux d'ouverture des soumissions du 02.04.1999;

Vu les rapports d'adjudication de l'architecte L. JEUNEJEAN, auteur du projet;

Vu l'article 236 de la Loi Communale;

DECIDE

d'adjuger le marché :

- pour le lot 2 : chauffage aux ETS. DETHIER à la somme de 4.408.911,-Frs + TVA.

- pour le lot 3 : électricité aux ETS. LAMELEC à la somme de 1.906.481,- Frs + TVA."

Il s'agit de la décision attaquée.

7. Le 30 mai 1999, la Députation permanente du Conseil provincial de Liège informe le bourgmestre de la Ville de Malmedy de ce que, en séance du 27 mai 1999, elle "a admis (...) la délibération du 23 avril 1999 (...)".

8. Le 9 juin 1999, la partie adverse notifie à la S.A. Henri DETHIER ET FILS que le collège échevinal, réuni en séance le 23 avril 1999, lui a adjugé le marché litigieux.

Par courrier du même jour, elle informe la requérante de ce que son offre n'a pas été retenue.

9. Par lettre du 11 juin 1999, la requérante demande à la partie adverse de lui fournir les justificatifs de son éviction.

10. Le 30 juin 1999, la partie adverse adresse à la requérante la "décision motivée d'attribution du marché" libellée comme suit :

" 1. Marché

Travaux de reconstruction de la salle de "la Fraternité" à Malmedy
Adjudication publique du 2 avril 1999.

2. Sélection des offres

Les offres des entreprises suivantes sont sélectionnées :

- | | |
|------------------------|--|
| 1. Goessens s.a. | route de Battice 51a à 4580 Battice |
| 2. Dethier s.a. | rue Hottieux 100-102 à 4950 Waimès |
| 3. Henkens frères s.a. | route de Hambourg 93 à 4841 Henri-Chapelle |
| 4. Hauseux Marcel sprl | avenue des Alliés 20 à 4960 Malmedy |

3. Montants de la commande HTVA

3.1. Offre Goessens

- * Postes 1 à 268, soit les postes prévus au dossier de base des Architectes, 4.155.760 F HTVA
- * Postes 269 à 281, soit les postes ajoutés par Berger, options et variantes obligatoires 1 à 4 :
 - 26.000 + 258.900 = + 232.900 F HTVA
- * Options 5 et 6 obligatoires demandées par le BE et chiffrées par Goessens dans son fax du 12 avril :
 - + 35.000 - 2400 = + 32.600 F HTVA
- * Montant global, options et variantes 1 à 6 comprises : 4.421.260 F HTVA

3.2. Offre Dethier

- * Postes 1 à 268, 4.249.168 F HTVA
- * Postes 269 à 281, - 46.805 + 185.631 = + 138.826 F HTVA
- * Options 5 et 6 obligatoires chiffrées par Dethier dans son offre de base : (demandées au CDC)
 - 25.000 - 4.083 = + 20.917 F HTVA
- * Montant global, options et variantes comprises : 4.408.911 F HTVA

4. Conclusion

- * considérant que l'offre complète (options et variantes obligatoires diminutives comprises), régulière et moins disante est celle remise par "DETHIER" et qu'aucune irrégularité ou anomalie ne peut être reprochée à ladite offre.
- * la société "DETHIER" est désignée comme adjudicataire des travaux pour un montant de 4.408.911 BEF HTVA options et variantes comprises soit un total général de 5.334.782 BEF TVAC."

Considérant que la requérante prend un moyen, le premier de sa requête, de la "violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 113 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996"; qu'elle soutient, en substance, que les "options" 2, 3 et 4, prévues aux pages 61 à 64 du Cahier spécial des charges, et l'"option" mentionnée en page 14 mais non reprise au métré récapitulatif ("option 5" selon le rapport d'analyse des soumissions) ne pouvaient être considérées comme des variantes; qu'elle souligne qu'il s'agissait de prestations supplémentaires que l'administration aurait la liberté de commander, ou non; qu'elle en conclut que la partie adverse ne pouvait les prendre en

considération pour déterminer la soumission la plus basse, et montre, chiffres à l'appui, que si tel avait été le cas, c'est son offre qui aurait dû être considérée comme la plus basse;

Considérant que la partie adverse, en réponse, admet que le cahier des charges prévoyait, d'une part, 4 options (démontage et évacuation de la citerne à mazout existant dans la chaufferie du Rimini, soit l'option 1 prévue à la page 14 du cahier des charges, protection incendie, soit l'option 2 prévue à la page 61 du cahier des charges, équipements de la cuisine, soit l'option 3 prévue à la page 63 du cahier des charges, et l'égouttage, soit l'option 4 prévue à la page 63 du cahier des charges), et d'autre part, 2 variantes (tuyaux de décharge en PVC plutôt qu'en polyéthylène, variante prévue à la page 49 du cahier des charges, et réservoirs en polyéthylène plutôt qu'en acier, variante prévue à la page 61 du cahier des charges); qu'elle admet encore que les variantes ont pour but de faire remettre prix pour un autre procédé ou un autre matériau que ceux prévus dans l'offre de base en vue de réduire, le cas échéant, le prix du marché, tandis que l'option porte sur un travail supplémentaire; qu'elle soutient cependant que les prix remis pour ces options devaient être pris en compte pour le classement des offres et la détermination de l'offre la plus basse, parce qu'ils faisaient partie "des prix offerts et des autres éléments chiffrables" au sens de l'article 15 visé au moyen; qu'elle souligne que "le principe de l'égalité entre soumissionnaires (était) respecté, puisque les contours des options (avaient) été clairement définis dans le cahier des charges de sorte que tous les soumissionnaires (avaient) été mis en mesure de remettre des prix pour ces options dans des conditions parfaitement égales"; qu'elle ajoute que "rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur de prévoir des options" et qu'un tel procédé a l'avantage d'éviter de recourir à la procédure négociée pour les travaux complémentaires;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse explique en fait que, pour éviter d'aboutir à un dépassement du budget, "le bureau d'études a décidé de mettre en option quatre postes qui, soit correspondaient à des travaux non indispensables (option 1: démontage et évacuation de l'ancienne citerne; option 3: équipements de cuisine, et option 4: prestations d'égouttage), soit dépendaient d'une décision du service d'incendie (option 2: accessoires à installer suivant décision des pompiers); qu'elle ajoute que l'économie réalisée lors de l'attribution des deux autres lots lui a permis d'attribuer l'ensemble du lot chauffage, y compris les options, sans dépasser le budget; qu'elle ajoute que, "s'il est vrai que les options présentaient un caractère d'incertitude au moment de la rédaction du cahier spécial des charges, ce caractère d'incertitude (avait) complètement disparu au moment de l'attribution du marché puisque, entre ces deux moments, il s'était avéré que le budget disponible était

suffisant"; qu'elle soutient que "la prise en compte des options est parfaitement compatible avec la règle du classement unique énoncée à l'article 113 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996", "qu'à partir du moment où les options sont levées et où elles deviennent des éléments chiffrables au sens de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, leur prix doit être inclus dans le prix de base des soumissions", et qu'"il reste alors au pouvoir adjudicateur à établir un classement alignant les prix de base et variantes des différents soumissionnaires", classement qui montrait que l'offre de la société DETHIER était moins élevée que celle de la société GOESSENS;

Considérant qu'en vertu de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, combiné avec l'article 113 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, l'autorité compétente doit, pour déterminer l'offre régulière la plus basse, établir un classement unique des offres de base et des offres avec variantes; que le critère de ce classement est le prix offert, augmenté "des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, s'y ajouter";

Considérant que les offres à classer sont celles recueillies lors de l'ouverture des offres et qui ont donc été établies sur la seule base du cahier spécial des charges; que les "autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours" sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels à cette date; qu'il ne peut donc être question d'admettre parmi ces "autres éléments chiffrables" des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des offres;

Considérant qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges imposait deux variantes qui avaient pour effet de réduire le prix de l'offre de base: la fourniture de tuyaux de décharge en PVC plutôt qu'en polyéthylène (page 49 du C.S.C. - "variante 1") et la fourniture de réservoirs en polyéthylène plutôt qu'en acier (page 61 du C.S.C. - "variante 2"); qu'en vertu des dispositions légale et réglementaire visées au moyen, les offres comportant ces variantes devaient être intégrées au classement unique destiné à déterminer l'offre la plus basse;

Considérant, en revanche, que ces postes que la partie adverse qualifie d'"options", soit l'évacuation d'une citerne à mazout dans l'immeuble Rimini ("option 1", page 14 du C.S.C.), le système de protection contre l'incendie ("option 2", page 61 du C.S.C.), l'équipement de la cuisine ("option 3", page 63 du C.S.C.) et l'égouttage

("option 4", page 63 du C.S.C.), ne peuvent être considérés comme des éléments qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours, dès lors que, au moment de l'établissement du cahier spécial des charges, la partie adverse elle-même ne savait pas si elle aurait les moyens de les faire réaliser par l'adjudicataire, ni, partant, s'ils feraient en définitive partie du marché; que, du reste, la partie adverse elle-même admet que ces "options" représentaient des travaux supplémentaires par rapport à l'offre de base et étaient affectés d'"un caractère d'incertitude au moment de la rédaction du cahier spécial des charges"; que, partant, les montants de ces "options" ne pouvaient être pris en compte lors de l'établissement du classement unique devant déterminer l'offre la plus basse;

Considérant que, dans ces conditions, le classement des offres aurait dû, conformément à l'article 113 visé au moyen, se présenter comme suit, hors TVA :

- GOESSENS

- offre de base	4.155.760,- BEF
- déduction issue de la variante 1	2.400,- BEF
- déduction issue de la variante 2	26.000,- BEF
soit une offre de	4.127.360,- BEF

- DETHIER

- offre de base	4.249.168,- BEF
- déduction issue de la variante 1	4.083,- BEF
- déduction issue de la variante 2	46.805,- BEF
soit une offre de	4.198.280,- BEF

qu'il apparaît ainsi clairement que, si la partie adverse avait respecté les dispositions visées au moyen, elle aurait dû adjuger le marché à la requérante et non à la S.A. DETHIER; que le moyen est fondé;

D E C I D E :

Article 1^{er} .

Est annulée la délibération prise le 23 avril 1999 par le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Malmedy dans la mesure où elle décide d'adjuger

le lot 2 (chauffage) du marché relatif à la reconstruction de la salle de la Fraternité à la S.A. DETHIER.

Article 2 .

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros sont mis à charge de la partie adverse.

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

MM. ANDERSEN,	Président du Conseil d'Etat,
HANSE,	Conseiller d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.