

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 139.471 du 18 janvier 2005

A.158.821/VI-16.819

En cause :

- 1. LA SOCIETE ANONYME ENTREPRISES
JAN DE NUL,**
- 2. LA SOCIETE ANONYME ERAERTS,
DRAGAGES ET ENTREPRISE,**
- 3. LA SOCIETE ANONYME ENTREPRISES
GILLES MOURY,**
- 4. LA SOCIETE ANONYME S.N.C. LAVALIN
EUROPE N.V.,**
- 5. LA SOCIETE ANONYME ENTREPRISES
COP & PORTIER,**
- 6. LA SOCIETE ANONYME INGENIERIE
BELGE DE TRAITEMENT ET DE VALORISATION,**
- 7. LA SOCIETE MOMENTANEE AQUALIEGE 2,**

ayant élu domicile chez
Mes Louis DEHIN, Jean-Baptiste LEVAUX et
Christine M. BRÜLS, avocats,
rue Saint-Laurent, n ° 64,
4000 Liège.

contre :

**L'ASSOCIATION INTERCOMMUNALE POUR
LE DEMERGEMENT ET L'EPURATION DES
COMMUNES DE LA PROVINCE DE LIEGE,
en abrégé A.I.D.E..**

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

Vu la demande introduite le 30 décembre 2004 par la société anonyme ENTREPRISES JAN DE NUL, la société anonyme ERAERTS, DRAGAGES ET ENTREPRISE, la société anonyme ENTREPRISES GILLES MOURY, la société anonyme S.N.C. LAVALIN EUROPE N.V., la société anonyme ENTREPRISES COP & PORTIER, la société anonyme INGENIERIE BELGE DE TRAITEMENT ET DE VALORISATION, la société momentanée AQUALIEGE 2, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du 6 décembre 2004 du conseil d'administration de l'A.I.D.E. (Association Intercommunale

pour le Démergement et l'Épuration des communes de la province de Liège) par laquelle ledit conseil :

- a décidé de ne pas interroger la SM AQUALIEGE 2 et ses membres notamment sur pied de l'art. 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;
- aurait considéré que l'offre de cette société momentanée et de ses membres contenait des non-conformités substantielles et par voie de conséquence, suivant le courrier du 23 décembre du directeur de l'A.I.D.E., aurait jugé cette offre irrégulière et en conséquence l'aurait écartée et ne l'a pas comparée aux autres offres déposées;
- a déclaré, sans avoir comparé l'offre de la SM AQUALIEGE 2 aux autres offres, l'offre de la société momentanée SCLESSIN-EPURATION comme l'offre la plus intéressante et par voie de conséquence l'a désignée comme lauréat du marché (Station d'épuration de LIEGE SCLESSIN) et ce sous réserve de l'accord de la Société Publique de Gestion de l'Eau (SPGE);"

Vu l'ordonnance du 30 décembre 2004, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 31 décembre 2004 à 9.30 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 11 janvier 2005 à 9.30 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Louis DEHIN et Jean-Baptiste LEVAUX, avocats, comparaisant pour les parties requérantes et Me Patrick THIEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section 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 demande de suspension se présentent comme suit :

1. Les six premières requérantes se présentent comme soit des entreprises de génie civil, soit des entreprises électromécaniques, spécialisées notamment dans le traitement des eaux.

Elles se sont regroupées en association momentanée AQUALIEGE 2, constituée pour répondre à l'appel aux candidatures lancé par l'A.I.D.E. le 29 août 2003 en vue de la construction sur le site de Liège (Sclessin) d'une station d'épuration des eaux résiduelles urbaines.

2. Cette entreprise, en effet, a fait l'objet d'un appel aux candidatures paru au Bulletin des adjudications du 29 août 2003 et au Journal officiel des Communautés européennes du 30 août 2003.

3. S'agissant d'une procédure par appel d'offres restreint, cinq candidatures ont été reçues le 14 octobre 2003, et retenues le 1^{er} décembre 2003, dont celle des requérantes.

4. Le 23 juin 2004, l'ouverture des soumissions a révélé que trois offres avaient été remises, dont une par les requérantes.

5. Le 30 novembre 2004, l'association momentanée requérante écrit à la partie adverse la lettre qui suit :

" Concerne: Appel d'offre station d'épuration de Liège-Sclessin CSC AIDE n° 6.4.0.0.1.2.3.
Offre de la Société Momentanée AQUA LIEGE 2 du 23 juin 2004.

A différentes reprises durant les mois d'août et septembre, votre intercommunale nous a signalé qu'elle nous poserait des questions au sujet de notre offre; nous n'en avons reçu aucune à ce jour.

Nous avons vérifié l'entièreté de nos calculs; cette vérification confirme l'implantation et le dimensionnement de notre installation, tant du point de vue génie-civil que des équipements électromécaniques; par conséquent, nous confirmons avoir déposé une offre permettant de remplir toutes les conditions du marché (conformité) et ce, pour le prix global et forfaitaire fixé.

Par la présente, nous vous confirmons maintenir l'offre que nous avons déposée dans le cadre de l'appel d'offre repris sous rubrique.

Nous tenions à vous en avertir.

Pour le surplus, si des doutes sur ce point apparaissaient lors de votre analyse de notre offre, nous vous prions de nous interroger sur pied de l'article 114 de l'A.R. du 08/01/1996 et ce, comme celui-ci vous l'impose ainsi que les principes généraux de bonne administration.

Je vous prie de croire ...".

6. Le 6 décembre 2004, le conseil d'administration de la partie adverse prend les décisions ici attaquées.

Le procès-verbal de sa réunion en rend compte comme suit:

" EPURATION

5) LIEGE: Station d'épuration de Liège-Sclessin.
Résultat d'adjudication.

Exposé des motifs

Le 23 juin 2004 a eu lieu l'ouverture des soumissions en vue de l'adjudication de l'entreprise de construction de la station d'épuration de Liège-Sclessin à Liège.

Le marché fait l'objet d'un appel d'offres restreint.

Le 1^{er} décembre 2003, le Conseil d'Administration a décidé de retenir 5 candidats pour participer à ce marché. La S.P.G.E. a marqué son accord sur cette décision le 8 mars 2004.

Le 23 février 2004, les cinq candidats retenus ont été avertis de leur sélection et ont été invités à présenter une offre pour le 23 juin 2004.

L'ouverture des soumissions a eu lieu le 23 juin 2004 à 10h00, au siège social de l'A.I.D.E., 25, rue de la Digue à B.4420 SAINT-NICOLAS. Trois offres ont été remises.

Le rapport d'adjudication a été établi par l'A.I.D.E. et est remis en séance.

Monsieur SILAN, Ir Chef de projet, présente sur support Power Point le rapport d'adjudication.

Il précise d'emblée que celui-ci a été établi avec la collaboration de M. VANDEVENNE, directeur du CEBEDEAU et chargé du cours d'épuration des eaux usées à l'Université de Liège, et le bureau d'avocats DEBACKER, spécialisé dans les marchés publics.

Il commente en détail les points décisifs.

A l'issue de la présentation, le Président lui adresse ses remerciements pour la qualité du travail accompli.

Monsieur GOFFINET, Ir Directeur, donne lecture d'une lettre adressée par le soumissionnaire AQUA LIEGE 2 au conseil d'administration (jointe en annexe).

Il précise que cette lettre, reçue le 30 novembre 2004, a été soumise pour avis à notre bureau d'avocats DEBACKER. La réponse nous est parvenue le 3 décembre 2004.

Dans son courrier, le soumissionnaire indique notamment que :
S il s'attendait à être questionné et ne l'a pas été;

- S après vérification de ses calculs, il maintient son offre et estime qu'elle est conforme;
- S si des doutes subsistent sur cette conformité, il demande à être interrogé sur base de l'article 114 de l'A.R. du 08/01/1996, estimant qu'il s'agit d'une obligation.

Dans sa réponse, le bureau d'avocats DEBACKER :

- S rappelle le principe d'interdiction de toute négociation entre une institution et un soumissionnaire après l'ouverture des offres;
- S rappelle qu'un contact peut être pris, à titre exceptionnel et à l'initiative de l'institution, au cas où une offre donnerait lieu à des demandes d'éclaircissement ou s'il s'agit de corriger des erreurs matérielles manifestes contenues dans la rédaction de l'offre, l'interrogation du soumissionnaire étant à ce titre une faculté et non une obligation;
- S précise que l'offre D'AQUALIEGE 2 doit être écartée, pour les motifs factuels énoncés dans le rapport d'adjudication, parce qu'elle est irrégulière au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et qu'il résulte de cette irrégularité que le soumissionnaire devrait revoir une part très significative de son offre, de sorte que le problème est étranger à la correction de l'erreur matérielle au sens de l'article 114.

Monsieur GOFFINET, Ir. Directeur, précise que l'article 114 vise essentiellement les erreurs purement matérielles (c'est-à-dire de forme; par exemple au niveau des prix ou des quantités dans le mètre), que les non-conformités substantielles relevées dans l'offre d'AQUALIEGE 2 proviennent d'erreurs techniques indiscutables dans la prise en compte des différents paramètres de dimensionnement précisés dans les documents d'adjudication et que, dès lors, il n'y avait aucun motif d'interrogation du soumissionnaire.

La question suivante est posée en cours de séance :

- S la fusion annoncée des établissements WATERLEAU et BIOTIM ne met-elle pas en péril la bonne exécution du marché? Réponse de la Direction : la répartition du marché (50 % CFE, 25 % FRANKI, 25 % BIOTIM) constitue une bonne garantie, l'affaiblissement éventuel d'un partenaire n'hypothèque pas l'ensemble.

En conclusion, le rapport d'adjudication établit que l'offre de base déposée par la Société Momentanée Sclessin-Epuration, y compris l'option détachable ainsi que les variantes libres n° 4, 5.2, 5.4 et 6, pour un montant de 51.450.918,53 i hors T.V.A. soit 62.255.611,42 i , T.V.A. 21 % comprise, est l'offre déposée la plus intéressante.

Sur proposition du Comité Exécutif DECIDE à l'unanimité d'autoriser, sous réserve de l'accord de la Société Publique de Gestion de l'Eau (S.P.G.E.) de prendre en charge le coût des travaux, la commande de l'entreprise de construction de la station d'épuration de Liège-Sclessin à Liège à la Société Momentanée Sclessin-Epuration suivant l'offre de base, y compris l'option détachable ainsi que les variantes libres n° 4, 5.2, 5.4 et 6, pour un montant de 51.450.918,53 i hors T.V.A. soit 62.255.611,42 i , T.V.A. 21% comprise."

7. Le 23 décembre 2004, la partie adverse notifie ce qui suit à l'association momentanée requérante :

" En application de l'article 25 § 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, nous vous informons que votre offre du 27 août 2002, consécutive à l'appel d'offres restreint pour le marché sous rubrique, a été jugée irrégulière.

Nous vous prions de trouver ci-joint les motifs de votre éviction. Nous vous informons qu'un délai de 10 jours calendrier, à compter du lendemain du jour d'envoi de la présente, vous est accordé pour vous permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction et ce, exclusivement selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite en ce sens de votre part qui nous parviendrait dans le délai imparti à l'adresse de notre siège social, nous notifierons l'attribution du marché sous rubrique à l'adjudicataire."

A cette lettre étaient joints :

- l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration de la partie adverse du 6 décembre 2004;
- une copie du "rapport d'adjudication" de 78 pages établi par les services de la partie adverse.

Considérant que l'extrême urgence, dont le bénéfice est invoqué, est justifiée par la proximité possible de la notification de la décision d'attribution du marché à son attributaire, notification qui rendrait vaine la présente demande de suspension; que, du reste, la lettre de notification du 23 décembre 2004 rappelée ci-avant impose le recours à une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat;

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité de la présente demande de suspension, déduite de l'absence d'intérêt; qu'elle soutient que les requérantes n'y ont intérêt "que s'il est démontré qu'à tort, le pouvoir adjudicateur aurait qualifié leur offre d'irrégulière";

Considérant que le fondement de cette exception est lié à celui des trois branches du moyen unique invoqué; qu'il y sera statué après examen du sérieux de ces trois branches du moyen;

Considérant que la partie adverse excipe encore de l'irrecevabilité de la demande en suspension, déduite de l'absence de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant ainsi que ledit article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 ne fait pas du risque de préjudice grave difficilement réparable une condition de recevabilité de la demande de suspension, mais bien une des conditions de fond pour que puisse être ordonnée la suspension demandée; que cette condition de fond sera examinée après celle du sérieux du moyen invoqué, s'il y échet; que cette exception ne saurait être accueillie;

Considérant que les requérantes invoquent un moyen unique "pris des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dont son article 16, de l'incompétence manifeste de l'auteur de l'acte, des articles 89, 110, 114, 115 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, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur quant aux motifs, de la violation des principes de bonne administration dont le principe «audi alteram partem» et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dont notamment son article 3";

Considérant que l'examen, qui va suivre, du sérieux des diverses branches du moyen invoqué, ne pourra l'être que "prima facie", moyennant une étude trop sommaire des arguments présentés de part et d'autre, en dépit de leur caractère parfois très technique; que, toutefois, un tel examen trop superficiel est exigé par l'extrême urgence de la procédure;

Considérant que, dans une première branche, les requérantes invoquent plus particulièrement "la violation des articles 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 1, 2, 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 110 et 115 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, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et des articles 10 et 11 de la Constitution"; qu'elles soutiennent en substance, sur le vu du procès-verbal du conseil d'administration du 6 décembre 2004, que celui-ci n'a pas discuté de l'application de l'article 110 de l'arrêté royal du 8

janvier 1996 à la société momentanée AQUALIEGE 2, ni décidé de considérer que l'offre déposée par elles était frappée d'une irrégularité substantielle, ni même pris de décision sur ce point, celle-ci ayant été prise par des auteurs manifestement incompétents, soit les services de la partie adverse ou son conseil juridique; qu'à titre subsidiaire, au cas où il serait considéré qu'il y a eu discussion sur la régularité de l'offre des requérantes et décision de la déclarer irrégulière, elles font valoir que l'acte attaqué ne contient pas les motifs retenus par le conseil d'administration pour arriver à cette décision;

Considérant que la lecture du procès-verbal du conseil d'administration de la partie adverse du 6 décembre 2004 permet, à l'évidence, de comprendre que ce conseil d'administration, avant d'attribuer le marché litigieux à la société momentanée SCLESSIN-EPURATION, a adopté, avec leurs motifs, le point de vue de ses services selon lequel "les non-conformités substantielles relevées dans l'offre d'AQUALIEGE 2 proviennent d'erreurs techniques indiscutables dans la prise en compte des différents paramètres de dimensionnement précisés dans les documents d'adjudication", décidant ainsi certainement que l'offre des requérantes était irrégulière, ainsi que le point de vue de ses avocats-conseils selon lequel la correction de l'irrégularité de l'offre des requérantes aurait obligé celles-ci à revoir une part très significative de leur offre, de sorte que le problème était étranger à la correction de l'erreur matérielle au sens de l'article 114; que les requérantes, qui reçurent, outre la lettre de notification du 23 décembre 2004, copie de l'extrait du procès-verbal du conseil d'administration du 6 décembre 2004 et copie du rapport d'adjudication, ne peuvent prétendre avoir été tenues dans l'ignorance des motifs déterminants des actes attaqués; qu'en cette première branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que les requérantes invoquent une "deuxième branche subsidiaire prise de l'erreur manifeste d'appréciation, de la fausse motivation, et de la violation des articles 89, 110 et 114 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"; qu'elles y soutiennent que leur "offre était conforme ou qu'à tout le moins elle n'était pas entachée d'irrégularité substantielle, mais contenait tout au plus des erreurs matérielles (calcul), lesquelles étaient sans incidence sur la conformité aux critères du marché de l'installation offerte ainsi que sur son prix", en sorte qu'"une demande de précision devait être faite par le pouvoir adjudicateur sur pied de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996";

Considérant qu'en ses pages 21 et 22, le rapport d'adjudication établi par les services de la partie adverse relève, dans l'offre des requérantes, quatorze non-conformités, dont il considère les quatre premières comme substantielles, soit :

- " 1. la production de boues biologiques prise en compte pour le dimensionnement des ouvrages de traitement biologique est inférieure à la production de boues biologiques minimale spécifiée à l'article 23.2.2. du cahier spécial des charges;
2. le ratio molaire Fe/P pris en compte pour l'abattement physico-chimique du phosphore dissous est inférieur au ratio minimum exigé à l'article 23.2.3. du cahier spécial des charges en fonction du rendement requis pour garantir le teneur maximale en phosphore des eaux épurées;
3. la teneur maximale en nitrates de la liqueur mixte recirculée est supérieure à 7 mgN-NO₃/l, valeur nettement supérieure à la valeur maximale de 5 mgN-NO₃/l imposée à l'article 23.2 du cahier spécial des charges;
4. la demande horaire en oxygène est inférieure à la demande horaire théorique en oxygène (DHTO) minimale imposée à l'article 23.2.4 du cahier spécial des charges;"

Considérant qu'à propos de la première non-conformité (importance de la production de boues biologiques), les requérantes admettent "une double erreur matérielle de calcul"; que, si elles insistent sur ce que "ces erreurs sont purement matérielles (calcul mathématique)", elles ne le démontrent pas, alors qu'une erreur de calcul mathématique devrait être simple à montrer et à faire comprendre, même à des juristes; qu'elles ne contestent cependant pas avoir calculé, comme le relève le rapport d'adjudication (page 23), le poids des matières organiques inertes par rapport au poids des matières volatiles en suspension (M.V.S.) et non par rapport au poids des matières en suspension (M.E.S.); que l'erreur ainsi commise ne peut être tenue pour une simple erreur de calcul mathématique; que le rapport d'adjudication estime que l'offre des requérantes réduit ainsi erronément la production de boues biologiques sous la production minimale imposée par le cahier spécial des charges, et explique (page 24) que "la production de boues est le paramètre dimensionnant essentiel d'un procédé biologique de traitement des eaux usées par boues activées", que "ce paramètre a une influence considérable sur les volumes des bassins à mettre en oeuvre, sur l'âge des boues (...), sur la capacité d'oxygénation du système à mettre en oeuvre et, évidemment, sur la capacité des moyens mis en oeuvre pour assurer le traitement des boues"; que, du reste, les requérantes elles-mêmes reconnaissent (requête, page 15) que, "si les calculs ne sont pas corrigés, elles (ces erreurs) peuvent faire croire que la conclusion contenue p. 25 al. 5 dudit rapport d'adjudication (sous-dimensionnement du volume des bassins en alternance de phase, âge des boues insuffisant pour assurer la présence des bactéries nitrifiantes et sous-dimensionnement du système d'aération proposé) est exacte"; que la partie adverse a ainsi pu, sans commettre d'erreur manifeste

d'appréciation, discerner notamment dans cette erreur une erreur substantielle, car portant sur les conditions techniques du marché au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, et en déduire le caractère irrégulier de l'offre des requérantes; qu'en cette deuxième branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que les requérantes invoquent, dans une troisième branche, "la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 110 et 114 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 et du principe général de bonne administration «audi alteram partem»"; que, selon elles, de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, "on doit déduire que, pour déclarer irrégulière une offre contenant des erreurs de calcul, le pouvoir adjudicateur est soumis à deux conditions:

- interroger préalablement le soumissionnaire en lui fixant un délai de réponse;
- ne pas avoir reçu de réponse dans le délai fixé;"

Considérant que, lors de l'examen de la deuxième branche du moyen, il est apparu qu'à tout le moins la première erreur relevée par le rapport d'adjudication ne pouvait être considérée comme une simple erreur matérielle de calcul, mais bien comme une erreur substantielle touchant à la régularité de l'offre; que, partant, en cette troisième branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'à défaut de faire valoir quelque moyen sérieux, l'exception d'irrecevabilité de la demande de suspension peut être accueillie;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question du préjudice;

Considérant, quant aux dépens, que la demande de suspension porte sept fois la taxe de 175 i ; que, toutefois, l'association momentanée AQUALIEGE 2, étant dépourvue de personnalité juridique, ne peut être comptée parmi les requérantes, en sorte que la demande de suspension ne devait être timbrée qu'en raison de six requérantes; qu'il y a lieu d'ordonner le remboursement de la septième taxe, indûment réglée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 1.050 euros, sont mis à charge des six premières requérantes à concurrence de 175 euros chacune.

Ordonne le remboursement de la septième taxe de 175 euros à la société momentanée AQUALIEGE 2.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit janvier deux mille cinq par :

M. HANSE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

P. HARMEL.

Ph. HANSE.