CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 141.565 du 4 mars 2005

A.80.255/VI-14.761

En cause : **LA SOCIETE ANONYME ARBEL,**

ayant élu domicile chez
Me France MAUSSION, avocat,
rue Henri Wafelaerts, n^{os} 47-51,
1060 Bruxelles,

contre :

LA COMMUNE DE RIXENSART,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^{e} CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 14 septembre 1998 par la société anonyme ARBEL qui demande l'annulation de "la décision du Collège des Bourgmestre et Echevins de la Commune de Rixensart d'attribuer à la firme ASWEBO le marché de travaux portant sur la réalisation des voiries, égouttage et plantations sur un terrain situé à 1331 Rosières, rue Rosier-Bois, et de ne pas (lui) attribuer ce même marché";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 5 février 2004 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 2 février 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 23 février 2005;

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

Entendu, en leurs observations, Me Elisabeth WILLEMART, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

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 sont les suivants :

1. Le 24 novembre 1997, le conseil communal de la Commune de Rixensart a choisi l'appel d'offres général comme mode de passation du marché de travaux et arrêté le cahier spécial des charges.

2. L'avis de marché a été publié le 19 décembre 1997, avec un avis rectificatif publié le 9 janvier 1998 visant à mettre les critères d'attribution et leur cotation en concordance avec le contenu du cahier des charges.

3. Le 28 janvier 1998 a lieu la séance d'ouverture des offres et, selon le procès-verbal qui en a été dressé, douze offres ont été déposées, parmi lesquelles celle de la requérante, d'un montant de 23.511.964 francs belges et celle de la firme ASWEBO, d'un montant de 20.141.578 francs belges.

4. Le 18 février 1998, le bureau d'études SURVEY & AMENAGEMENT, sous-traitant de l'auteur de projet, a invité, dans le cadre de l'examen des offres, la firme ASWEBO à lui transmettre dans les plus brefs délais les justificatifs de prix pour 18 postes anormalement bas et 5 postes anormalement hauts.

Par une lettre du 19 février 1998, la firme ASWEBO a informé l'auteur de projet, le bureau des architectes GUILLISSEN & ROBA, que :

" Suite à votre demande du 19/02/98 nous ne sommes pas à même de justifier nos prix pour les postes de terrassement 8, 9.1, 9.2 et 9.3, parce qu'on a fait une erreur dans nos calculs.

Restant à votre entière disposition pour toute demande future, veuillez agréer, ...".

Outre que la firme ASWEBO a reconnu l'erreur commise pour quatre postes renseignés comme anormalement bas, elle n'a fourni aucune tentative d'explication pour les 14 autres postes anormalement bas ni pour les 5 postes anormalement hauts.

5. Le 19 février 1998, le bureau d'architectes auteur de projet a établi le rapport d'analyse des soumissions.

Ce rapport indique :

" J. CONFIRMATION DES PRIX
ASWEBO ayant obtenu le plus de points, nous lui avons demandé de nous confirmer les prix suivants :

<u>Postes anormalement bas</u> :
Postes 2; 6; 7.1; 7.2; 8; 9.1; 9.2; 9.3; 11; 16.2; 20; 27; 28.3; 42; 46.

<u>Postes anormalement haut</u> :
Postes 4; 21; 22; 24.

<u>Postes anormalement bas</u> :
Postes 7.1; 7.2; 8; 14.1;

<u>Postes anormalement haut</u> :
Postes 12.

Comme vous pourrez le lire à l'annexe 4, Aswebo refuse de confirmer ses prix unitaires. Après confirmation téléphonique, et avec son accord, nous sommes donc obligés de l'éliminer.".

6. Par une lettre datée du 20 février 1998 et, selon la requête, à la suite d'une conversation téléphonique avec l'auteur de projet, la requérante a informé le bureau des architectes GUILLISSEN & ROBA que : "Par la présente, nous vous confirmons nos prix unitaires remis le 28/01/98 lors de l'adjudication concernée.".

Il résulte de l'instruction que cette lettre n'a pas fait suite à une demande de justification relative à des prix apparemment anormaux, lors de l'examen des offres par le bureau d'architectes.

7. Le 19 mars 1998, la partie adverse a reçu par télécopie une analyse faite par des fonctionnaires de l'administration de la tutelle du Ministère de la Région wallonne portant d'une part, sur la question de la cotation des variantes libres et, d'autre part, sur l'offre ASWEBO; il y est indiqué :

" Par ailleurs, en ce qui concerne la Société ASWEBO qui retire son offre précisant ne pouvoir justifier ses prix suite à une erreur de calcul, nous vous signalons que l'article 105 § 1er et 2 1o de l'A.R. du 08 janvier 1996 dispose :
«Les modifications à l'offre déjà envoyée ou remise, ainsi que son retrait font l'objet d'une déclaration écrite, dûment signée par le soumissionnaire ou son mandataire. Le retrait de l'offre peut également être signifié par télégramme, télex ou télécopie, pour autant qu'il parvienne au Président de la séance d'ouverture des offres avant que cette séance ne soit déclarée ouverte.».

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente (...)".

8. Lors de la séance du 20 mars 1998, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse a décidé d'attribuer le marche à la société ASWEBO.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est formellement motivée de la manière suivante :

" Le Collège,

Vu la décision du Conseil communal en date du 24 novembre 1997, approuvant le cahier spécial des charges relatif aux travaux d'égouttage, de voirie et de plantations à réaliser dans le cadre du projet de construction de logements pour la Régie foncière à Rosières; et décidant de conclure le marché par appel d'offres général. Délibération approuvée par l'autorité de tutelle en date du 29 janvier 1998;

Vu l'avis de publication et l'avis rectificatif de publication en date des 19 décembre 1997 et 9 janvier 1998;

Vu le procès-verbal d'ouverture des soumissions en date du 28 janvier 1998;

Vu le rapport établi par le bureau Guillissen et Roba, auteur de projet, portant comparaison desdites offres tant du point de vue qualitatif que quantitatif;

Vu sa délibération du Collège du 26 septembre 1996 désignant l'auteur de projet;

Vu la décision de ce jour décidant de corriger la cotation des variantes libres compte tenu de leur intérêt réel et attribuant de ce fait 3 points à la Société Masset ce qui porte la cotation totale de cette firme à 44,02 et 1 point à la Société Arbel; ce qui porte la cotation totale de cette firme à 67.98 points ce qui modifie l'ordre de classement des soumissionnaires en plaçant Arbel en 3e position et Masset en 8e position;

Attendu que le Collège ne retient pas l'option d'élimination de la Société Aswebo compte tenu de l'importance minime des postes pour lesquels l'entreprise ne confirme pas ses prix unitaires et maintient donc le classement préalablement établi;

Attendu que les crédits nécessaires sont prévus au budget 1997 de la Régie foncière;

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

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

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;

Vu l'article 236 de la Nouvelle loi communale,

DECIDE, à l'unanimité :

- de confier à la S.A. ASWEBO, Booiebos 4 à 9031 Drongen-Gent, les travaux d'égouttage de voirie et d'espaces verts à réaliser dans le cadre du projet de constructions pour la Régie Foncière à Rosières pour la somme de 20.141.578 F TVAC

- de transmettre copies de la présente décision aux autorités supérieures pour information

PAR LE COLLEGE (...)".

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme ce qui suit en ce qui concerne la cotation des variantes libres visées dans la décision attaquée :

"En sa séance du 20 mars 1998, le Collège échevinal décide de rectifier la cotation des variantes libres compte tenu de leur intérêt réel. La société Masset se voit attribuer trois points supplémentaires ce qui porte sa cotation à 44,02 points et la Société Arbel 1 point supplémentaire ce qui porte sa cotation à 67, 98 points. L'ordre de classement est ainsi modifié : la Société Masset se retrouve en 8ème position et la Société Arbel en 3ème position.

(...).".

Interrogée à ce sujet, la partie adverse a répondu que: "S'il est vrai que la délibération du 20 mars 1998 se réfère à une décision prise le même jour, force est de constater qu'elle n'apparaît pas dans le procès-verbal.".

9. Par une lettre recommandée datée du 19 juin 1998, la partie adverse a notifié à la firme ASWEBO sa désignation comme adjudicataire des travaux et l'a invitée à constituer le cautionnement.

10. Par une lettre recommandée datée du 30 juin 1998, la requérante a demandé à la partie adverse de lui communiquer la décision motivée relative à l'attribution du marché, par application de l'article 25, § 1er, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

11. Par une lettre recommandée datée du 13 juillet 1998, la partie adverse, répondant à la demande de la requérante, a communiqué ce qui suit :

" Selon les prescriptions du cahier spécial des charges, l'attribution se basait sur 5 critères pondérés, l'offre réunissant le plus de points étant jugée la plus intéressante. Sur base du rapport des auteurs de projet et des corrections en séance du Collège du 20 mars 1998, le classement se présente comme suit :

ASWEBO	86,25 points sur 100
Matagne et Vandamme	69,29 points sur 100
Arbel	67,08 points sur 100

ce qui justifie l'attribution à la Société Aswebo. (...)".

12. Par une lettre recommandée datée du 3 août 1998, la requérante a accusé réception de la lettre de la partie adverse du 13 juillet 1998 dont le contenu ne pouvait, selon elle, être considéré comme étant la décision motivée d'attribution du marché.

Elle a invité en conséquence la partie adverse à expliciter clairement la nature des corrections apportées par le collège au rapport des auteurs de projet.

13. Par une lettre datée du 10 septembre 1998, la partie adverse, répondant à la lettre de la requérante du 3 août, a fourni les précisions suivantes :

" Faisant suite à votre demande du 3 août dernier, nous vous communiquons, ci-dessous, les résultats obtenus par votre entreprise en fonction des critères d'attribution :

- montant de l'offre (50 points)	29,98
- qualité technique des matériaux (15 points)	15
- délai d'exécution (15 points)	12
- références travaux similaires (10 points)	10
- intérêt des variantes libres proposées (10 points)	1

ce qui donne un total de 67,98 points (...)".

Considérant que la requérante demande non seulement l'annulation de la décision de la partie adverse d'attribuer le marché litigieux à la S.A. ASWEBO, mais encore l'annulation de la décision de ne pas lui attribuer le marché;

Considérant qu'en appel d'offres, la requérante n'est pas recevable à poursuivre l'annulation de la décision implicite de refus de lui attribuer le marché, dès lors qu'elle ne peut se prévaloir d'aucune disposition législative ou réglementaire dont il ressortirait que la partie adverse aurait dû lui attribuer le marché; que, sur cet objet, la requête n'est pas recevable;

Considérant que la requérante prend un moyen, le second de la requête, de la " violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 89, 110 et 115 , 4ème alinéa, et 116 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et de la disposition du cahier spécial des charges intitulée «article 1216 - durée de validité des offres»"; qu'elle affirme, en une première branche, que par la décision attaquée, la partie adverse a attribué le marché à la société anonyme ASWEBO, alors qu'après le dépôt de son offre, mais pendant la durée de validité de celle-ci, cette société a informé la partie adverse ou l'auteur de projet que les prix qu'elle avait remis pour certains postes étaient incorrects, sans cependant ni confirmer ni rectifier ceux-ci, qu'ainsi, elle a violé l'article 116 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, qui prévoit que les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de 60 jours de calendrier, prenant cours le lendemain du jour de l'ouverture des offres, à moins que le cahier spécial des charges ne prévoie un autre délai, ce qui est le cas en l'espèce, ce délai ayant été porté à 200 jours de calendrier; qu'elle soutient que, pendant ce délai, la S.A. ASWEBO n'a pu apporter des modifications, réserves ou changements à son offre; qu'elle affirme, en une seconde branche, qu'il résulte de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, ainsi que des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, que dans la procédure d'appel d'offres, le marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire ayant remis une offre régulière, qu'est nulle, de nullité absolue, et partant irrégulière, l'offre qui déroge aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, parmi lesquelles figurent les prescriptions relatives aux prix, qui exprime des réserves quant à ces prescriptions essentielles ou dont les éléments quant à celles-ci ne concordent pas avec la réalité, que cette nullité absolue s'impose d'autant plus lorsque les dérogations, réserves ou inexactitudes sont introduites après le dépôt de l'offre et pendant sa durée de validité, qu'en l'espèce, il semble que des discussions aient eu lieu entre le pouvoir adjudicateur, l'auteur de projet et la S.A. ASWEBO, alors que de pareilles discussions, portant sur un élément essentiel, sont interdites par l'article 115, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, et que l'illégalité ainsi commise est d'autant plus grave que les modifications ou réserves portent particulièrement sur le prix de l'offre, qui se voit attribuer 50 points sur 100, selon l'article 115 du cahier spécial des charges et l'avis rectificatif du 20 janvier 1998, ce qui en fait le critère d'attribution le plus important;

Considérant que la partie adverse répond, quant à la première branche, que, dans sa lettre du 19 février 1998, la S.A. ASWEBO a reconnu avoir fait des erreurs de

calcul, mais n'a pas rectifié son offre, qu'elle entendait donc la maintenir au même prix et qu'elle ne l'a, à aucun moment, modifiée ni assortie de réserves; que, quant à la seconde branche, la partie adverse affirme que l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, laisse à l'administration le pouvoir discrétionnaire de déclarer une offre nulle ou de l'écarter en raison du caractère anormalement bas ou élevé des prix unitaires, qu'en l'espèce, le bureau d'études voiries - espaces verts SURVEY & AMÉNAGEMENT a écrit, le 18 février 1998, à la S.A. ASWEBO pour lui demander de justifier les prix anormalement bas de son offre, que celle-ci a répondu, le 19 février 1998, qu'elle n'était pas à même de justifier ses prix pour les postes 8, 9.1, 9.2 et 9.3, en raison d'une erreur de calcul, que, cependant, le 20 mars 1998, le collège des bourgmestre et échevins a décidé de ne pas écarter l'offre de la S.A. ASWEBO, en raison de l'importance minime des postes pour lesquels elle ne confirmait pas ses prix et lui a attribué le marché; que, dans son dernier mémoire, la partie adverse affirme qu'en ne s'exprimant que sur 4 postes qu'elle a reconnus ne pouvoir confirmer, la S.A. ASWEBO entendait maintenir les prix des autres postes, qui ne faisaient pas difficulté, qu'il est "quelque peu abusif " d'interpréter les termes de sa lettre du 19 février 1998, selon lesquels elle demeure à l'"entière disposition" de l'auteur du projet "pour toute demande future", comme la reconnaissance d'une erreur, que cette lettre ne contient qu'une seule reconnaissance explicite qui concerne les postes de terrassements qui y sont mentionnés, que la "demande future" ne pourrait être qu'une autre demande émanant de l'auteur de projet et non une demande de consultation qui serait lancée ultérieurement par la commune et qu'interrogée par l'auteur de projet sur les prix, la S.A. ARBEL a répondu qu'elle confirmait ses prix unitaires sans apporter les justifications imposées par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, tandis que la S.A. ASWEBO n'a pas justifié ses prix pour les postes qu'elle indiquait et pour lesquels elle reconnaissait une erreur de calcul; qu'elle conclut que le collège des bourgmestre et échevins n'a commis aucune erreur en n'ayant en vue que les quatre postes de terrassement pour lesquels la S.A. ASWEBO reconnaissait une erreur et en considérant l'importance minime de ces quatre seuls postes;

Considérant que la requérante réplique que lorsque la S.A. ASWEBO a écrit, le 19 février 1998, qu'elle n'était pas à même de justifier ses prix pour les postes de terrassement parce qu'elle avait fait une erreur de calcul, elle a émis une réserve à propos de son offre, qu'elle a admis ainsi que ces prix étaient anormaux, qu'ils ne concordaient pas avec la réalité, que le fait qu'elle n'ait pas retiré son offre par écrit n'enlève rien à ce constat et à la violation de l'article 116 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et du cahier spécial des charges, que la partie adverse omet de répondre au moyen en ce qu'il est pris de la violation des articles 89 et 110, §§ 1er et 2, du même arrêté

royal, qu'elle avait l'obligation de prononcer la nullité absolue de l'offre, et qu'à supposer, quod non, qu'elle eût disposé à cet égard d'une compétence discrétionnaire, encore faudrait-il constater que l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation d'une gravité indéniable, qu'en effet, à la suite de la lettre que lui avait adressée le bureau d'études le 18 février 1998, la S.A. ASWEBO a reconnu, dans sa réponse du 19 février 1998, qu'elle ne pouvait justifier 4 des 24 prix litigieux et qu'elle n'a dit mot des 20 postes restants, qu'ainsi, elle n'a apporté aucune justification pour les postes dont les prix étaient considérés comme apparemment anormaux par l'auteur du projet, que, dès lors, la partie adverse ne pouvait attribuer le marché à la S.A. ASWEBO sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, qu'elle n'a pu régulièrement retenir son offre au motif de l'importance minime des postes pour lesquels l'entreprise ne confirmait pas ses prix, que n'étaient ainsi visés que les quatre postes énumérés dans le courrier du 19 février 1998, qu'elle n'aurait pu, en tout état de cause, considérer comme de minime importance les postes relatifs, notamment, à la démolition des surfaces (poste 2 - prix estimé 35.625 FB), aux déblais généraux (poste 4 - prix estimé 1.310.500 FB), aux terrassements pour canalisation d'égouttage (poste 6 - prix estimé 646.500 FB), à l'égouttage (poste 9.1 - prix estimé 310.000 FB), aux avaloirs (poste 9.2 - prix estimé 160.000 FB), aux raccordements particuliers (poste 9.3.- prix estimé 192.500), aux carreaux de béton (poste 20 - prix estimé 774.250 FB), aux tranchées et remblais (poste 42 - prix estimé 825.000), aux fournitures et tuyaux (poste 21 - prix estimé 1.034.400 FB), et aux raccordements particuliers (poste 24 - prix estimé 504.000), que le prix des 24 postes pour lesquels des justifications ont été demandées s'élevait à plus de 7.000.000 FB et représentait quelque 42% du prix total de la soumission de la S.A. ASWEBO; qu'elle conclut que la partie adverse avait l'obligation d'écarter l'offre de cette société, celle-ci étant nulle de nullité absolue, et que, s'il fallait admettre que la partie adverse disposait d'une compétence discrétionnaire, il s'imposerait de constater que la décision attaquée est entachée d'une erreur d'appréciation particulièrement grave;

Considérant que, ainsi que le fait apparaître sa lettre du 19 février 1998, la S.A. ASWEBO, réalisant l'erreur qu'elle avait commise en établissant son offre, n'a cherché à justifier aucun de ses prix unitaires, mais a admis que son offre devait être écartée comme irrégulière; que la formule finale de cette lettre "Restant à votre entière disposition pour toute demande future, veuillez agréer ..."ne laisse aucun doute à cet égard; que, toutefois, la même lettre fait ressortir que l'offre de la S.A. ASWEBO contenait, quant au prix de l'offre, qui s'est vu attribuer 50 points sur 100 par l'article 115 du cahier spécial des charges et l'avis rectificatif du 20 janvier 1998, des éléments qui ne concordaient pas avec la réalité; que, dès lors, la partie adverse n'avait pas à

comparer l'offre de la S.A. ASWEBO, qui était irrégulière, avec celle de la requérante; qu'en retenant comme motif déterminant de sa décision de lui attribuer néanmoins le marché "l'importance minime des postes pour lesquels (elle) ne confirm(ait) pas ses prix unitaires", la partie adverse a en outre commis une erreur manifeste d'appréciation, qu'elle ait qualifié de tels soit les quatre postes de terrassement pour lesquels la S.A. ASWEBO reconnaissait son erreur, perdant ainsi de vue les 19 autres postes pour lesquels aucune justification n'était produite, soit les 23 postes suspectés de prix anormaux, compte tenu de la part qu'ils représentaient dans le montant total du marché; que, dans cette mesure, le moyen est fondé;

D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision prise le 20 mars 1998 par le collège des bourgmestre et échevins de la Commune de Rixensart d'attribuer à la firme ASWEBO le marché de travaux portant sur la réalisation des voiries, égouttage et plantations sur un terrain situé à 1331 Rosières, rue Rosier-Bois.

Article 2.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatre mars deux mille cinq par :

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

Le Greffier, Le Président,

P. HARMEL. R. ANDERSEN.