

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 176.826 du 14 novembre 2007

G./A.153.586/VI-16.732

En cause : **la société anonyme BETONAC,**

 ayant élu domicile chez
 Mes André DELVAUX et
 Véronique BERTRAND, avocats,
 place des Nations-Unies, n° 7,
 4020 Liège,

 contre :

 la Région wallonne,
 représentée par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 9 juillet 2004 par la société anonyme BETONAC qui poursuit l'annulation de "la décision du 7 juin [lire 7 juillet] 2004 par laquelle la Région wallonne (...) a écarté son offre et a attribué le lot 1 à la société BODARWE";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu l'ordonnance du 15 mai 2007 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 5 octobre 2007, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 7 novembre 2007;

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

Entendu, en leurs observations, Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Olivier LEGRAND, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. THIBAUT, Auditeur;

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 ainsi qu'il suit :

1. Le 7 novembre 2003, le Bulletin des adjudications publie un avis portant sur un marché public de travaux, à passer selon le mode de l'adjudication publique, ayant pour objet l'exécution de travaux d'aménagements au circuit de SPA-FRANCORCHAMPS. Le marché est divisé en deux lots, le lot n/1, qui est visé par le présent recours, étant à la charge du budget 2003, le lot n/2 du budget 2004. Le cahier spécial des charges n/152-03/E97 régit les deux lots.

2. Le 21 novembre 2003, lors de la séance d'ouverture des soumissions, sont déposées pour le lot n/1 litigieux sept offres, à savoir :

"	1.	S.A. ABTECH	895 645,84 €
	2.	S.A. BAGUETTE	890 543,22 €
	3.	S.A. TRAGACO	905 250,60 €
	4.	S.A. NELLES FRERES	740 081, 56 €
	5.	S.A. VITHA TRAVAUX	910 118,10 €
	6.	S.A. BODARWE	673 383, 55 € - 2% sur P.U.
	7.	S.A. BETONAC	821 668, 52 €".

3. Le 24 novembre 2003, la Direction des routes de VERVIERS demande l'avis du Bureau des prix "compte tenu du fait que le montant de la soumission la moins disante (l'offre de la S.A BODARWE) se situe à - 21,16% de la moyenne des offres calculée conformément aux directives de l'A.R. du 08.01.96".

4. Le 25 novembre 2003, la S.P.R.L. COSETECH envoie à la Direction des routes de VERVIERS l'analyse des sept offres pour ce qui concerne la coordination "sécurité et santé". Les offres de la requérante, de la S.A. NELLES FRERES et de la S.A. BODARWE sont déclarées conformes.

5. Le 3 décembre 2003, le Bureau des prix adresse à la Direction des routes de VERVIERS la note suivante :

" Pour les postes principaux de cette adjudication, ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des Prix, le tableau DOC C2 (annexe 2) donne la comparaison entre les prix des deux offres les plus basses, ceux de l'estimation initiale et les moyennes statistiques du Bureau des Prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent 82,90 % du total de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation rectifiée du Bureau des Prix, une surévaluation de l'estimation initiale de 3,29 %. Quant à l'offre la plus basse BODARWE, elle se situe 12,17 % en dessous de cette estimation rectifiée.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix. Elle atteint 618.865,87 €. Par rapport notamment à cette estimation rectifiée, on peut évaluer l'importance des postes à prix apparemment anormal relevés chez les deux plus bas soumissionnaires :

Offres Montants (hors T.V.A.)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix	Postes à prix apparemment anormal	Importance de ces postes dans l'offre en question	Importance de ces postes dans l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix
1. BODARWE (545.385,02 €)	- 11,87%	21-22-24-56-81	12,96%	15,38%
2. NELLES FRERES (611.637,65 €)	-1,17%	9-34-57	4,98%	4,27%

On constate donc que :

1. L'offre la plus basse BODARWE s'écarte de -11,87% de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix.
2. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une relativement grande importance (15,38 % du total de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix).

En fonction des critères habituels du Bureau des Prix, la conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement suspecte. Il y aurait donc lieu de demander à l'entrepreneur la justification des prix litigieux remis par lui dans cette adjudication sur base de l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8.1.1996.

Votre Direction est la mieux à même de porter un jugement sur la pertinence des arguments que l'entrepreneur avancera.

D'autre part, comme le montant global de l'offre BODARWE est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions dont le calcul est prévu à l'article 110 § 4 de l'A.R. du 8.1.1996, il est indispensable de demander à l'entrepreneur la justification du montant global de l'offre comme l'impose le même A.R. du 8.1.1996.

Votre Direction est ici aussi la mieux à même de porter un jugement sur les arguments de l'entrepreneur. Toutefois, afin d'uniformiser les réactions de l'Administration en cette matière, avant toute décision finale, l'avis complémentaire de la D.G.4 (D.412) devrait être demandé.

Dans l'éventualité où l'offre BODARWE devrait être déclarée irrégulière et écartée pour justifications inacceptables, l'offre NELLES FRERES, classée deuxième, devrait être prise en considération. Cette offre ne s'écarte que de -1,17% de notre estimation rectifiée généralisée et l'importance des postes à prix apparemment anormal est relativement faible (4,27%). La conjonction de ces deux paramètres, selon nos mêmes critères d'appréciation, nous permet de conclure que l'offre NELLES FRERES pourrait, le cas échéant, être acceptée directement sans demande de justifications de prix unitaires. En outre, cette offre ne tombe pas sous le coup de l'article 110 § 4 de l'A.R. du 8.1.1996 (justification du montant global).".

6. Le 4 décembre 2003, la Direction des routes de VERVIERS demande à la S.A. BODARWE une "justification écrite et détaillée" des prix pour les postes 21, 22, 24, 56 et 81 ainsi que du montant global de la soumission.

7. Le 10 décembre 2003, la S.A. BODARWE répond que, pour ce qui concerne la justification globale du montant de son offre, elle bénéficie d'avantages significatifs par rapport à la plupart de ses concurrents car elle fabrique l'essentiel des matières premières nécessaires au chantier (empierrements, tarmac, béton et tuyaux), qu'elle bénéficie d'une grande expérience de travaux au circuit et que le délai d'exécution très court améliore les rendements tout en diminuant les frais généraux. Les justifications, poste par poste, sont ensuite exposées.

8. Le même jour, la Direction des routes de VERVIERS et l'ingénieur principal des Ponts et Chaussées-chef de service signent une "demande d'approbation d'une soumission" pour le lot n/1.

Cette "demande" établit d'abord un "classement des soumissions par ordre de valeurs croissantes" et contient ensuite une "proposition" d'attribution du marché à la S.A. BODARWE qui est considérée comme l'offre régulière la plus basse. Cette proposition d'attribution s'appuie sur la justification suivante :

" Etant donné l'écart entre le soumissionnaire le plus bas et la moyenne des soumissionnaires calculée suivant l'A.R. 08.01.96, l'avis du Bureau des Prix a été sollicité. Il conclut que l'offre de la Société BODARWE présente des prix anormalement bas pour les postes 21, 22, 24, 56 et 81. Mon service a donc demandé à la S.A. BODARWE de justifier les prix de ces postes ainsi que le montant global de son offre. La S.A. BODARWE a fourni une justification complète et détaillée (cfr annexe). Et mon service estime que son offre est dès lors acceptable. La société BODARWE est valablement enregistrée et agréée à ce jour.".

Le document de proposition d'attribution mentionne également ce qui suit:

" Justification de l'écart entre la proposition et l'estimation : - 13, 81%
Application de l'A.R. du 08/01/96: - 21,16%".

9. Le 18 décembre 2003, le directeur général des Ponts et Chaussées approuve l'offre de la S.A. BODARWE pour le lot n/1 par la mention manuscrite suivante : "approuvé au montant de 659.915, 93€".

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 9 janvier 2004, la partie adverse notifie à la S.A. BODARWE l'approbation de sa soumission.

Selon le dernier mémoire de la partie adverse, "les travaux, débutés en janvier 2004, ont pris fin le 30 juin 2004".

10. Le 29 juin 2004, la requérante demande à la partie adverse de lui "adresser, dans les meilleurs délais, copie de la décision motivée concernant le lot 1".

Le 7 juillet 2004, l'ingénieur principal des Ponts et Chaussées-chef de service répond à la requérante que "la décision motivée d'attribution du marché pour le lot 1 est de l'attribuer au soumissionnaire régulier le moins disant, à savoir la S.A. BODARWE";

Considérant, quant au dossier administratif, qu'en annexe au mémoire en réponse, la partie adverse n'a communiqué qu'une partie du dossier administratif en indiquant que "cette communication partielle est justifiée par le souci de ne pas dévoiler des informations confidentielles, comme les prix unitaires remis par l'adjudicataire (art. 25, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996)"; que par une lettre du 25 janvier 2007, l'auditeur rapporteur a demandé à la partie adverse le dépôt de l'intégralité de l'offre de la S.A. BODARWE, l'avis du bureau des prix du 3 décembre 2003, la demande de justification des prix à la S.A. BODARWE, la justification des prix apportée par la S.A. BODARWE, la notification de la décision d'attribution, le certificat d'agrément de la S.A. BODARWE ainsi que les documents relatifs à la sécurité du chantier; que le 12 mars 2007, le conseil de la partie adverse a déposé auprès de l'auditeur rapporteur les documents sollicités en exposant que "ces documents contiennent des données confidentielles tenant au secret des affaires qui ne peuvent donc être révélées aux tiers, en ce compris aux parties au présent litige" et, plus particulièrement, que sont visées les données relatives aux prix unitaires remis par la S.A. BODARWE, à savoir les pièces complémentaires 1, 2, 3 et 5; que les pièces complémentaires ont été jointes par l'auditeur rapporteur au dossier administratif, les données qualifiées de "confidentiel-

les" étant retirées dudit dossier, et dès lors soustraites à la consultation des parties, et portées à la connaissance de la chambre;

Considérant qu'il en résulte que dans un premier temps, la partie adverse a opéré une sélection parmi les pièces composant le dossier administratif et n'a communiqué au Conseil d'Etat qu'une partie de celui-ci; que ce n'est qu'à la demande de l'auditeur rapporteur et après l'échange des mémoires que la partie adverse a transmis au Conseil d'Etat l'intégralité du dossier administratif; qu'il convient de rappeler qu'en application des articles 21, alinéas 3 et 4, et 21bis, § 1^{er}, alinéas 7 et 8, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 6 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, la partie adverse, ou l'autorité qui le détient, est tenue de déposer un dossier complet, comprenant l'ensemble des pièces sur lesquelles elle s'est fondée pour prendre sa décision, et ne peut se réserver le droit de choisir quelles sont les pièces qui seront soumises au débat contradictoire; que ce dossier administratif doit exister au moment où est prise la décision attaquée qui en constitue une des dernières pièces; qu'il ne peut être admis que ce dossier soit modifié de quelque façon à la suite et en raison du recours introduit devant le Conseil d'Etat; que c'est son intégralité qui doit être transmise au greffe en même temps que le mémoire en réponse; qu'il n'appartient pas, notamment à la partie adverse, d'opérer un tri parmi les pièces composant ce dossier administratif, quels que soient les critères de ce tri, et de décider ainsi de ce qui est utile au Conseil d'Etat pour apprécier la régularité de la décision attaquée;

Considérant que le caractère confidentiel de certaines pièces du dossier administratif tenant au respect du secret des affaires, pour autant qu'il soit établi et reconnu par le Conseil d'Etat, ne dispense en aucune manière la partie adverse de son obligation de déposer l'ensemble du dossier administratif auprès du Conseil d'Etat; que le dépôt du dossier administratif est prescrit par la législation dans le but de permettre au juge de statuer sur la base d'une connaissance aussi précise que possible des circonstances de fait et des motifs de droit qui ont conduit à l'élaboration de l'acte attaqué; qu'il revient par après au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de certaines pièces contenues dans le dossier administratif, en faisant la balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires, en vue de soumettre ces pièces à la contradiction des parties ou, au contraire, en vue de les y soustraire;

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité du recours tenant au défaut d'intérêt de la société requérante à contester l'acte attaqué; qu'elle expose que la société requérante ne retirerait aucun avantage de

son annulation, que sa soumission étant classée en troisième position, même en cas d'annulation, le marché ne pourrait lui être attribué eu égard à 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; que dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute qu'il en va d'autant plus ainsi que le marché a entre-temps été conclu avec la S.A. BODARWE et entièrement réalisé par celle-ci;

Considérant qu'un soumissionnaire à une procédure d'adjudication a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision qui attribue le marché à un concurrent; que l'intérêt au recours relatif à une telle procédure n'exige pas que la requérante ait remis la soumission régulière la plus basse ou soit classée comme deuxième "moins-disant"; que tout soumissionnaire ayant remis une offre considérée comme régulière par le pouvoir adjudicateur a intérêt à faire contrôler par le Conseil d'Etat la régularité de la procédure d'attribution du marché, quel que soit le classement de sa soumission; que l'exception ne saurait être accueillie;

Considérant que la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, le marché est exécuté en manière telle que la requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la requérante de son intérêt au recours en annulation; qu'elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée; que l'exception d'irrecevabilité est manifestement non fondée;

Considérant que la partie adverse conteste encore la capacité et la qualité à agir de la requérante en exposant que celle-ci doit établir que la décision d'introduire le présent recours et de désigner son conseil a été prise par son organe statutairement compétent et que les formalités des actes de désignation des membres de cet organe ont bien été accomplies;

Considérant que la partie requérante a joint à sa requête ses statuts tels que publiés au Moniteur belge ainsi que la publication de la nomination des administrateurs ayant pris la décision d'agir; que, conformément à l'article 16 des statuts, la requérante peut notamment être représentée en justice par deux administrateurs; que l'exception n'est pas fondée;

Considérant que la société requérante prend un moyen, le second de la requête, devenu le troisième moyen dans le mémoire en réplique, de "la violation de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, des articles 16 à 19, 25 et 116 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 ainsi que des principes de transparence et de bonne administration"; qu'elle expose qu'il semble que la décision motivée d'attribution du marché public querellé n'existe pas en dehors du courrier lui adressé du 7 juin 2004 et que le pouvoir adjudicateur n'a pas vérifié que l'attributaire répondait aux critères de sélection ou avait déposé une offre régulière;

Considérant que la partie adverse répond que la décision motivée d'attribution "est constituée par le document intitulé «demande d'approbation d'une soumission» établi par la Direction territoriale de Verviers, tel qu'il a été approuvé le 18 décembre 2003 par la Direction générale des autoroutes et des routes", que la lecture de ce document d'analyse montre que la partie adverse a bien examiné la régularité des offres, que, par ailleurs, la requérante n'est pas fondée à se prévaloir d'un manquement de motivation formelle car le motif de cette décision lui a été communiqué le 7 juillet 2004 en telle sorte que l'objectif de la loi du 29 juillet 1991 précitée a été atteint;

Considérant que si la motivation en matière d'adjudication peut être succincte, la décision d'attribution du marché doit faire ressortir en quoi l'offre retenue est l'offre régulière la plus basse; qu'il ressort du point 10 de l'exposé des faits qu'en réponse à la demande du 29 juin 2004 de la requérante de lui "adresser, dans les meilleurs délais, copie de la décision motivée concernant le lot 1", la partie adverse lui a transmis, le 7 juillet 2004, un courrier se contentant d'indiquer que "la décision motivée d'attribution du marché pour le lot 1 est de l'attribuer au soumissionnaire régulier le moins disant, à savoir la S.A. BODARWE"; qu'un tel libellé ne rencontre pas les exigences de la loi du 29 juillet 1991; qu'en effet, ce document se contente de reproduire les termes de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 sans contenir la moindre indication, même chiffrée, sur les motifs qui ont conduit la partie adverse à retenir la S.A. BODARWE comme adjudicataire; qu'à supposer qu'il faille considérer, comme étant la décision motivée d'attribution du marché, l'approbation, le 18 décembre 2003, de l'offre de la S.A. BODARWE par le directeur général des Ponts et Chaussées, il y a lieu d'observer que, la requérante en eût-elle eu connaissance, ce que la partie adverse n'établit pas, cette "décision" n'est pas plus motivée puisqu'elle

consiste en la mention manuscrite suivante: "approuvé au montant de 659.915, 93€";
que le moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 7 juillet 2004 par laquelle la Région wallonne a attribué à la société anonyme BODARWE le lot 1 du marché régi par le cahier spécial des charges n/152-03:E97, N62-605-640 Stavelot-Malmédy-Aménagements divers au circuit de Spa-Francorchamps.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze novembre deux mille sept par :

M^{me} WILLOT-THOMAS,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} MOREL,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

C. MOREL.

M.-L. WILLOT-THOMAS.