

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 176.827 du 14 novembre 2007

G./A.169.565/VI-17.095

En cause : **la société anonyme CAROPOSE,**
rue des Sandrinettes, n° 33,
7033 Cuesmes,

contre :

**le centre public d'action sociale
de la ville d'Ath.**

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 18 janvier 2006 par la société anonyme CAROPOSE qui demande l'annulation des décisions suivantes :

- " - la décision du Centre Public d'Action Sociale de la Ville d'Ath de considérer comme régulière la soumission de la S.A. M & M CERAMIC d'Ath dans le cadre de l'adjudication publique du 12 septembre 2005 du lot 6, chape et carrelage relativement à la création d'un espace résidentiel de 32 habitations pour personnes âgées, clos du Grand Houx, rue des Sports à Ath;
- la décision du Centre Public d'Action Sociale de la Ville d'Ath du 12 octobre 2005 de déclarer adjudicataire la S.A. M&M CERAMIC d'Ath pour le marché dont s'agit ci-dessus et partant la décision implicite de ne pas adjuger les travaux en question à la partie requérante.";

Vu l'arrêt n° 157.257 du 31 mars 2006 qui rejette la demande de suspension de l'exécution des deux décisions attaquées;

Vu la demande de poursuite de la procédure déposée le 3 mai 2006 par la partie requérante;

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

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 Jean-Michel MAGUIN VREUX, avocat, comparaissant pour la requérante et Me Julie GRAULICH, loco Me Henri GRAULICH, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, 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 sont les suivants :

1. En sa séance du 29 septembre 2003, le conseil communal de la ville d'Ath approuve le projet de création d'un espace résidentiel de 32 habitations pour personnes âgées sur le site du Grand Houx à Ath ainsi que les travaux de construction et de parachèvement de ces habitations qui font l'objet de dix lots séparés, et choisit l'adjudication publique comme mode de passation de ces marchés.

2. Le lot n° 6, intitulé "chapes et carrelages", est mis en adjudication par un avis de marché du 1^{er} octobre 2004. Le 23 novembre 2004, jour de l'ouverture des offres, trois soumissions, dont celle de la requérante, sont déposées. Le 25 janvier 2005, le collège des bourgmestre et échevins décide d'attribuer le lot 6 à la société requérante, celle-ci ayant remis l'offre régulière la plus basse.

3. Par une lettre du 22 juin 2005, la partie adverse informe les trois soumissionnaires précités que "l'adjudication du 23 novembre 2004 est annulée" et qu'une nouvelle procédure sera lancée sous peu.

4. Le 27 juin 2005, le bureau permanent du centre public d'action sociale approuve le nouveau cahier spécial des charges du lot 6 «chapes et carrelages» et l'avis de marché.

Par rapport au projet initial, les modifications techniques apportées au cahier spécial des charges du lot 6 ont trait, d'une part, au carrelage du garage désormais identique à l'espace habitation et, d'autre part, à la pose par emboîtement d'un parquet stratifié dans la chambre située au premier étage, le projet initial n'y ayant prévu aucun revêtement.

Il importe de relever que l'addition de ce nouveau poste n'a pas entraîné de modification du cahier spécial des charges concernant l'agrément requise, l'auteur de projet considérant que les travaux sont rangés dans la sous-catégorie D10 et dans la classe 2.

5. Le 8 juillet 2005, l'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications. L'ouverture des soumissions est fixée au 12 septembre 2005 à 10 heures.

6. Selon le procès-verbal d'ouverture des soumissions, trois firmes ont soumissionné :

" 1. M & M CERAMIC SPRL de Ath	250.080,91 €, T.V.A.C.
2. DE TEGELHAL BVBA de Wolvertem,	319.075,68 €, T.V.A.C.
3. CAROPOSE de Cuesmes,	250.080,31 €, T.V.A.C."

Pour les quatre postes relatifs au parquet stratifié, le bordereau de soumission de la partie requérante porte, dans la colonne "prix unitaire", la mention "non concerné", la dernière colonne "somme" étant laissée en blanc. Il s'ensuit que le montant total de la soumission de 250.080,31€ ne comporte pas le coût des travaux pour la pose du parquet stratifié.

Par contre, les deux autres soumissionnaires ont pour leur part remis prix pour ces quatre postes. A titre indicatif, le montant total hors T.V.A. des prix relatifs à ces quatre postes s'élève à 43.603,90€ dans la soumission DE TEGELHAL et à 21.556,75€ dans la soumission M&M CERAMIC.

7. Le rapport d'examen des soumissions dressé le 29 septembre 2005 signale, en page 3, cette omission dans l'offre de la partie requérante (point 3.3) et indique la manière dont il y est remédié, à savoir, en application de l'article 112, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de services publics, l'ajout dans l'offre de la requérante, pour les quatre postes litigieux, de prix unitaires pondérés sur la base des offres des deux autres soumissionnaires.

A la suite de cette rectification, le classement des soumissions s'établit comme suit:

- | | |
|-----------------------------|---------------------------|
| " 1. M & M Ceramic s.p.r.l. | 223.286,55 € hors T.V.A. |
| 2. Caropose s.a. | 256.123,97 € hors T.V.A. |
| 3. De Tegelhal b.v.b.a. | 284.889,02 € hors T.V.A." |

Le rapport d'examen des soumissions propose en conclusion la désignation de la firme M&M CERAMIC.

8. En sa séance du 12 octobre 2005, le conseil de l'action sociale, reprenant l'essentiel du rapport d'examen des soumissions, désigne la S.A. M & M CERAMIC au montant de 250.080,94 €, T.V.A. comprise, et transmet une ampliation de ladite décision au collège des bourgmestre et échevins d'Ath ainsi qu'au gouverneur de la province de Hainaut.

Il s'agit de l'acte attaqué.

9. Le 9 novembre 2005, la partie adverse informe les firmes CAROPOSE et TEGELHAL de sa décision du 12 octobre 2005 précitée de ne pas choisir leur offre et de désigner en qualité d'adjudicataire la S.A. M & M CERAMIC.

10. Par télécopie du 21 novembre 2005, la partie requérante demande communication des motifs de son "éviction".

Par une lettre du 24 novembre 2005, la partie adverse fournit les motifs de la décision attaquée en ces termes :

- " Selon le rapport des auteurs de projet, les éléments de l'analyse de votre soumission sont les suivants :
- A l'ouverture, votre soumission était la moins-disante.
 - A l'analyse des conditions minimales de sélection qualitative, votre soumission était conforme.
 - Au contrôle des opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles dans la soumission, il s'avère que vous avez omis les prix unitaires et les sommes partielles des postes 51.6.A., 51.6.B., 51.6.C. et 51.6.D. Dès lors, il a été fait application des dispositions de l'article 112 § 4 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 (Application des prix unitaires moyens respectifs) afin de rendre toutes les offres comparables entre elles.
 - Après avoir corrigé les montants des soumissions retenues, compte tenu des corrections arithmétiques, des erreurs purement matérielles et des omissions, le

tableau comparatif servant de base au classement indiquait que votre soumission ne constituait plus l'offre régulière la plus basse.";

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 38 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'elle fait valoir que l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications indique que les soumissionnaires doivent être agréés en sous-catégorie D 10 (carrelages) sans indiquer qu'ils doivent également appartenir à la sous-catégorie D 15 qui concerne les revêtements de sol en bois, alors que le bordereau de soumission comporte un poste 51 : planchers et parquets en bois, de sorte que l'insertion de ce poste n'a pas été régulièrement annoncée; que dans le mémoire en réplique, la partie requérante "au regard des arguments développés par la partie adverse et dans son rapport par Monsieur l'auditeur au Conseil d'Etat, s'en réfère à l'appréciation du Conseil d'Etat sur le bien-fondé de ce moyen";

Considérant qu'en tant qu'il vise l'article 38 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, le moyen manque manifestement en droit, cette disposition ne s'appliquant qu'aux marchés de fournitures et non aux marchés de travaux qui sont régis par l'article 12 du même arrêté; que, pour sa part, l'article 12, 4/, du même arrêté prescrit d'indiquer "les conditions requises par la législation relative à l'agrément d'entrepreneurs de travaux"; que l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux dispose que :

" § 7. La catégorie ou sous-catégorie dans laquelle un marché comprenant des travaux, classés dans différentes catégories et/ou sous-catégories doit être rangé est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché.";

qu'en l'espèce, la pose du parquet stratifié représente environ 15% du montant total du marché; qu'il s'ensuit que les soumissionnaires ne devaient aucunement justifier d'une agrément en sous-catégorie D 15 (revêtements de sol en bois) pour effectuer les prestations relatives à la pose d'un parquet stratifié, dès lors que le montant de cette partie de l'ouvrage ne représentait qu'un pourcentage nettement minoritaire; que le premier moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'elle soutient que la partie adverse ne l'a pas invitée, avant d'écarter son offre, à fournir les justifications nécessaires, que cette précaution répond à "des règles élémentaires de bonne administration : ne décider qu'en parfaite connaissance de cause, respecter les droits

de la défense comme le devoir de motivation formelle des actes administratifs", et que "les dispositions et principes prérappelés commandaient que la partie adverse interroge la partie requérante sur ce qui avait pu motiver qu'en regard de quatre postes de sa soumission (ceux relatifs à la pose de parquet stratifié) elle ait fait figurer la mention manuscrite «non concerné»";

Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante se réfère au Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6ème édition, p. 967, n/ 7; qu'elle énonce que "certes, l'article 110 § 3 ne vise que l'hypothèse mise en avant par la partie adverse - soit «l'écartement d'une offre à caractère anormalement bas» - alors que l'article 25 §2 de l'ancien A.R. du 22 avril 1977 (disposition correspondante) contenait l'adverbe «notamment», ce qui a permis aux auditeurs Aelbrecht, Fortpied et Mendiaux (CE 7 janvier 1986, Entr. et Dr. 1989, p. 61 et 70; arrêts n/ 31.693 du 11 janvier 1989 et n/ 32.759 du 16 juin 1989) de défendre avec succès la thèse que le caractère normal de certains prix n'était donné qu'à titre exemplatif; que la disparition de cet adverbe dans le nouveau texte légal, restée sans la moindre justification (voir PV n/ 574 du 4 juillet 1994 de la Commission des marchés), ne permet pas de retenir l'interprétation proposée par la partie adverse qui fait manifestement fi des règles élémentaires de bonne administration qui commandent à tout pouvoir adjudicateur de ne prendre des décisions qu'en parfaite connaissance de cause, en respectant de manière élémentaire les droits de la défense";

Considérant que dans son dernier mémoire, la requérante ajoute qu'aucune explication ne justifie que la suppression de l'adverbe notamment dans l'article 25, § 2, de l'ancien arrêté royal du 22 avril 1977, devenu depuis l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, puisse entraîner une réduction des droits de la défense à la seule hypothèse de l'irrégularité d'une offre tenant au caractère anormalement élevé ou bas des prix de celle-ci, qu'interroger un soumissionnaire avant d'écarter son offre comme étant irrégulière "constitue un excellent moyen de transparence", que "cette façon de faire peut être une bonne manière de préserver le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires en clarifiant des situations susceptibles d'engendrer a posteriori des fraudes au détriment de l'administration";

Considérant que la procédure prévue à l'article 110, § 3, visé au moyen ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur considère que certains prix unitaires ou globaux contenus dans une offre paraissent anormaux; que

l'on ne peut y assimiler le cas tout différent de postes d'un bordereau de soumission pour lesquels aucun prix unitaire n'a été remis par un soumissionnaire, hypothèse par ailleurs réglée par l'article 112, § 4, du même arrêté; que la régularité d'une offre s'apprécie en principe sur la base de l'offre elle-même, c'est-à-dire des éléments que le soumissionnaire y a consignés, le pouvoir adjudicateur n'ayant aucune obligation sur ce point de prendre contact avec le ou les soumissionnaires concernés pour obtenir des explications complémentaires; que le principe des droits de la défense n'est pas applicable à la procédure d'attribution d'un marché public; que le principe d'égalité qui n'est pas d'ordre public est invoqué tardivement dans le dernier mémoire; que le deuxième moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la violation de l'article 112, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; qu'elle expose que l'acte attaqué a considéré comme une omission l'absence, dans son offre, de prix unitaires au regard des quatre postes relatifs à la pose d'un parquet stratifié, alors qu'il s'agissait d'une volonté délibérée de ne pas remettre de prix pour ces postes, ce qu'indiquait la mention "non concerné";

Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante développe une nouvelle branche au moyen en affirmant que le prix remis par la firme M&M CERAMIC, pour le poste 51.6.A. ("prix au m² de parquet stratifié"), aurait été anormalement bas et n'aurait pas fait l'objet de vérifications; qu'elle fait valoir que "le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à ce sujet est toujours susceptible d'un contrôle du Conseil d'Etat (voir par exemple l'arrêt n/ 58.037 du 7 fév. 1996) dès lors qu'il doit spécialement motiver sa décision; qu'en l'espèce, la décision prise par la partie adverse de faire application de l'article 112 §4 s'est trouvée faussée par l'effet du prix anormalement bas pratiqué (...) par la firme SA M & M Ceramic et qui n'a donné lieu à aucune demande d'explications en contravention à l'article 110 prérappelé; qu'il eût fallu en réalité que la partie adverse procède comme indiqué à l'article 112 §2 4/ et dès lors ne tienne pas compte de l'offre de la SA M & M Ceramic pour calculer le prix du poste jugé omis par la partie requérante."; que dans son dernier mémoire, la requérante ajoute que "pour rectifier sa soumission, la partie adverse a pris en considération les prix offerts par la SPRL M & M CERAMIC alors que le plus important d'entre eux avait été qualifié par (l'auteur de projet) de «prix anormalement bas» et qu'il n'a fait l'objet d'aucune demande de justification", et que le comparatif des soumissions mettait aussi en évidence un autre prix anormalement bas proposé par la même firme, à savoir le prix unitaire relatif au poste 45.13;

Considérant que l'article 112, § 4, précité de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose :

" § 4. Lorsque pour un poste quelconque du métré récapitulatif un soumissionnaire d'un marché public de travaux n'a indiqué ni prix unitaire, ni somme forfaitaire, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en y appliquant les dispositions du § 2.";

Considérant, en ce qui concerne le moyen tel que libellé dans la requête, que cette disposition ne distingue pas l'omission intentionnelle de l'omission involontaire; que, face à l'absence, dans la soumission de la partie requérante, de remise de prix pour les quatre postes relatifs au parquet stratifié, la partie adverse avait le choix entre soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en y appliquant les dispositions du § 2; qu'en l'espèce, elle a décidé de corriger la soumission de la requérante conformément au § 2; que ce faisant, la partie adverse a opté pour la solution la plus favorable à la requérante; qu'il s'ensuit que celle-ci n'a pas intérêt au moyen qui, à le supposer fondé, conduirait à la conclusion que sa soumission aurait dû être écartée comme irrégulière;

Considérant, en ce qui concerne la nouvelle branche du moyen telle qu'elle résulte du mémoire en réplique et du dernier mémoire de la partie requérante, que cette dernière se fonde sur la remise par la firme M&M CERAMIC d'un prix qualifié d' "anormalement bas" pour le poste 51.6.A. "prix au m² de parquet stratifié" pour soutenir que la partie adverse n'aurait pas dû tenir compte de ce prix pour calculer le prix du poste omis dans sa soumission; que cette branche qui n'a pu être soulevée qu'à la lecture du dossier administratif est recevable;

Considérant que l'article 112, §2, 4/, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité dispose comme suit :

" 4/ Pour calculer les prix d'un poste omis, conformément aux 1/ et 2/, le pouvoir adjudicateur peut ne pas tenir compte d'une offre dans laquelle le prix offert pour le poste omis est anormal.";

Considérant que le rapport d'examen des soumissions du 29 septembre 2005 indique ce qui suit :

" 5.- Prix unitaires anormaux
(...)
1) M&M Ceramic s.p.r.l.

Poste 51.6.A. : prix «anormalement bas»; cela nous paraît peu représentatif vu que Caropose a omis ce poste et donc l'analyse ne se fait que vis-à-vis de 2 adjudicataires;

2) De Tegelhal b.v.b.a.

Poste 44.14 : prix «anormalement bas»; ce soumissionnaire étant dernier du classement, il ne nous paraît pas utile de l'interroger à ce propos;

3) Caropose s.a.

Néant

Vérification du caractère normal du prix global de la soumission (art 110§4 de l'A.R. du 08/01/96) : vu que la soumission ne comporte que 3 offres, la règle des 15% ne s'applique pas ici.";

que la partie adverse s'est ralliée dans la décision attaquée à cette analyse;

Considérant, d'une part, que ce faisant, la partie adverse a indiqué les motifs, non autrement critiqués par la partie requérante, pour lesquels elle considérait qu'il n'y avait pas lieu de retenir la qualification de "prix anormalement bas" à l'égard du prix remis par l'adjudicataire pour le poste 51.6.A.; qu'à défaut d'élément avancé par la partie requérante, le moyen manque en fait;

Considérant, d'autre part, que selon l'article 112, § 2, 4/ précité, la partie adverse avait la faculté mais non l'obligation de ne pas tenir compte du prix litigieux pour calculer le prix du poste omis dans la soumission de la partie requérante; qu'il s'ensuit que la partie adverse n'a pas violé cette disposition;

Considérant que le troisième moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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.