

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 195.797 du 7 septembre 2009

G./A.190.692/VI-18.029

En cause : **la société anonyme AQUA YPSOROOF,**

ayant élu domicile chez
Me Noël PLUMAT, avocat,
rue des Alliés, n° 1,
7080 Frameries,

contre :

la ville de Peruwelz.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 12 décembre 2008 par la société anonyme AQUA YPSOROOF qui demande l'annulation de "la décision prise, le 29 mai 2008, par la partie adverse d'attribuer le marché relatif aux «travaux d'urgence de l'école de Bon-Secours» à un autre soumissionnaire et [...] la décision implicite de ne pas retenir la soumission de la partie requérante, tel que cela lui a été notifié par la Ville de Peruwelz par fax en date du 14 octobre 2008 bien que le courrier [soit] daté du 27 juin 2008";

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, rédigé sur la base de l'article 93 du règlement général de procédure;

Vu l'ordonnance du 4 août 2009 convoquant les parties à comparaître le 1^{er} septembre 2009 à 09.30 heures;

Vu la notification de cette ordonnance et du rapport aux parties;

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

Entendu, en leurs observations, Me Olivier EMSIX-MESTREIT, loco Me Noël PLUMAT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Jean FELIX, chef de bureau technique, 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 31 mars 2008, le conseil communal de la partie adverse décide de lancer un marché de travaux, à passer selon la procédure d'adjudication publique, ayant pour objet la "construction de classes primaires standard «passif» en ossature bois pour l'Ecole Communale de Bon-Secours sis à 7603 Bon-Secours, rue des Sapins n° 25".

Le cahier spécial des charges impose qu'à l'offre soit notamment joint le métré récapitulatif annexé au cahier spécial des charges, dûment signé et complété.

2. Le 22 avril 2008, l'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications.

3. Le 26 mai 2008, jour de l'ouverture des offres, il est constaté que trois offres ont été déposées, à savoir :

- | | |
|-------------------|--------------------|
| - AQUA YPSOROOF: | 274.908,78 € HTVA; |
| - INTERCONSTRUCT: | 283.289,49 € HTVA; |
| - FALCO: | 306.342,98 € HTVA. |

4. Il résulte du rapport d'examen des offres effectué par les services techniques de la partie adverse que :

- la requérante est agréée en classe 1 pour les catégories D et D1 et a introduit le 17 mai 2008 une demande d'agrégation en classe 2 qu'elle a obtenue finalement le 29 juillet 2008;

- une correction arithmétique, qui n'est pas contestée et qui est relative à la divergence entre la mention d'un prix en toutes lettres et celle en chiffres, est effectuée pour ce qui

concerne l'offre de la requérante à propos du poste 15.1 (élévateur de type vertical), correction qui porte le total de l'offre à 275.708,78 € HTVA;

- la requérante a omis 6 postes dans le métré récapitulatif joint à sa soumission, à savoir :

Poste 4.7. groupe hydrophore évalué à :	711,11 €
Poste 5.4.1. remontées périphériques évalué à :	1.285,10 €
Poste 8.2.3. pare-pluie et pare-vent évalué à :	1.098,36 €
Poste 04.00.0001. percements évalué à :	436,92 €
Poste 04.00.0002. ragréage évalué à :	225,12 €
Poste 04.06.6010. module de compensation évalué à :	845,52 €.

- après ajout des postes omis, le classement est rectifié comme suit (rapport, p. 7) :

SA INTERCONSTRUCT :	278.089,53 €
SA YPSOROOF :	280.310,91 €
SA FALCO :	305.609,64 €.

Les services techniques communaux concluent leur analyse comme suit (rapport p.8) :

" La S.A. Interconstruct ayant remis une offre régulière et la plus basse, nous conseillons au collège des bourgmestre et échevins de désigner la S.A. Interconstruct adjudicataire du marché des travaux d'urgence de l'école de Bon-Secours pour un montant de 336.488,33 € TVAC."

5. Le 29 mai 2008, le collège communal de la partie adverse désigne la S.A. INTERCONSTRUCT en qualité d'adjudicataire du marché.

Il s'agit de l'acte attaqué.

6. La partie adverse soutient avoir informé, le 27 juin 2008, la requérante de ce que son offre n'avait pas été retenue. Elle produit un extrait de ce qu'elle appelle l'indicateur de sortie de l'administration communale, dans lequel apparaît, sous le numéro 8278, l'indication d'un pli à la partie requérante.

7. La partie requérante déclare avoir pris connaissance de la décision attaquée par une télécopie reçue le 14 octobre 2008 portant copie d'une lettre datée du 27 juin 2008.

8. Le 10 novembre 2008, la requérante demande à la partie adverse une copie de la décision motivée d'attribution et du rapport d'analyse des offres, lesquels lui sont transmis en annexe d'un courrier du 12 novembre 2008;

Considérant que la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité de la requête en raison de sa tardiveté; qu'elle affirme qu'elle a informé, par lettre non recommandée du 27 juin 2008, la partie requérante de ce que son offre n'a pas été retenue, ce qui est conforme à l'article 51 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, applicable en la matière, que le 14 octobre 2008, cette même lettre (qui mentionne la même date du 27 juin) a été une nouvelle fois adressée, par télécopie cette fois, après qu'un contact téléphonique soit intervenu entre un représentant de la partie requérante et un agent de la partie adverse, que par la réception de la télécopie en date du 14 octobre 2008, "la partie requérante tente de retarder artificiellement la date de prise de cours du délai de recours de 60 jours";

Considérant que la lettre du 27 juin 2008 ne contient pas les mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat de sorte que le délai de recours au Conseil d'Etat n'a pu commencer à courir; que la requête introduite le 12 décembre 2008 est recevable ratione temporis;

Considérant que la partie adverse conteste par ailleurs l'intérêt à agir de la requérante en soutenant que le 26 mai 2008, jour du dépôt de sa soumission, celle-ci ne disposait pas de l'agrément minimale requise, une demande d'agrément en classe 2 - catégorie D ayant cependant été introduite auprès de la commission d'agrément en date du 15 mai 2008, que le jour de l'attribution du marché, soit le 29 mai 2008, la partie requérante n'a pas fourni la preuve de ce qu'elle disposait de l'agrément minimale requise pour prendre part au marché, de sorte que la "partie requérante ne dispose pas d'un intérêt légitime au présent recours en annulation d'une décision d'attribution d'un marché public qui n'aurait en tout état de cause pas pu lui être attribué";

Considérant que la partie adverse n'a pas écarté l'offre de la requérante en raison de l'absence d'agrément dans la classe indiquée par l'avis de marché; qu'elle n'est pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des mérites des offres; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la société requérante prend un premier moyen de la "violation de l'article 112 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (dit arrêté royal n/ 1) et

tout particulièrement les paragraphes 2 et 4, violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que la violation du principe général de bonne administration, et d'égalité entre les soumissionnaires"; que la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir considéré que son offre ne comportait, pour six postes, ni prix unitaire ni somme forfaitaire et d'avoir en conséquence fait application de l'article 112, § 4, en ajoutant pour les postes omis la moyenne calculée conformément au paragraphe 2 du même article; qu'elle soutient que son offre ne comportait pas d'omission de sorte qu'il n'y avait pas lieu de faire application de l'article 112, § 4, que sa soumission "prévoit systématiquement un prix, soit la somme de zéro centimes, et ce, étant donné que ces postes étaient initialement compris dans les postes précédents", ce qui justifie que le prix soit réduit à la somme de zéro centime, qu'"il ne s'agit donc nullement d'une omission de prix mais bien de la déclaration d'un prix égal à zéro centime"; qu'en ce qui concerne les postes concernés, la partie requérante invoque ce qui suit :

- " La partie requérante entend cependant préciser que le poste 4.7. rectifié par l'auteur de projet dans son rapport de soumission concerne le groupe hydrophore qui a été évalué par la partie requérante à la somme de zéro centime au motif que la citerne est fournie avec le groupe hydrophore, (poste 4.6.) sous le titre «citerne d'eau de pluie en matière synthétique».

Au niveau du poste 5.4.1. relatif aux remontées périphériques. Ce poste est évalué aussi à la somme de zéro centimes et a été déterminé dans le cadre du poste 5.4.1. sous le titre «Radiers et têtes de bûches en béton armé», le poste reprenant les sous postes.

De nouveau, il n'y a pas d'omission.

Il en a été de même des postes 8.2.3, des postes 0.4, 0.0, 0.0.1., des postes 0.4, 0.0, 0.0.2, et des postes 0.4, 0.6, 6.0.10. Dans ces différents cas, le poste n'a pas été omis.

Il n'y avait donc nullement lieu de procéder à une correction arithmétique qui, au final, à doublement compté les postes qui avaient déjà été comptabilisés.";

Considérant que dans son mémoire en réplique, la partie requérante se contente d'indiquer ce qui suit :

- " 1.2. C'est à tort que la partie adverse soutient que les postes ont été omis puisque pour rappel n'est pas omis le poste où une somme a été mentionnée.

La somme de zéro euro constitue une somme et non une omission.

1.3. La partie adverse tente de démontrer qu'il y a eu des omissions mais ne tient manifestement pas compte des arguments de la partie requérante et surtout ne rétablit pas la régularisation par rapport aux montants relevés par la partie requérante de telle manière que la démonstration n'est pas faite que les postes soit-disant omis ne permettaient pas à la partie requérante d'être considérée comme la moins-disante";

Considérant que la comparaison entre le métré récapitulatif joint au cahier spécial des charges et celui annexé à l'offre de la requérante fait apparaître que pour six postes du métré (trois pour la partie architecture, trois pour la partie électricité), celle-ci n'a effectivement indiqué ni prix unitaire ni somme forfaitaire; qu'il convient de vérifier si cette abstention constitue ou non une omission de poste au sens de l'article 112, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité;

Considérant, quant au poste 4.7. "Groupe hydrophore" - partie Architecture -, que la partie requérante explique que ce poste a été évalué à la somme de zéro centime "au motif que la citerne est fournie avec le groupe hydrophore (poste 4.6.), sous le titre «citerne d'eau de pluie en matière synthétique»"; que toutefois, dans le métré annexé à l'offre de la requérante, aucune mention chiffrée ne figure dans la colonne des prix unitaires ou forfaitaires; que si le prix est effectivement de zéro, la partie requérante n'aurait pas manqué de mentionner "0,00" en vis-à-vis dans la colonne prévue à cette fin; que, par ailleurs, si le poste litigieux 4.7. était effectivement repris et intégré dans un ou plusieurs autres postes chiffrés et détaillés, la partie requérante n'aurait pas manqué, pour ce poste, de mentionner (1) "à répartir sur le poste [untel]" comme elle le fait pour les postes 1.1., 1.2., 3.3., 4.1.3. et 14.3, ou (2) "à répartir sur les autres postes" comme elle le fait pour les postes 1.5. et 4.1., ou (3) "à répartir sur les postes concernés" comme elle le fait pour les postes 5.1., 5.3., 6.1.2., 6.2.1., 6.2.2., 7.3.3., 7.4.3. et 8.2.2., ou encore (4) "pour mémoire" comme elle fait pour le poste 4.4.; que l'offre ne contient ni de prix pour ce poste, même par référence à d'autres postes, ni l'explication selon laquelle le groupe hydrophore étant fourni avec la citerne, le prix unitaire était ramené à zéro centime;

Considérant, quant au poste 5.4.1. "Remontées périphériques" - Partie Architecture -, que la partie requérante explique que ce poste, "évalué aussi à la somme de zéro centimes", "a été déterminé dans le cadre du poste 5.4.1. sous le titre «radiers et têtes de bêtes en béton armé», le poste reprenant les sous-postes"; que, d'une part, le libellé du poste litigieux, dont la quantité présumée figure en caractères gras dans le métré récapitulatif, invitait le soumissionnaire à détailler et chiffrer ce "sous-poste", ce que n'a pas fait la partie requérante; que, d'autre part, l'addition des quantités prévues pour les sous-postes suffit à établir que les quantités mentionnées dans le métré récapitulatif pour les "Remontées périphériques" du radier n'étaient pas incluses dans le poste "radiers et têtes de bêtes en béton armé";

Considérant que, pour les quatre autres postes, la partie requérante soutient qu'"il en a été de même des postes 8.2.3, des postes 0.4.0.0.0.1., des postes 0.4.0.0.0.2., et des postes 0.4.0.6.0.1.0. Dans ces différents cas, le poste n'a pas été

omis"; qu'il s'ensuit que la requérante ne fournit aucune explication de nature à justifier l'absence d'un prix pour ces postes; qu'en outre, pour deux de ces postes, à savoir les postes 04.00.001 et 04.00.002, la requérante a supprimé, dans le métré récapitulatif qu'elle a déposé, les lignes relatives à ces postes;

Considérant, par conséquent, que la partie adverse se trouvait bien devant une hypothèse d'omission de six prix unitaires; qu'en vertu de l'article 112, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, elle pouvait, dans ce cas, soit déclarer l'offre irrégulière, soit, -comme elle l'a fait-, ajouter les prix unitaires manquants en calculant, pour chacun des prix omis, la moyenne conformément au § 2 du même article; que le premier moyen n'est pas du tout fondé;

Considérant que la requérante prend un second moyen de la "violation de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe général de bonne administration ainsi que le respect des droits de la défense"; qu'elle soutient ce qui suit :

" La partie requérante ayant marqué un prix de zéro centimes pour certains postes, si la partie adverse estimait que le montant proposé est insuffisant, ce qui peut apparaître être le cas, force est de constater que l'on se situe dans le cadre de prix anormalement bas visant l'application de l'article 110 §3, de telle manière qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'interpeller la partie requérante, par courrier recommandé, l'invitant à fournir la justification expliquant le montant retenu.

Si les droits de la défense de la partie requérante avait été respectés, il aurait pu être expliqué que certains postes indiqués comme «omis», ne l'étaient pas et étaient parfaitement compris dans le poste principal et que, ce faisant, le prix n'était pas anormalement bas.

En ne le faisant pas, la partie adverse a violé l'article 110 précité et les principes ci avant énoncés.";

Considérant que l'examen du premier moyen a fait apparaître que l'offre de la partie requérante, pour six postes du métré, ne comportait ni prix unitaire ni somme forfaitaire, de sorte que la partie adverse a pu mettre en oeuvre, de manière régulière, l'article 112, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que la situation de fait qui est établie en l'espèce correspond en droit à l'hypothèse qualifiée d' "omission de prix unitaires" et est régie par l'article 112, § 4, ce qui suffit à exclure l'application de l'article 110, § 3, qui régit une situation différente qualifiée de "prix apparemment anormaux"; que dès lors que la situation de fait n'est pas régie par l'article 110, § 3, le moyen manque radicalement en droit; que par ailleurs, le respect des droits de la défense n'est pas applicable à une procédure de passation de marché public; que le second 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 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.