

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 197.647 du 6 novembre 2009

G./A.155.940/VI-16.770

G./A.162.133/VI-16.928

En cause : **1. la société anonyme GALERE,**
anciennement société anonyme
CONSTRUCTIONS, TRAVAUX ET SERVICES,

ayant élu domicile
rue Joseph Dupont, n° 73,
4053 Embourg,

2. la société anonyme DE MEYER,

ayant élu domicile
Antoon Van Osslaan, n° 1, bus 2,
1120 Neder-Over-Heembeek,

ayant formé ensemble l'association momentanée
C.T.S. S.A. - DE MEYER S.A.,

contre :

**l'Office communautaire et régional wallon
de la Formation Professionnelle et de l'Emploi,**
en abrégé FOREm,

ayant élu domicile chez
Me Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 24 septembre 2004 par la société anonyme GALERE, anciennement société anonyme CONSTRUCTIONS, TRAVAUX ET SERVICES, et la société anonyme DE MEYER, ayant formé ensemble l'association momentanée C.T.S. S.A. - DE MEYER S.A., qui demandent l'annulation de la décision de date inconnue de l'Office communautaire et régional de la Formation professionnelle et de l'Emploi, en abrégé le FOREm, portée à leur connaissance par un courrier du 29 juillet 2004, "de ce qu'elles n'étaient pas les adjudicataires pressenties et parallèlement

la même décision notifiée à la même date à la société STRABAG l'avisant de ce qu'elle était l'adjudicataire pressentie" (G./A.155.940/VI-16.770);

Vu la requête introduite le 29 avril 2005 par la société anonyme CONSTRUCTIONS, TRAVAUX et SERVICES, actuellement la société anonyme GALERE, et la société anonyme DE MEYER, ayant formé l'association momentanée C.T.S. S.A. - DE MEYER S.A., qui demandent l'annulation de la décision de date inconnue de l'Office communautaire et régional de la Formation professionnelle et de l'Emploi, en abrégé le FOREm, "d'attribuer le marché public relatif aux travaux d'édification de la nouvelle Direction régionale de Mons (marché CL/03/311/002) sur prix de base pour un montant total hors TVA de 4.529.909,15 euros à la société STRABAG" (G./A.162.133/VI-16.928);

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

Vu les notifications du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnances du 21 septembre 2009, notifiées aux parties, fixant les affaires à l'audience du 28 octobre 2009;

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

Entendu, en leurs observations, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Eric MARON, loco Me Marc UYTENDAELE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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

1. Le 12 février 2004, le FOREm établit un cahier spécial des charges relatif à un marché public de travaux à passer selon le mode de l'adjudication publique

et ayant pour objet la construction, à Mons, d'un immeuble de bureaux et de services destiné à abriter la direction régionale.

2. Le 13 février 2004, l'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications.

3. Le 9 avril 2004, jour de la séance d'ouverture des offres, onze offres sont recueillies dont celle des requérantes d'un montant de 4.329.220,95 euros, soit le montant le plus bas, et celle de la S.A. STRABAG BELGIUM d'un montant de 4.420.436,69 euros, soit le deuxième montant le plus bas.

4. A une date indéterminée, un rapport d'adjudication est établi par l'intercommunale IDEA, agissant en qualité de bureau d'études au service de la partie adverse. Après corrections des erreurs et des omissions et vérification des prix, l'offre des requérantes atteint le montant de 4.583.024,30 euros et celle de STRABAG, 4.529.909,15 euros. Le bureau d'études propose dès lors l'attribution du marché à la S.A. STRABAG.

5. Le 8 juillet 2004, les requérantes s'informent de l'état d'avancement du marché et demandent à la partie adverse à pouvoir prendre connaissance du rapport d'examen des offres avant la conclusion du marché si elles ne devaient pas être désignées comme adjudicataires.

6. Le 13 juillet 2004, le comité de gestion de la partie adverse décide d'attribuer le marché public litigieux à la S.A. STRABAG "sous réserve de l'application de la circulaire de la chancellerie du Premier ministre du 10/12/03 relative aux marchés publics soumis à la publicité européenne permettant aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie d'interroger le pouvoir adjudicateur sur la motivation de la décision".

Il s'agit de l'acte attaqué dans les deux recours.

7. Le 19 juillet 2004, les requérantes font parvenir à la partie adverse une série d'observations sur le rapport d'adjudication qui leur aurait été communiqué et demandent à rencontrer le bureau d'études.

8. Le 29 juillet 2004, la S.A. STRABAG et les requérantes sont averties, la première qu'elle est l'adjudicataire pressenti mais que ses concurrents peuvent saisir

une juridiction judiciaire ou administrative d'un recours et qu'à défaut de recours, le marché public sera alors "officiellement" notifié, le lien contractuel étant ainsi noué, les secondes, qu'elles n'ont pas été retenues mais qu'elles peuvent demander la suspension de l'exécution de cette décision et qu'à défaut de réaction, le marché public sera alors conclu par la notification de la décision d'attribution à l'adjudicataire pressenti.

La lettre du 29 juillet 2004 comporte également l'indication de la possibilité d'un recours en annulation de la décision et le rapport d'attribution lui est annexé.

9. Le 6 août 2004, les requérantes s'étonnent de la décision prise et adressent de nouvelles observations aux services de la partie adverse à propos de certains postes de leur soumission et de l'offre de la S.A. STRABAG.

10. Le 20 août 2004, le bureau d'études IDEA fait part à la partie adverse de ses observations à propos des remarques des requérantes.

11. Le 14 septembre 2004, le président du tribunal de Charleroi, siégeant en référé, rejette la demande des requérantes d'avoir accès au dossier complet des soumissions et de faire défense à la partie adverse de poser quelque acte que ce soit pouvant conduire à la notification de l'attribution du marché public en raison de l'absence d'urgence pour "défaut d'une action au fond au Conseil d'Etat".

12. Le 29 septembre 2004, le directeur général de la partie adverse, par délégation de l'administrateur général, confirme à la S.A. STRABAG qu'elle a été désignée comme adjudicataire du marché public précité pour un montant total de 4.529.909,15 euros;

Considérant que les deux recours sont mus contre le même acte et contiennent les mêmes moyens; qu'il convient de les joindre dans l'intérêt d'une bonne justice;

Considérant, quant à la recevabilité, que si les termes de la lettre du 29 juillet 2004 de la partie adverse aux requérantes pouvaient laisser planer le doute quant à l'existence d'une décision d'attribution du marché, dès lors qu'elle n'indiquait pas aux requérantes que le marché public a été attribué à la S.A. STRABAG mais se limitait à les aviser qu'elle n'entendait pas retenir leur soumission, il résulte cependant de l'instruction des affaires que la décision d'attribuer le marché public querellé a été prise

par le comité de gestion de la partie adverse le 13 juillet 2004 et n'a été notifiée, par application d'une procédure volontaire de temporisation, que le 29 septembre 2004 à la S.A. STRABAG; que la décision du 13 juillet 2004 du comité de gestion est un acte décisionnel et n'est aucunement préparatoire à sa notification du 29 septembre 2004; que l'objet du recours G./A.155.940/VI-16.770 est, dès lors, à la lumière des mesures d'instruction, la décision du 13 juillet 2004 d'attribution du marché public querellé à la S.A. STRABAG; qu'il s'ensuit que le recours G./A.162.133/VI-16.928 introduit à la suite de la notification du marché public querellé le 29 septembre 2004 est superflu puisqu'il vise le même objet et contient les mêmes moyens; que le recours G./A.162.133/VI-16.928 est irrecevable;

Considérant que les requérantes prennent un moyen, le troisième de la requête, "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité des soumissionnaires, des articles 14 et 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 96, § 4, 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 des prescriptions du cahier spécial des charges"; que les requérantes exposent qu'il apparaît que, dans ses justificatifs de prix anormalement bas transmis au pouvoir adjudicateur, la S.A. STRABAG appliquait deux taux différents pour ses frais de maîtrise, gestion et bénéfice, à savoir 12 % sur les articles d'architecture et 6 % pour les articles sanitaires, que, dans ses justifications, la S.A. STRABAG avait omis de signaler l'existence de ces deux taux qui ne peuvent être mis en évidence qu'en procédant, pour chacun des postes, à la comparaison entre le montant réclamé à titre de frais d'entreprise et le prix du poste visé, que l'application de deux taux différents pour ces frais est contraire à l'article 96, § 4, visé au moyen, que cette disposition tend à éviter les spéculations relatives à l'avancement du chantier et à ce que ce soit sur les travaux à effectuer en priorité (terrassement, fondation, ...) que l'entrepreneur applique un taux plus important, que la volonté du législateur ne peut être rencontrée que par l'application d'un taux unique à toutes les phases du chantier, que dans ses justificatifs de prix, les requérantes ont indiqué avoir appliqué pour ces frais et bénéfices un taux uniforme de 15,16 % sur l'ensemble des postes de la soumission;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse relève que les requérantes se méprennent sur la portée de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, que tous les frais et bénéfices doivent être répartis sur les différents postes du mètre proportionnellement à leur importance et que cela ne signifie pas que tous les postes doivent être affectés du même coefficient en pour-cent;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir que le fait que la S.A. STRABAG ait appliqué deux taux différents pour les frais et bénéfices n'est nullement prouvé et repose sur une affirmation non autrement étayée des requérantes, qu'elle en veut pour preuve le courrier du 26 mai 2004 de la S.A. STRABAG adressé à la partie adverse en réponse à sa demande de justification de prix du 14 mai 2004, courrier qu'elle n'avait pas "sans doute à tort" encore déposé dans le dossier administratif, qu'à ce courrier est annexé un tableau intitulé "justificatif des prix", qu'il ne peut en être déduit que la S.A. STRABAG n'aurait pas réparti les frais et bénéfices proportionnellement à l'importance des différents postes, qu'en effet, "s'il n'est pas contesté [...] que les frais de gestion et les bénéfices tombent dans la catégorie des frais généraux et financiers divers et des bénéfices, il n'en va pas de même des frais de maîtrise", lesquels "sont des frais se rapportant à des prestations nécessaires au poste considéré, susceptibles de varier en fonction de la nature des postes considérés", qu'ainsi, les frais de maîtrise pour les postes faisant appel à un sous-traitant sont par principe supérieurs à ceux pour les postes qui n'y font pas appel, que dès lors que la S.A. STRABAG a fourni un seul chiffre justificatif pour les "frais de maîtrise, gestion et bénéfice", il ne peut en être déduit qu'elle aurait procédé à une répartition non proportionnelle des frais et des bénéfices sur les différents postes;

Considérant que l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est rédigé comme suit :

" § 4. Les prix unitaires et les prix globaux des postes du métré récapitulatif doivent être établis d'une manière qui corresponde à la valeur relative de chacun des postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, doivent être répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.";

Considérant que la répartition proportionnelle de tous les frais et des bénéfices sur les différents postes du métré récapitulatif a pour but de rendre effective la comparaison des offres et de freiner la tendance des entreprises à gonfler excessivement les prix de certains postes, principalement ceux relatifs aux premiers travaux à exécuter, ce qui donne lieu au paiement d'acomptes hors de proportion avec la valeur normale des prestations exécutées; que cette règle permet également le contrôle du caractère anormal ou non des prix proposés, ce qui serait rendu impossible par une répartition des frais et des bénéfices au bon gré des soumissionnaires;

Considérant qu'en l'espèce, invitée le 14 mai 2004 par la partie adverse à justifier certains de ses prix, la S.A. STRABAG a fourni le 26 mai 2004 un tableau intitulé "justificatif des prix"; que cette pièce déposée par la partie adverse en annexe

à son dernier mémoire n'est pas une nouvelle pièce contrairement à ce qu'elle soutient dès lors qu'elle figurait déjà dans le dossier déposé par les requérantes en annexe à leur requête, cette pièce étant jointe au rapport d'attribution; qu'il convient de rappeler à cet égard 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 du règlement général de procédure, 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 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; qu'il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que malgré les demandes du 20 avril 2007 et du 15 mai 2009 de l'auditeur-rapporteur, la partie adverse n'a pas déposé au dossier administratif le cahier spécial des charges complet et l'offre du soumissionnaire retenu STRABAG;

Considérant qu'il ressort de ce tableau que pour les postes relevant de l'architecture, la S.A. STRABAG a indiqué, à titre de "frais de maîtrise, gestion et bénéfice", des montants représentant 12 % du montant total de ces postes et que pour les postes relevant des sanitaires, elle a mentionné, sous le même titre, des montants représentant 6 % du montant total de ces postes; que l'article 96, § 4, ne fait pas la distinction, avancée par la partie adverse, entre les frais dits de maîtrise et les autres frais mais vise indistinctement "tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice"; que la variation des frais relevée par la partie adverse est précisément prise en compte par le libellé de l'article 96, § 4, puisque celui-ci prévoit une répartition "sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci"; qu'il s'ensuit que l'offre de la S.A. STRABAG établie en violation de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est irrégulière; que le marché public litigieux ne pouvait lui être attribué; que le troisième moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les n^{os} G./A.155.940/VI-16.770 et G./A.162.133/VI-16.928 sont jointes.

Article 2.

La requête enrôlée sous le n° G./A.162.133/VI-16.928 est rejetée.

Article 3.

Est annulée la décision du 13 juillet 2004 du comité de gestion du FOREm d'attribuer le marché public relatif aux travaux d'édification de la nouvelle direction régionale de Mons (marché CL/03/311/002) à la société anonyme STRABAG.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M^{me} DAURMONT,
MM. LEWALLE,
NIHOUL,
M^{me} LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

O. DAURMONT.