

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 198.368 du 30 novembre 2009

G./A.159.980/VI-16.854

En cause : **la société privée à responsabilité
limitée SOGEPAR,**

ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban, n° 15/16, bte 11,
4000 Liège,

contre :

**le Centre Public d'Action Sociale
de Charleroi,**

ayant élu domicile chez
Me Olivier JADIN, avocat,
boulevard Audent, n° 15,
6000 Charleroi.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 14 février 2005 par la société privée à responsabilité limitée SOGEPAR qui demande l'annulation de "la décision du 19 février 2004 par laquelle le Conseil de l'Aide Sociale du Centre Public d'Action Sociale de Charleroi [...] a attribué le sous-lot 6B - Cloisons, enduits et faux plafonds à la société HULLBRIDGE";

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 les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 16 octobre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 novembre 2009;

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

Entendu, en leurs observations, Me Christian BOULANGE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Nathalie TISON, loco Me Olivier JADIN, 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 du litige sont les suivants :

1. Les 10 et 17 octobre 2003, est publié respectivement au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un marché public de travaux, à passer selon la procédure d'adjudication publique, ayant pour objet les travaux de parachèvements généraux pour la nouvelle maison de repos et de soins de Marchienne-au-Pont. Ce marché forme le lot n/ 6.

Sous l'intitulé "Article 101 - Sous-lots groupés - Rabais", le cahier spécial des charges stipule que :

- " Le présent lot n/ 6 est subdivisé en 4 sous-lots intitulés comme suit :
- sous-lot 6.A. : Chapes et carrelages;
 - sous-lot 6.B. : Maçonneries complémentaires, cloisons, enduits et faux-plafonds;
 - sous-lot 6.C. : Revêtements souples et peintures;
 - sous-lot 6.D. : Ferronneries.

Ces quatre sous-lots font l'objet d'un cahier spécial des charges commun, permettant à chaque soumissionnaire d'être informé de la teneur de toutes les spécialités de parachèvement et de leurs implications constructives et de coordination entre elles.

Les soumissionnaires sont autorisés à remettre offre pour plusieurs sous-lots ci-dessus, sous la condition que chacune offre (sic) soit totalement séparée, chaque sous-lot constituant ainsi une soumission complète et indépendante, établie pour l'ouverture de soumission correspondante.

Rabais

- les rabais sont autorisés, sous la condition qu'ils soient explicitement mentionnés en complément de chacun des sous-lots, sous les mêmes libellés, dans chacune des offres; ils font obligatoirement l'objet d'un document séparé, annexé à chaque offre, dûment daté et signé;
- ils doivent être établis pour chaque sous-lot individuellement et ne sont recevables qu'en cas de réunion de ceux-ci; les rabais unilatéraux pour un seul sous-lot, de type «geste commercial» ou similaire, ne sont donc pas admis.

Désignation de l'adjudicataire

- les rabais ne sont pris en compte que dans le seul but de déterminer le montant cumulé «X» résultant de l'addition des montants totaux de chacun des sous-lots, «rabais inclus»;
- ce montant cumulé «X» est ensuite comparé au montant cumulé «Y» résultant de l'addition des montants totaux (hors rabais) des soumissions les moins-disantes conformes de chacun des sous-lots;
- ce n'est que dans l'hypothèse où «X» est plus petit que «Y» que la désignation de l'adjudicataire se fixera sur le soumissionnaire dont les offres avec rabais forment le total «X»."

Le cahier spécial des charges (pp. 4-5) exige, pour les travaux du sous-lot 6.B, l'agrément en catégorie D4 et en classe 4.

2. Le 9 décembre 2003, jour de l'ouverture des offres, il est proclamé que trois offres sont déposées :

- celle de la requérante d'un montant total de 626.533,56€;
- celle de la société S.A. HULLBRIDGE ASSOCIATED d'un montant total de 632.660,35€;
- celle de la société EMILE JANSSENS d'un montant total de 783.110,88€.

La partie adverse ne dépose pas dans le dossier administratif l'offre de la société HULLBRIDGE. Elle produit toutefois la copie de trois documents intitulés "Annexe" et comportant chacun une "remise commerciale" qui est de 1,75 % pour le sous-lot 6.B., de 0,50 % pour le sous-lot 6.C. et de 0,50 % pour le lot 7.

3. Le 9 février 2004, l'architecte-auteur de projet établit le rapport d'analyse des soumissions dans lequel il examine :

- en pages 3 et 4, la question de l'agrément des firmes SOGEPAR et HULLBRIDGE, lesquelles n'ont pas l'agrément requise à la date de l'ouverture des soumissions;
- en pages 5 et 6, l'analyse des prix anormaux et des justifications de ces prix;
- en page 5 puis en page 7, la question de l'application des rabais consentis par l'entreprise HULLBRIDGE.

Il conclut le rapport en formant des hypothèses successives pour tenir compte de l'obtention éventuelle de l'agrément requise au moment de l'attribution du marché : attribution du sous-lot 6.B. à l'entreprise HULLBRIDGE en raison des rabais consentis si elle peut faire la preuve, lors de l'attribution, de son agrément en catégorie D4, classe 4; à défaut, désignation de la requérante pour autant qu'elle aussi puisse prouver l'obtention de son agrément en classe 4; sinon, attribution à la firme JANSSENS qui dispose d'une telle agrément.

4. En sa séance du 19 février 2004, le conseil du C.P.A.S. de Charleroi décide de désigner l'entreprise HULLBRIDGE en qualité d'adjudicataire des travaux du sous-lot 6.B. "sous condition de fournir la preuve de son agréation lors de la notification des travaux".

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est rédigée notamment comme suit :

" [...]

Vu le rapport d'analyse des offres rédigé par le bureau d'architecture ETAU-DALCQ, auteur de projet;

Vu que deux soumissionnaires, SOGEPAR et HULLBRIDGE ne répondent pas à la classe d'agréation requise pour satisfaire aux critères de sélection qualitative;

Vu que ces deux soumissionnaires ont introduit une demande de promotion en classe supérieure;

Vu l'avis favorable rendu par le Service public fédéral économie - PME, Direction Agréation des Entrepreneurs conseillant de retenir l'offre d'HULLBRIDGE, cette société devant fournir la preuve de l'agréation au moment de l'attribution du marché, ce qui vaut également pour la société SOGEPAR;

Vu que les offres de tous les soumissionnaires peuvent dès lors être retenues;

Vu que l'entreprise HULLBRIDGE annexe à sa soumission une remise commerciale en cas de groupements de lots, ce qui est permis par le cahier spécial des charges;

Vu le classement des offres corrigées, rabais HULLBRIDGE inclus :

1. HULLBRIDGE :	555.518,22 € H.T.V.A.
2. SOGEPAR :	559.761,75 € H.T.V.A.
3. JANSSENS :	705.229,79 € H.T.V.A.;

Vu que l'entreprise HULLBRIDGE a remis l'offre la moins disante;

Vu que l'agréation doit être obtenue au moment de la notification des travaux;

Vu le montant de l'offre retenue : 555.518,22 € H.T.V.A., soit 621.587,25 € T.V.A.C. (6 % et 12 %);

Vu le montant de l'offre de SOGEPAR à retenir au cas où la société HULLBRIDGE ne parviendrait pas à faire la preuve de son agréation conforme au moment de la notification et que SOGEPAR pourrait fournir la preuve de son agréation conforme : 559.761,75 € H.T.V.A., soit 626.365,56 € T.V.A.C. (6 % et 12 %);

Vu le montant de l'offre de JANSSENS à retenir au cas où la société SOGEPAR ne pourrait fournir la preuve de son agréation conforme au moment de la notification : 705.229,80 € H.T.V.A. soit 789.169,11 € T.V.A.C.;

Vu les crédits budgétaires prévus aux articles [...]

DECIDE, à l'unanimité :

- de désigner l'entreprise HULLBRIDGE, de Trazegnies, en qualité d'adjudicataire des travaux du sous-lot 6B «Maçonneries complémentaires, cloisons, enduits et faux-plafonds» sous condition de fournir la preuve de son agréation lors de la notification des travaux;

- de retenir le montant de la commande à 555.518,22 € H.T.V.A., soit 621.587,25 € T.V.A.C. (6 % et 12 %).

- de désigner en qualité d'adjudicataire la société SOGEPAR, de Herstal, dans l'hypothèse où la société HULLBRIDGE ne parviendrait pas à fournir la preuve de son agréation au moment de la notification, à condition que SOGEPAR fournisse, elle, la preuve de son agréation;

- de retenir le montant de l'offre SOGEPAR :
559.761,75 € H.T.V.A. soit 626.365, 56 €, T.V.A.C.;

- de désigner en qualité d'adjudicataire la société JANSSENS, de Wavre, dans l'hypothèse où ni l'entreprise HULLBRIDGE, ni la société SOGEPAR ne parviendraient pas à fournir la preuve de son agréation au moment de la notification;

- de retenir le montant de l'offre de JANSSENS:
705.229,79 € H.T.V.A., soit 789.169,11 € T.V.A.C.;

- de prévoir un montant de 10 % du montant de la commande pour couvrir les imprévus et la révision.

La présente délibération sera transmise, pour information, au Collège des Bourgmestre et Echevins en application de l'article 111 de la loi du 8 juillet 1976, organique des C.P.A.S."

5. Selon la partie requérante, le 18 novembre 2004, le C.P.A.S. de Charleroi l'a informée de ce que son offre n'était pas retenue.

Le 15 décembre 2004, à la suite d'un courrier de la requérante, le C.P.A.S. de Charleroi lui a transmis la décision d'attribution du 19 février 2004 en mentionnant les voies de recours au Conseil d'Etat;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité du recours tenant au défaut d'intérêt de la requérante; qu'elle soutient que la requérante ne disposait pas de l'agrément 4D4 lorsqu'elle a soumissionné pour le sous-lot 6.B., et qu'elle ne rapporte pas la preuve de son agréation à la date d'attribution du marché;

Considérant que l'offre de la requérante comme celle de l'attributaire du marché ont été expressément considérées par la partie adverse comme recevables en ce qui concerne l'agrément requis; que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a donc pas estimé l'offre de la requérante irrégulière pour les motifs qu'elle soulève

aujourd'hui; 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 offres; que l'exception doit être rejetée;

Considérant que dans son mémoire en réplique, la requérante soulève un nouveau moyen, le troisième, qui est pris 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 et [de] l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics, du principe de l'égalité entre soumissionnaires et de l'erreur manifeste d'appréciation"; que la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir attribué le marché relatif au sous-lot 6.B. à la société HULLBRIDGE, alors qu'il résulte du rapport d'examen des offres que le bureau d'études a relevé 4 prix anormaux (postes 11.05 H, 11.05 I, 12.01 et 12.05 A) dans la soumission de la société HULLBRIDGE, que le bureau d'études a interrogé la société HULLBRIDGE sur ces prix, que la société HULLBRIDGE a communiqué ses justifications le 4 février 2004, soit avec trois jours de retard par rapport au délai de 12 jours prévu par l'article 110, que le bureau d'études a estimé que la société HULLBRIDGE était dans l'incapacité de justifier le prix unitaire relatif au poste 11.05 H, mais que "pour éviter de déclarer l'offre irrégulière", il a "sollicité de l'entrepreneur l'engagement complémentaire de réaliser les prescriptions du cahier spécial des charges de manière rigoureuse, même s'il s'avère que le prix unitaire est anormalement bas", que dès lors que la partie adverse a constaté que la société HULLBRIDGE était dans l'incapacité de justifier ses prix, elle devait déclarer l'offre irrégulière au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation et ne pas lui attribuer le marché;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse répond ce qui suit :

" En l'espèce, le pouvoir adjudicateur, constatant des prix anormalement bas, a invité la société HULLBRIDGE par lettre recommandée à fournir des explications sur les prix litigieux.

La société HULLBRIDGE, qui n'a pas laissé la demande sans suite, a communiqué ses justifications par une lettre datée du 30 janvier 2003 (lire : 2004).

Lors de l'examen des prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications fournies par le soumissionnaire, en l'occurrence la société HULLBRIDGE.

En l'espèce, la partie adverse n'a pas eu une appréciation manifestement déraisonnable au vu de la motivation de sa position.

On peut, ainsi, lire dans le rapport sur les soumissions que :

«Compte tenu de la quantité de 368 pièces traitées dans ce marché, il faut bien constater que nous nous trouvons ici devant une anomalie de sous-évaluation établie entre 6.000,00 et 12.000,00 euros, soit entre 1 % et 2 % de l'ensemble du marché ...!».

Notons, au surplus, que le prix unitaire querellé «s'approche de celui de l'estimation des auteurs de projet; [...]».

La position de la partie adverse est d'autant moins déraisonnable en l'occurrence que le prix litigieux «s'approche de celui de l'estimation des auteurs de projet; [...]».

Il correspond en conséquence à une valeur relative réelle de ce poste étant entendu qu'il s'approche de celui de l'estimation des auteurs de projet.

L'article 96, §4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précise d'ailleurs que 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.

En conséquence, le prix de ce poste, dont question, ne vicie pas toute l'offre étant entendu que le montant tend à correspondre à la valeur réelle du poste et n'est pas un prix fantaisiste.";

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que dès lors que le rapport d'examen des offres n'avait pas été communiqué à la partie requérante préalablement à l'introduction du recours, celle-ci n'a pu découvrir l'irrégularité relative à l'admission d'un prix anormalement bas qu'en consultant le dossier administratif au greffe du Conseil d'Etat; que le moyen soulevé dans le mémoire en réplique est dès lors recevable;

Considérant que la décision attaquée ne contient aucun motif relatif à des prix anormaux; qu'elle se réfère de manière générale au rapport d'analyse des offres de l'auteur de projet; que celui-ci procède à l'analyse de la régularité des prix dans les termes suivants :

" 3.4 - Régularité des prix

L'analyse qui suit est opérée selon les modalités de l'article 110 de l'AR du 8-1-96.

Offres anormales

Le prix moyen s'établit à 610.134,83 €, aucune soumission ne s'écarte de plus de 15 % de ce seuil.

Prix unitaires anormaux

En général, les structures des offres sont homogènes.

Il convient cependant de mentionner 4 postes comportant des différences entre les différents soumissionnaires :

1. Art.11.05.h - encadrement de baies : HULLBRIDGE propose un prix unitaire de 15,45 €/pièce, alors que JANSSENS et SOGEPAR soumissionnent avec des prix unitaires respectifs de 43,72 € et 60,00 €;

2. Art.11.05.i - cadre RF pour appareil d'éclairage encastré : HULLBRIDGE propose un prix unitaire de 30,90 €/pièce, alors que JANSSENS et SOGEPAR soumissionnent avec des prix unitaires respectifs de 161,00 € et 110,00 €; la différence totale, dans le cas le moins frappant, atteint 4.666,90 €;

3. Art.12.03 - Faux-plafonds suspendus en plaque de plâtre - à la pièce de trappe de visite : SOGEPAR propose un prix anormalement élevé de 240,00€/pièce;

4. Art.12.05a - Chevronnage : les prix sont très différents entre les soumissionnaires : 2.472,00 €/m³ pour HULLBRIDGE, pour 750,00 €/m³ chez SOGEPAR et 1.085,77 €/m³ chez JANSSENS, mais il faut souligner que le poste est peu significatif dans l'ensemble (quantité 1,39 m³).

Un ensemble de courriers recommandés (annexes 3.1, 3.2 et 3.3) ont donc été adressés à l'entreprise HULLBRIDGE pour justifier les P.U. des articles 11.05 h & 11.05 i, 12.01 et art.12.05, à l'entreprise SOGEPAR pour justifier les P.U. des articles 11.05 h & 11.05 et 12.03b et à l'entreprise JANSSENS pour les articles 11.02, 11.02, 11.05A, B, C, F, H et I et 12.05C.

Réponses à nos courriers

HULLBRIDGE

A la date du 04-02-2004, soit 14 jours de calendrier après la date d'envoi du recommandé (rappel informatif : le délai imparti est de 12 jours de calendrier à partir du 22-01-2003...), les signataires du présent rapport n'étaient en possession d'aucun courrier d'HULLBRIDGE...!

C'est seulement le 05-02-2004, à 11.17 heures, qu'un fax nous est adressé, copie d'une lettre prétendument datée du 30 janvier... !!! (voir annexe 3.1).

Après avoir été tentés de suivre l'avis rendu par Flamme - Commentaires - AR n° 1 art.110 - §33.B - p. 994 - 6^{ème} édition 1996-1997, y compris l'infra (73), en posant qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les justifications qu'Hullbridge nous rendrait éventuellement après le 03-02-04, nous avons finalement jugé que cet examen ne lésait en rien la comparaison objective des offres et le principe d'égalité des chances entre les concurrents.

Les commentaires suivants peuvent être faits sur les justifications proposées par Hullbridge (annexe 3.4) :

- art. 11.05.H: justification inacceptable du P.U. de 15,45 €/baie, malgré une demande de précision complémentaire effectuée téléphoniquement par les architectes le 05-02-04 (annexe 3.4.bis).

Tous renseignements pris aux sources les plus autorisées, les prix unitaires de fourniture et pose qui suivent constituent des minima incontournables :

• montants renforcés :

fourniture U acier 40/48/2 mm. :

2 * 3,00 mct par baie = 6,00* 3,00 € 18,00 €

pose évaluée à 1/4 heure par baie: +/- 34,00 €/4 8,50 €

• chevron 2000/45/45 mm. : fourniture et pose 5,00 €

prix unitaire minimum par baie de porte 31,50 €

(ni kit d'ancrage, ni bénéfice ...)

d'ailleurs largement confirmé par les P.U. des offres concurrentes et par le calcul fourni par SOGEPAR ...

Nous jugeons que l'entrepreneur est incapable de justifier le prix unitaire anormalement bas de 15,45 €, ... même s'il s'approche de celui de l'estimation des auteurs de projet;

ceci rend donc compte aussi d'ailleurs d'un jugement identique vis-à-vis du P. U. de l'estimation initiale de l'auteur de projet, reconnu anormalement bas par celui-ci même...

Compte tenu de la quantité de 368 pièces traitées dans ce marché, il faut bien constater que nous nous trouvons ici devant une anomalie de sous-évaluation établie entre 6.000,00 € et 12.000,00 €, soit entre 1 % et 2 % de l'ensemble du marché ...! Techniquement, par ailleurs, ce poste n'est pas «compressible», l'exécution des renforts prévus autour des baies étant indispensable pour garantir la qualité et la durée de vie de cloisons recevant des portes lourdes pour la plupart (larges et souvent RF), ... tout ceci sans préjudice du comportement et de la durée de vie mêmes des huisseries et des portes ...!.

Pour éviter de déclarer l'offre irrégulière, nous avons sollicité de l'entrepreneur l'engagement complémentaire de réaliser les prescriptions du cahier spécial des charges de manière rigoureuse, même s'il s'avère que le prix unitaire est anormalement bas (voir annexe 3.7).

- art. 11.05.I : justification acceptée;

- art. 12.01 : complément d'information a été sollicité téléphoniquement le 05-02-2004; les renseignements obtenus éclairent quant aux possibilités de marque et modèles utilisés;

- art. 12.05.A : la modification proposée de prix unitaire est inacceptable, a posteriori de l'ouverture des soumissions, même si la justification de l'erreur paraît plausible; nous n'en tiendrons donc pas compte pour le classement des soumissionnaires, mais il y aura lieu, bien entendu, de la répercuter dans le montant de commande, si Hullbridge est proposé comme adjudicataire.

SOGEPAR

Les commentaires suivants peuvent être faits sur les justifications proposées (annexe 3.5), par courrier recommandé reçu le 12-01-2004 :

- art. 12.03.B : justification acceptée; l'entrepreneur fait observer une possible contradiction du cahier spécial des charges, à propos de la résistance au feu des trappes de visite, qui n'ont pas été clairement définies RF30;

notons qu'il tient donc compte d'une plaque spéciale RF 15 mm. (au lieu d'une plaque ordinaire de 12,5 mm.);

notons qu'HULLBRIDGE nous confirme également le fait qu'il a prévu une plaque RF 15 mm. comme finition (annexe 3.5.bis);

- art. 11.05.H : justification acceptée;

- art. 11.05.I : justification acceptée.";

Considérant que le rapport d'examen des offres contient donc bien le constat que la justification fournie par la société HULLBRIDGE, pour le poste 11.05.H., en application de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité était inacceptable et que le prix fourni était anormalement bas; qu'en vertu du même article 110, § 3, lorsque le prix unitaire pour un poste est reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n'ayant pas pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre comme irrégulière; que le principe d'égalité de traitement des

soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière; que pour le surplus, en ce qui concerne l'argument relatif à l'impact financier de ce prix que le rapport situe entre 6.000 € et 12.000 €, il convient de rappeler qu'en l'espèce, l'écart entre la soumission de la partie requérante et celle de la société HULLBRIDGE, après rabais de 1,75 %, n'était que de 4.243,53 €; que le troisième moyen est fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 19 février 2004 par laquelle le conseil du Centre Public d'Action Sociale de Charleroi a attribué à la société anonyme HULLBRIDGE le sous-lot 6.B. "Maçonneries complémentaires, cloisons, enduits et faux plafonds" du marché public de travaux relatif à la nouvelle maison de repos et de soins de Marchienne-au-Pont.

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 trente novembre deux mille neuf par :

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

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

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

O. DAURMONT.