CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 214.537 du 12 juillet 2011

A.200.920/VI-19.163

En cause : **la Société anonyme ENTREPRISE GENERALE MOUREAU FRANCOIS et ses fils,**
ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

la Société coopérative SOCIETE REGIONALE DU LOGEMENT DE HERSTAL,
ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL,
Valentine DE FRANCQUEN et
Virginie DOR, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société anonyme STRABAG,
ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban 15-16
4000 Liège.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

Vu la requête introduite le 30 juin 2011 par la société anonyme ENTREPRISE GENERALE MOUREAU FRANCOIS et ses fils, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de :

" - la décision du 14 mars 2011 de la Société Régionale du Logement de Herstal de ne pas lui attribuer le marché de travaux relatif à la «rénovation lourde de 174 logements sociaux (PEI 2008) à 4041 Vottem» (dossier 120.791);

- la décision du 14 mars 2011 de la Société Régionale du Logement de Herstal d'attribuer ce marché à la S.A. STRABAG, pour un montant total d'EUR. 4.740.469,98 HTVA, options comprises (postes 27.15 et 27.16)";

Vu la requête introduite le 6 juillet 2011 par laquelle la société anonyme (S.A.) STRABAG BELGIUM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'ordonnance du 1er juillet 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 8 juillet 2011 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Valentine DE FRANCQUEN et Virginie DOR, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Isabelle THOMAS, loco Me Christian BOULANGE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section 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 demande se présentent comme suit :

1. Le 21 octobre 2010, la Société Régionale du Logement de Herstal publie au Bulletin des Adjudications un avis de marché de travaux défini comme portant sur la :

" RENOVATION LOURDE DE 174 LOGEMENTS SOCIAUX – PEI2008/1274 à 1278 et PEI2008/1280 à 1288. La rénovation porte sur l'isolation partielle des façades et des toitures, sur l'enduisage partiel des façades, le renouvellement des couvertures de toitures, des zingueries, des châssis (PVC), de l'installation électrique et sur la ventilation. NOTE : le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de procéder par voie de procédure négociée sans publicité préalable à une extension de marché (article 17 par. 2.2 b de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics".

Le mode de passation choisi est l'adjudication publique.

2. Il ressort du cahier spécial des charges que le marché prévoit trois postes qualifiés d'"options obligatoires", dans le tome 2 ("superstructure"), aux postes 27.15 et 27.16, et dans le tome 5 ("finition intérieure"), au poste 51.53 :

" - Poste 27.15 : Structure verrière + châssis + recouvrement de parois;
- Poste 27.16 : Structure Balcon
- Poste 51.53 : Habillage/portes & fenêtres extérieures – carton plâtre isolant".

Dans les clauses administratives du cahier spécial des charges, sous le titre "Texte(s) et motivation(s) des dérogations" de la première partie, figure, notamment, ce qui suit :

" Les articles auxquels la deuxième partie des Clauses Administratives du présent CSC se réfère ne concernent pas uniquement des «dérogations» mais également des «adaptations, particularités et précisions» au Cahier Général des Charges et ne nécessitent pas de motivation formelle au sens de l'article 3 §1 de l'AR du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions des travaux publics.

[…]

ART.42 dont le § 4 :
Pour des raisons budgétaires limitées, le maître d'ouvrage se réserve la possibilité de ne pas commander une partie des travaux avant la commande ou pendant l'exécution du chantier sans que l'adjudicataire ne puisse réclamer une indemnité quelconque.
Le montant de travaux alloué au présent marché à ne pas dépasser est repris à la case «E» du présent document.
Il est à rappeler que ces travaux s'inscrivent dans une enveloppe budgétaire limitée et fermée de subsides émanant de la Région Wallonne (Programme Exceptionnel d'Investissement) et que le maître d'ouvrage ne dispose pas de fonds propres lui permettant de financer et de prendre en charge certains coûts ou surcoûts".

Dans la deuxième partie des clauses administratives du cahier spécial des charges, sous le titre "Clauses complémentaires relatives à l'exécution du marché", il est précisé ce qui suit :

" 2.24 Modifications au marché (art. 42, C.G.Ch.).
Le bordereau comporte certains postes renseignés comme «postes à option» ou «postes optionnels». Lors de l'établissement de la commande, le maître d'ouvrage se réserve le droit de supprimer tout ou partie de ces postes du cadre des travaux commandés à l'adjudicataire du présent marché sans pour autant octroyer à ce dernier d'indemnisation d'aucune sorte.
L'attention du soumissionnaire est attiré sur le mode de cotation du critère prix pour l'établissement de la base de classement des offres : toutes les «poste à option» ou «poste optionnel» seront pris en compte pour valoriser le critère n°1 relatif au prix.
L'entrepreneur n'aura pas droit à une indemnité forfaitaire de 10 % en cas de solde négatif des décomptes".

3. Lors de l'ouverture des offres, le 23 décembre 2010, il est constaté que sept offres ont été remises dont celle de la requérante et celle de la S.A STRABAG. Il résulte du "rapport de l'auteur du projet" que la comparaison des offres, compte non

tenu des postes qualifiés de "postes à options obligatoires", et avant corrections, donne le résultat suivant :

- STRABAG : 4.287.485,42 €
- WUST : 4.327.338,99 €
- FRANCOIS MOUREAU : 4.533.136,07 € - rabais de 6%, soit 4.261.147,91 €
- VALENS : 4.887.861,12 €
- GALERE : 4.950.382,16 €
- THIRAN : 5.120.647,24 € - rabais de 2%, soit 5.018.234,29 €
- BATITEC : 5.281.424,13 €.

4. Le même rapport expose ensuite ce qui suit :

" Dans le cadre du présent dossier il avait été décidé, en concertation avec la S.R.L., d'intégrer 3 options obligatoires afférentes d'une part au remplacement des verrières / balcons existants et, d'autre part, à l'isolation intérieure des battées de fenêtres (après remplacement des châssis).
La base du présent marché comporte donc la suppression pure et simple des verrières et balcons ayant pour finalité la suppression des ponts thermiques.
L'emprise des verrières existantes sur les façades, étant isolée et enduite et les baies de portes y donnant accès partiellement murées et transformées en fenêtres.

Au regard des offres reçues, et du montant de l'enveloppe budgétaire alloué à ce projet, la société de logement a décidé de RETENIR 2 des 3 OPTIONS à savoir, celles afférent au remplacement des verrières (postes 27.15 et 27.16 du métré).
Elles feront donc partie intégrante de l'analyse et donc du rapport ci-dessous (voir article 15 de la loi sur les marchés publics).
[…]
Le choix des 2 premières options, et non de la troisième, a résidé dans le fait que ces deux premières options permettaient, malgré les travaux, de conserver un agrément certain pour les locataires concernés.
Les battées isolantes, quant à elles, n'étaient que partiellement nécessaires puisque l'isolation d'une grande partie des façades permettra de réduire bon nombre de ponts thermiques existants".

5. Des corrections arithmétiques ayant été apportées, des omissions de prix unitaire et de sommes partielles complétées, des différences entre montants exprimés en lettres et en chiffres rectifiées, des modifications de quantités vérifiées et omissions soulevées, l'auteur de projet classe les offres comme suit, compte tenu des options 1 et 2 :

MOUREAU s.a. : 5.652.500,41 € (5)
BATITEC s.a. : 6.766.497,85 € (7)
STRABAG s.a. : 4.740.469,98 € (1)
VALENS s.a. : 5.365.554,23 € (3)
THIRAN s.a. : 5.550.651,98 € (4)
GALERE s.a. : 5.799.455,30 € (6)
WUST s.a. : 4.847.570,32 € (2).

Le rapport précise encore que :

" A ce stade il est important de noter que l'ordre déterminé par les bases de commande n'aurait que légèrement été modifié par la retenue de la troisième option (inversion des entreprises Moureau et ses Fils s.a. et Galère s.a.).

L'ordre des trois premiers classés n'en subit, quant à lui, AUCUNE modification".

6. Visant le rapport d'attribution, la partie adverse prend, le 14 mars 2011, la décision d'attribuer le marché de rénovation lourde de 174 logements à Vottem, à la S.A. STRABAG, et ce aux motifs de ce que :

" Vu le rapport daté du 17/02/2001 de l'Auteur de Projet et Coordinateur Sécurité Santé, le bureau B.A.UC. scrl dont la conclusion est :

tenant compte des options retenues (options liées au remplacement des balcons (postes 27.15 et 27.16) (voir page 10/116 et 11/116 du rapport de soumission de l'auteur de projet), l'offre la moins-disante est l'offre rentrée par l'Ets STRABAG d'Anvers, son offre est conforme et recevable

Décide :

DE déclarer l'entreprise STRABAG s.a. adjudicataire des travaux de rénovation de 174 logements à Vottem, pour un montant total de 4.740.469,98 € HTVA options comprises (postes 27.15 et 27.16)".

Cet acte contient les deux décisions attaquées;

Considérant que, par requête introduite le 6 juillet 2011, la société anonyme STRABAG demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence, étant la bénéficiaire de l'acte attaqué; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que la partie adverse conteste l'intérêt à agir de la requérante, pour le motif que, n'étant classée qu'en sixième position selon le classement établi sur la base d'une analyse des offres "options comprises", la partie requérante n'a pas soumis l'offre régulière la plus basse et qu'elle ne pouvait en aucun cas entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché;

Considérant que l'examen de l'intérêt est lié au fond, dès lors que la requérante soutient dans son moyen que la comparaison des offres devait se faire sans prendre en considération les options;

Considérant que la requérante prend un moyen unique tiré de l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, de la violation du principe général d'égalité des soumissionnaires, notamment déduit des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que de la violation de 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, de l'article 113 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle soutient en substance que la comparaison des offres devait s'effectuer exclusivement sur les postes "de base" à l'exclusion des postes mentionnés comme "options obligatoires", que le marché étant attribué selon la procédure de l'adjudication publique, il y a en effet lieu de faire application de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, en vertu duquel "pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, l'autorité compétente tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours"; que l'option se définissant comme étant un élément accessoire du marché que le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté de commander ou non, le coût des options ne viendra pas d'une manière certaine augmenter les débours du pouvoir adjudicateur, n'étant pas acquis que celui-ci les commandera; que la nature des travaux repris sous les "options obligatoires" était telle que leur exécution n'était pas exigée aux fins de celle du marché de base; que la requérante en veut pour preuve que, finalement, seules deux des trois options ont été retenues, après la séance d'ouverture des offres, pour la détermination du prix le plus bas, que la valeur du marché à attribuer est évaluée par le bureau d'architecture à un montant de 5.619.784 euros, hors T.V.A. étant un montant des travaux hors options, que le métré récapitulatif établi par le pouvoir adjudicateur, comporte trois colonnes jaunes, expressément séparées des autres, dans lesquelles doivent être mentionnés les prix pour les options obligatoires, et que les prix des offres repris dans les formulaires de soumission et qui ont été proclamés lors de l'ouverture des offres n'incluaient pas ceux des options obligatoires;

Considérant que la requérante soutient encore qu'inclure le prix des options aux fins de déterminer l'offre la plus basse, pourrait revenir, dans l'hypothèse, par définition probable, où ces options ne seraient en définitive pas commandées, à attribuer un marché à un soumissionnaire n'ayant pas remis le prix le plus bas pour le marché de base, que cette situation est inconciliable avec le seul critère d'attribution retenu en matière d'adjudication publique, étant le prix le plus bas; que la requérante en conclut qu'en tenant compte de certaines options pour la détermination de l'offre la plus basse, de surcroît sur la base d'un choix opéré postérieurement à l'ouverture des offres, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen;

Considérant que la partie adverse soutient que, pour l'application de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, les "options obligatoires" prévues au cahier spécial des charges, ne constituent pas "des éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours" mais font partie intégrante du prix offert; qu'elle en veut pour preuve la clause 2.24 des clauses administratives du cahier spécial des charges dont il résulte de manière certaine que le prix des options

obligatoires devait être compris lors de la comparaison des offres; qu'elle soutient également en substance que les "options" n'étaient pas des éléments incertains puisque le pouvoir adjudicateur, de par la nature de ces options, devait nécessairement décider ou non de les commander au moment de l'attribution du marché;

Considérant que la partie intervenante soutient également qu'il résulte clairement de la clause administrative 2.24 du cahier spécial des charges que les options seraient prises en compte pour la comparaison des offres; qu'elle ajoute, se référant à l'article 98 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures er de services et aux concessions de travaux publics, que la requérante s'est abstenu de signaler en temps utile que cette clause était selon elle susceptible de rendre inopérante la comparaison des offres;

Considérant que la clause 2.24 de la deuxième partie des clauses administratives du cahier spécial des charges, lue en combinaison avec la première partie de ces clauses administratives, consiste en une dérogation à l'article 40, § 4, du cahier général des charges; que cette dernière disposition prévoit que "lorsque les modifications ordonnées par le pouvoir adjudicateur donnent lieu à un ou plusieurs décomptes dont l'ensemble détermine une diminution du montant initial du marché, l'entrepreneur a droit à une indemnité forfaitaire égale à 10 pour cent de cette diminution, quel que soit le montant final du marché"; que les postes qui, dans les clauses techniques du cahier spécial des charges, sont qualifiés comme étant des "options obligatoires" sont donc des postes que le pouvoir adjudicateur se réservait le droit de supprimer du marché, au moment de la commande ou ultérieurement, sans que l'entrepreneur puisse réclamer l'indemnité normalement prévue par le cahier général des charges; qu'il ressort en revanche de manière certaine du libellé de cette clause 2.24 que toutes les "options obligatoires" devaient être prises en considération pour la comparaison des offres;

Considérant qu'il résulte de la comparaison des offres effectuées par l'auteur du projet dans son rapport, toutes options comprises, comparaison dont l'exactitude n'est pas contestée par la requérante, que celle-ci n'a pas soumis l'offre la plus basse; que le fait que la partie adverse ait décidé d'attribuer le marché à la partie intervenante sur la base d'une comparaison des offres incluant seulement deux des trois options n'est pas susceptible de faire grief, puisqu'il n'est pas contesté qu'en ce qui concerne en tout cas la première place, ces deux comparaisons donnent le même résultat; que le moyen n'est donc pas sérieux,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme STRABAG est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre des vacations, le douze juillet deux mille onze par :

M. Luc DETROUX, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Vanessa WIAME, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vanessa WIAME. Luc DETROUX.