

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.718 du 24 septembre 2012

G./A.198.171/VI-18.868

En cause : **la société anonyme T.W.T.,**

ayant élu domicile chez
Me André DELVAUX, avocat,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

l'Office National de l'Emploi, en abrégé ONEM,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 novembre 2010, la société anonyme T.W.T. demande l'annulation de la décision par laquelle l'Office National de l'Emploi attribue le lot n° 1 du marché concernant la transformation d'un bâtiment existant et la construction d'un nouveau bâtiment pour les bureaux de chômage de Nivelles, rue des Heures Claires, 46 (adjudication publique n° 2010/22000/013) à la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie adverse a déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 5 juillet 2012, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 12 septembre 2012.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 29 avril 2010, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché public de travaux ayant pour objet le lot n° 1, gros œuvres, parachèvements et abords, du marché concernant l'extension et la transformation d'un bâtiment existant et la construction d'un nouveau bâtiment pour les bureaux de chômage 02 de l'ONEM à Nivelles.

III. 2. La procédure retenue est celle de l'adjudication publique et le marché est à prix mixte. Un cahier spécial des charges est également établi.

III. 3. Le 4 juin 2010, cinq sociétés ont remis une offre. Il s'agit des sociétés suivantes :

- la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A.;
- la société anonyme T.W.T.;
- la société anonyme M&M SITTY;
- la société anonyme DUCHENE;
- la société anonyme R. DE COCK.

III. 4. Le 13 août 2010, un bureau d'architecture établit un rapport d'analyse des soumissions dans lequel il est procédé, selon "l'article 110, § 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, aux contrôles du montant total des offres et des prix unitaires. Le rapport constate qu'aucune offre ne s'écarte d'au moins 15 % en dessous de la moyenne des montants des offres prises en compte mais que des prix anormaux ont été détectés et que les soumissionnaires concernés ont pu envoyer leurs justifications.

Sur cette question, le rapport d'analyse énonce ce qui suit :

" 2° Contrôle des prix unitaires

Certains prix unitaires sont anormaux. De manière à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier si ces prix anormaux ne mettent pas en danger l'économie du marché et parce que ces prix anormaux ne sont pas en rapport avec l'importance du poste à la lumière du marché dans leur ensemble, les soumissionnaires ont été invités à justifier les prix unitaires anormaux.

De manière à ne pas tenir compte des postes d'importance mineure, l'architecte a identifié pour les parties Architecture et Stabilité, les postes inférieurs à la moyenne des prix unitaires de plus de 15 % et pour lesquels cette différence est de plus de 1 ‰ la moyenne du montant total du marché (soit 2 597 €).

Les courriers ont été envoyés par recommandé le 16.06.2010 et les réponses étaient attendues dans les 12 jours.

3° Réponses des soumissionnaires

N° 1 Ass. Momentanée Laurent sprl & Deroubaix s.a [voir annexe 8]

Courrier reçu le 28/06/2010.

Le soumissionnaire détaille ses prix en fonction de la main d'œuvre, des engins, des frais généraux et de son bénéfice.

Les justifications du soumissionnaire sont acceptables. Néanmoins, compte-tenu de ces justifications, l'architecte maintient que sur un poste le prix est anormal.

Art 18.3.5 Pompage des eaux et réalisation d'une enceinte étanche temporaire.

Etant donné que ce poste ne représente que 3 516,90 € HTVA sur un montant total de 2 110 823,13 € HTVA nous estimons que ce prix anormal ne met pas en danger l'économie du marché.

Le soumissionnaire a remis un document complémentaire décrivant la manière dont l'ouvrage sera exécuté et a personnalisé son analyse.

Nous estimons donc que l'offre de AM LAURENT DEROUBAIX est conforme."

Pour les autres soumissionnaires, le rapport d'analyse conclut à l'admission des justifications et considère que leurs offres ne comportent dès lors pas de prix anormaux.

Le rapport d'analyse des soumissions propose, "sous réserve de l'avis éventuel du conseiller juridique du pouvoir adjudicateur", l'attribution du marché à la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A., dont l'offre d'un montant final corrigé est de 2.111.389,53 euros H.T.V.A.

III. 5. La partie adverse ne dépose aucune décision formelle d'attribution établissant que l'acte attaqué a été pris par ses organes compétents.

III. 6. Le 18 août 2010, la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. est avertie par la partie adverse de son choix en qualité d'attributaire du marché public.

III. 7. Le 26 août 2010, la requérante est informée que son offre n'a pas été choisie. En annexe de cette information, figure l'indication des voies de recours possibles.

III. 8. Par un courrier du 9 septembre 2010, la partie adverse transmet à la requérante une copie partielle du rapport d'analyse des soumissions. Un courrier du 4 octobre 2010 viendra compléter l'envoi du 9 septembre 2010.

IV. RECEVABILITE DU DERNIER MEMOIRE DE LA PARTIE REQUERANTE

Conformément à l'article 14, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, chacune des parties dispose de trente jours pour déposer un dernier mémoire à compter de la notification du rapport de l'auditeur. Par conséquent, il y a lieu d'écarter d'office des débats le dernier mémoire transmis par la partie requérante en dehors du délai précité.

V. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET

V. 1. Thèses des parties

Dans son dernier mémoire, la partie adverse conteste le maintien de l'intérêt de la requérante à son recours, au vu des évolutions récentes de l'affaire, considérant qu'une annulation de l'acte attaqué ne lui procurerait aucun avantage. Par suite des déboires de l'un des membres de la société momentanée à laquelle avait été attribué le marché, l'exécution de celui-ci n'a pu être poursuivie, ce qui a contraint la partie adverse à lancer un marché pour compte pour la partie du lot 1 restant à exécuter. Elle considère donc que le marché initial n'existe plus et a été remplacé par

un nouveau marché. Elle relève en outre que, bien qu'ayant acquis le nouveau cahier spécial des charges, la requérante ne s'est pas rendue aux visites des lieux imposées et aurait manifesté le souhait de s'y rendre en dehors des dates prévues à cette fin. La partie adverse soutient que si la requérante déposait une offre dans le cadre de ce marché pour compte, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure cette offre serait régulière puisque les prescriptions du cahier spécial des charges relatives aux visites n'ont, à son estime, pas été respectées. Elle en conclut qu'à défaut pour la requérante de remettre une offre régulière, voire simplement de remettre une offre, elle n'a plus d'intérêt au recours de sorte que celui-ci doit être déclaré irrecevable.

A l'audience, la requérante objecte à la partie adverse qu'il est inexact de soutenir que le marché initial n'existe plus et a été remplacé par un nouveau marché, dès lors que la référence à une "mesure d'office" renvoie nécessairement au marché originaire, tel qu'il est exécuté par un tiers. Elle situe la récente mise en adjudication dans le cadre de cette mesure d'office. Elle s'étonne par ailleurs, et au vu de la chronologie des premières étapes de la procédure de passation du prétendu nouveau marché, des termes en lesquels une absence de visite des lieux (à tout le moins conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges) est dénoncée par la partie adverse. A l'estime de la requérante, la partie adverse omet de signaler qu'il y a des imperfections générales et visibles du bâtiment et une sérieuse dégradation causée par l'humidité des lieux, que le cahier des charges n'identifie pas, et qu'en outre, ce document impose à l'adjudicataire de reprendre néanmoins l'entière responsabilité des travaux déjà exécutés. Enfin, elle confirme ne pas avoir déposé d'offre dans le cadre de la nouvelle procédure.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit nécessaire de déterminer si l'adjudication portant sur la part des travaux non réalisés par la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. dans le cadre du marché litigieux relève de celui-ci ou constitue un marché nouveau, il suffit de constater – sur la base des allégations de la requérante en termes de plaidoiries, non contestées par la partie adverse – que l'obligation faite aux soumissionnaires potentiels d'assumer la responsabilité des travaux déjà exécutés par l'entrepreneur défaillant, alors qu'une visite des lieux révèle des imperfections générales et visibles, ainsi qu'une sérieuse dégradation causée par l'humidité, peut légitimement inciter un entrepreneur initialement intéressé à renoncer à une participation à la procédure d'attribution lancée dans ces conditions.

Dans ces circonstances, la défection de la requérante dans le cadre de cette nouvelle procédure d'adjudication n'autorise pas à présumer sa perte d'intérêt au recours actuellement examiné.

Il n'y a pas lieu d'accueillir l'exception d'irrecevabilité.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen pris 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 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. Elle y soutient qu'en vertu de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, 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, qu'il apparaît, en page 11 du rapport d'adjudication, que le bureau d'études a relevé un prix anormal dans l'offre de la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A., qu'il s'agit du prix remis pour le poste 18.3.5 : pompage des eaux et réalisation d'une enceinte étanche temporaire, que la partie adverse a interrogé la société momentanée sur ce prix, que celle-ci a communiqué ses justifications le 28 juin 2010, que le bureau d'études a estimé que cette dernière était dans l'incapacité de justifier le prix unitaire en question et a maintenu qu'il était anormal, que, par conséquent, la partie adverse devait déclarer l'offre irrégulière au sens de l'article 110 précité et qu'en attribuant le marché à la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. alors que celle-ci était incapable de justifier l'un de ses prix, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que le principe de l'égalité entre soumissionnaires.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse relève qu'il est exact que certains prix unitaires proposés par la société momentanée attributaire du marché ont été suspectés d'être anormaux, qu'après avoir pris connaissance des justifications données par cette dernière, il a été considéré que les prix en question devaient être considérés comme parfaitement réguliers, que, concernant le poste 18.3.5., la

justification ne permettait pas de valider le prix unitaire proposé, que, toutefois, au regard de la minime importance du poste en question, tant sur le plan financier que sur le plan technique, il a été considéré que ce poste n'était aucunement susceptible de mettre en danger l'économie du marché, qu'en effet, ce poste concerne un poste qui ne nécessite pas la mise en œuvre d'une technique spéciale, qu'il ne représente que 1,6 pour mille de la valeur globale du marché, qu'il relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère régulier d'une offre et partant de la valider, qu'à ce propos, le contrôle du Conseil d'Etat se limite à un contrôle marginal, que ce dernier se borne à vérifier que l'administration compte tenu des éléments dont elle dispose a raisonnablement pu décider de valider l'offre, et plus particulièrement le prix proposé et qu'au vu des circonstances particulières de la cause, l'offre de la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. a pu être considérée comme régulière.

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante observe que, après avoir rappelé le contenu de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il apparaît du rapport d'adjudication que le bureau d'études a relevé un prix anormal dans l'offre de l'adjudicataire, qu'il s'agit du prix remis pour le poste 18.3.5., que l'ONEM a interrogé la société momentanée sur ce prix conformément à l'article 110, § 3, de l'arrêté précité, que la société momentanée a communiqué ses justifications le 28 juin 2010, que le bureau d'études a estimé que la société momentanée était dans l'incapacité de justifier le prix unitaire en question et a maintenu qu'il était anormal, que, lorsque le pouvoir adjudicateur a constaté que la société momentanée était dans l'incapacité de justifier l'un de ses prix et qu'il a maintenu que celui-ci était anormal, il devait déclarer l'offre comme étant irrégulière au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que le Conseil d'Etat en a jugé ainsi dans l'arrêt n° 198.368 du 30 novembre 2009 : "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 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 irrégulière (...)", qu'à cet égard, la partie adverse ne saurait faire valoir que le poste en question avait peu de poids tant d'un point de vue technique que d'un point de vue financier, qu'il est d'ailleurs inexact que ce poste était peu important d'un point de vue financier, que, dans l'offre de la société T.W.T., le montant de ce poste représente 43.845,23 euros sur un montant total de 2.294.999,91 euros, soit près de 2 % et constitue le 11^{ème} poste sur 267 par ordre

d'importance, qu'il en va de même d'un point de vue technique, qu'il résulte du cahier spécial des charges que le prix du poste 18.3.5 devait inclure celui des prestations suivantes : les études de pompages des rabattements aquifères, y compris plans d'exécution et notes de calcul; l'installation de piézomètres de contrôle supplémentaires, le relevé régulier des niveaux et les essais de pompage/slug test; la mise en œuvre d'un pompage durant la durée nécessitée par l'exécution des structures; la réalisation d'un écran d'étanchéité afin de limiter l'amplitude du rabattement à l'extérieur de cet écran à 50 cm maximum, que la technique en cause est très spécifique et impose une grande complexité et technicité dans les travaux de fondations, ainsi qu'en atteste l'obligation d'inclure dans le prix remis pour ce poste le coût des études et notes de calcul, qu'en toute hypothèse, à supposer même que ce poste soit de peu d'importance, cela aurait permis à l'ONEM de ne pas demander de justification au soumissionnaire en application de l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, mais non, une fois la justification produite, de déclarer l'offre régulière alors que cette justification n'était pas satisfaisante, que, face à un poste de faible importance, un pouvoir adjudicateur est libre de demander ou de ne pas demander une justification au soumissionnaire concerné, que, s'il décide d'interroger le soumissionnaire et que la justification fournie par celui-ci ne le satisfait pas, le pouvoir adjudicateur est tenu, le caractère irrégulier de l'offre étant alors avéré, d'écarter celle-ci sous peine de violer l'article 110, §§ 2 et 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que s'il a décidé d'interroger le soumissionnaire sur ce poste, c'est qu'il a considéré que l'éventuelle irrégularité n'était pas de faible importance, qu'il ne saurait revenir sur cette appréciation après que la justification ait été produite et qu'en conséquence, en attribuant le marché à la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. alors que son offre était irrégulière, la partie adverse a violé l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le principe d'égalité entre soumissionnaires et/ou a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse insiste sur le caractère non seulement minime du poste concerné sur le plan financier, mais également sur son caractère absolument non technique et, partant, estime qu'il ne présente aucun risque pour l'économie générale du marché de sorte qu'en vertu de son pouvoir d'appréciation, elle a apprécié le caractère régulier de l'offre de l'attributaire du marché. Elle rappelle par ailleurs que le contrôle du Conseil d'Etat se limite à un contrôle marginal, se limitant à vérifier que l'administration, compte tenu des éléments dont elle dispose, a raisonnablement pu décider de valider l'offre, et plus particulièrement le prix proposé, et que, ce faisant, elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Selon 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, lorsque, en adjudication publique, l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

La régularité d'une offre doit être appréciée sur la base de l'article 110 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, le caractère normal des prix d'une offre constituant un des éléments de sa régularité, spécialement sous l'angle de la correspondance de ces prix avec la réalité.

En son paragraphe 3, qui a été appliqué en l'espèce, cet article est libellé comme suit :

" Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long.

La preuve de l'envoi de ces justifications incombe au soumissionnaire.

Lors de la vérification de prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications se référant notamment :

- 1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lorsque le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne."

Il ressort de ces dispositions que, 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.

La circonstance que les justifications apportées par le soumissionnaire interrogé à cette fin soient soumises à l'appréciation du pouvoir adjudicateur auquel le Conseil d'Etat ne peut se substituer, ne fait nullement obstacle à l'application de cette règle. Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière.

En l'espèce, la partie adverse ne produit pas l'acte attaqué, mais ne conteste pas les éléments du rapport d'analyse des offres invoqués par la requérante à l'appui de son moyen. Rien n'autorise donc à douter de ce que les motifs de l'acte attaqué sont les mêmes que ceux contenus au rapport d'analyse des offres.

Dès lors qu'il apparaît, et n'est pas contesté, que le prix proposé par la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A. pour le poste 18.3.5 "Pompage des eaux et réalisation d'une enceinte étanche temporaire" a été considéré comme anormal après l'examen des justifications fournies à ce propos, la partie adverse n'a pu décider d'attribuer le marché litigieux à ladite société momentanée, sans méconnaître les dispositions précitées. Il s'ensuit que le moyen est fondé.

Il n'y a lieu d'examiner ni le second moyen de la requête, ni le moyen soulevé d'office par le Premier auditeur rapporteur, lesquels, à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation aux effets plus étendus de l'acte attaqué.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est annulée la décision par laquelle l'Office National de l'Emploi attribue le lot n° 1 du marché concernant la transformation d'un bâtiment existant et la construction d'un nouveau bâtiment pour les bureaux de chômage de Nivelles, rue des Heures Claires, 46 (adjudication publique n° 2010/22000/013) à la société momentanée LAURENT S.P.R.L. & DEROUBAIX S.A.

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 vingt-quatre septembre deux mille douze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Yves HOUYET,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.