

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.630 du 2 octobre 2014

G./A.213.657/VI-20.261

En cause : **1. la société anonyme VIABUILD SUD,
2. la société anonyme VIABUILD,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures, en abrégé SOFICO,**

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 12 septembre 2014, la société anonyme VIABUILD SUD et la société anonyme VIABUILD sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la SOFICO du 29 août 2014 attribuant à la S.A. ASWEBO le «marché de travaux de A15-Courcelles Viesville remplacement de revêtement + remplacement du revêtement de la voie 2 dans le sens négatif de circulation entre Courcelles (Bk90) et Thiméon (Bk84)»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 15 septembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 septembre 2014 à 11 heures.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Irène MATHY, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Xavier CLOSE, loco Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue 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

Le marché litigieux, qui a fait l'objet d'avis publiés au bulletin des adjudications le 7 mars 2014 et au supplément au journal officiel de l'Union européenne le 12 mars 2014, rectifiés par la suite, est soumis à la procédure ouverte d'adjudication.

Il a été attribué, le 29 août 2014, à la société ASWEBO.

Il s'agit de la décision attaquée.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le moyen unique est pris de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation

des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe général de droit selon lequel les motifs doivent être admissibles, pertinents et adéquats, du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Les parties requérantes font valoir que la décision attaquée n'est pas suffisamment motivée en ce qu'elle se fonde uniquement sur la "faculté" dont dispose le pouvoir adjudicateur d'écarter une offre qui contient des omissions dans le métré. Selon elles, le pouvoir adjudicateur est tenu d'exercer son pouvoir d'appréciation en fonction de la réalité et de l'importance de l'omission et donc, en fonction de son incidence sur la régularité de l'offre.

Elles développent leur thèse en précisant, notamment ce qui suit :

- L'omission ne porte que sur 11 postes du métré sur 130, et non 13, de sorte que la décision attaquée est, déjà, entachée d'une erreur dans les motifs à cet égard; en effet, contrairement à ce qu'indique la décision attaquée, les postes 110 et 122 sont bien repris dans le métré de l'offre des requérantes, et assortis d'un prix;
- Ces postes ne portent pas sur des éléments essentiels du marché et sont d'ailleurs, pour dix d'entre eux, classés au métré sous le chapitre «Travaux divers»; ainsi, l'offre des requérantes était bien complète concernant les prestations les plus substantielles du marché, reprises sous les chapitres 1 «Signalisation de chantier», 2 «Etude», 3 «Travaux préparatoires», 4 «Passage de Police», 5 «Revêtements routiers», 6 «Drains et filet d'eau» et 7 «Marques horizontaux»; qui plus est, on peut relever parmi les 11 postes manquants une somme réservée pour travaux spécifiques non prévus et un poste optionnel pour supplément pour travail durant les congés de la construction - de tels postes, outre leur caractère accessoire confirmé par leur classement sous le chapitre «Travaux divers», sont nécessairement d'une importance toute relative, ayant potentiellement vocation à ne jamais être utilisés en cours d'exécution du marché -;
- Des estimations que peuvent en faire les requérantes (pièce n° 2 confidentielle), sur la base des prix initialement prévus dans leur offre, et dont le transfert entre les deux métrés Excel successivement fournis par la partie adverse a échoué, ces postes représenteraient, ensemble (y compris les deux postes optionnel et de somme réservée), un montant de 186.343,94 €, correspondant donc à environ 3 % de la valeur du marché; rien, dans la décision attaquée, ne permet de considérer que cette estimation ne serait pas réaliste et comparable aux prix remis pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Il en résulte que l'omission commise, de toute bonne foi (voyez à cet égard l'exposé des faits), par les requérantes dans leur offre n'était manifestement pas d'une ampleur et d'une importance telles qu'il aurait été raisonnable et proportionné de décider d'écarter celle-ci sans autre analyse. Dans de telles circonstances, la partie adverse se devait d'utiliser l'alternative qui lui était offerte par l'article 97, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, afin de compléter les postes manquants au métré déposé par les parties requérantes, et ne pouvait pas se contenter d'ignorer simplement celle-ci.

Enfin, eu égard à l'écart entre l'offre des requérantes et la deuxième offre régulière, il incombait également à la partie adverse de vérifier si, par l'application de l'opération prévue par l'article 97, § 3, précité, afin de compléter l'offre des requérantes des montants omis, celle-ci demeurerait ou non classée en première position, devant l'offre de l'entreprise adjudicataire.

En l'espèce, il ressort effectivement des calculs effectués par les requérantes qu'une fois complétée des 11 postes omis, leur offre se serait élevée à 5.701.344,79 €, et serait donc demeurée inférieure de plus de 265.000 € à celle de l'adjudicataire désigné par la décision entreprise. Même à supposer que le résultat de l'application de la formule prévue par l'article 97, § 3, ait été quelque peu différent, on ne peut que s'étonner, au vu d'une telle marge, que la partie adverse ait donc préféré attribuer le marché à une offre moins avantageuse, plutôt que de (tenter de) compléter l'offre des requérantes.

Le «choix» effectué en l'espèce par la partie adverse a donc eu, à défaut de démonstration du contraire dans la décision attaquée, une influence déterminante sur le classement final des offres et, partant, sur la teneur de cette décision."

B. Note d'observations

La partie adverse soutient que la motivation de l'acte attaqué permet de comprendre la raison pour laquelle l'offre des parties requérantes a été écartée.

Elle précise que l'article 97, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 contient un régime spécifique d'exclusion des offres distinct du régime prévu par l'article 95 du même arrêté, celui-ci étant inapplicable en l'espèce.

Enfin, selon elle, il ne peut être sérieusement affirmé que tout pouvoir adjudicateur confronté à une offre où onze prix unitaires sur cent trente ne sont pas complétés (soit 8,5% des postes du marché) aurait nécessairement décidé de rectifier l'offre et de la prendre en considération. Elle estime donc qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne rectifiant pas l'omission.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée est, notamment, motivée comme suit :

" Examen des offres et attribution du marché :

Considérant que l'offre de l'AM VIABUILD² SUD contient un métré récapitulatif incomplet (il manque les prix des postes 110 à 122);

Considérant que de ce fait, l'administration choisit conformément à la faculté qui lui est octroyée par l'art 97 § 3 de l'arrêté royal du 15/07/2011, d'écarter l'offre de l'AM VIABUILD² SUD comme irrégulière;

Considérant qu'après correction, le cas échéant, des erreurs de calcul, le classement des offres s'établit comme suit :

- ASWEBO	5.966.662,22 € HTVA
- BAM BETONAC	5.982.488,88 € HTVA
- AM WANTY TRBA	6.085.179,52€ HTVA
- EUROVIA BELGIUM	6.098.859,19€ HTVA
- COLAS BELGIUM	6.606.647,88€ HTVA
AGENCE ENROVIA	

Considérant que la S.A. ASWEBO a remis l'offre la plus basse".

L'article 97, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sur lequel se fonde la partie adverse pour déclarer l'offre des requérantes irrégulière, dispose comme suit :

" § 3. Lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission par application de la formule suivante : [...]".

Le pouvoir adjudicateur a donc le choix entre d'une part, écarter l'offre comme irrégulière ou d'autre part, la retenir en réparant l'omission en appliquant la formule réglementairement prévue dans les circonstances visées.

Il ne suffit donc pas que la partie adverse constate qu'un métré, ou un inventaire, est incomplet mais bien qu'elle justifie pourquoi elle choisit d'écarter l'offre plutôt que de rectifier l'omission.

En l'espèce, il apparaît de la motivation reproduite ci-dessus que la partie adverse est en défaut de justifier ce choix.

Dès lors, le moyen unique est sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Demandes des parties

A. Requête

Les requérantes demandent la confidentialité de leur offre ainsi que de la pièce suivante :

" Par ailleurs, la pièce n° 2 du dossier confidentiel des requérantes comportant le détail de leur prix pour plusieurs postes du marché - à savoir les postes omis dans leur offre, formant la pièce n° 1 du dossier confidentiel des requérantes, évoquée ci-dessus -, il convient également de traiter cette pièce comme confidentielle à l'égard des tiers et éventuels intervenants. Les requérantes en joignent toutefois

copie à l'intention de la partie adverse dans le cadre de la communication de leur requête, afin de lui permettre de répondre aux arguments qui en sont déduits dans celle-ci."

B. Note d'observations

La partie adverse formule la demande suivante :

" La partie adverse dépose dans la partie confidentielle du dossier (farde B) l'offre des requérantes et celle de la société ASWEBO.

L'analyse pratiquée par le bureau des prix, dans la mesure où elle contient les prix des différents soumissionnaires, est également versée dans la partie confidentielle du dossier."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A ce stade de la procédure, il y a lieu de maintenir la confidentialité des offres des parties requérantes et de la société anonyme ASWEBO ainsi que du détail des prix pour les postes 111 à 121 du métré déposé par les requérantes et de l'analyse du bureau des prix déposée par la partie adverse.

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

Article 1^{er}

Est suspendue l'exécution de la décision de la SOFICO du 29 août 2014 attribuant à la société ASWEBO le "marché de travaux de A15-Courcelles Viesville remplacement de revêtement + remplacement du revêtement de la voie 2 dans le sens négatif de circulation entre Courcelles (Bk90) et Thiméon (Bk84)".

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 et 2 du dossier de pièces confidentielles des parties requérantes ainsi que les pièces 1, 2 et 3 de la partie confidentielle du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, 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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux octobre deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.