

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 228.708 du 8 octobre 2014

G./A.202.245/VI-19.297

En cause : **la société anonyme THOMAS ET PIRON HOME**,  
anciennement dénommée THOMAS ET PIRON,

ayant élu domicile chez  
Me Jean-François JAMINET, avocat,  
rue Doumier, n° 159,  
4430 Ans,

contre :

**la Commune de Courcelles,**

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

---

**LE CONSEIL D'ETAT, VI<sup>e</sup> CHAMBRE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 28 octobre 2011, la société anonyme THOMAS ET PIRON, actuellement dénommée THOMAS ET PIRON HOME, demande l'annulation de "la délibération du collège communal de la commune de Courcelles du 29 juin 2011, par laquelle la partie adverse a décidé [... de] déclarer l'entreprise ACH Construct - rue Sart-Dames-Avelines 46 à 6210 Les Bons Villiers adjudicataire pour le marché de promotion de travaux portant sur «le financement, la conception et la construction d'un immeuble destiné à accueillir une crèche de 36 places sur un terrain sis rue Baudouin I<sup>er</sup> à 6180 Courcelles, au montant de 2.143.593, 60 TVAC ainsi que l'annulation de la décision implicite de la partie adverse de ne pas attribuer le marché susmentionné à la partie requérante".

**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<sup>me</sup> l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 17 septembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Yves SCHNEIDER, loco Me Jean-François JAMINET, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Mathieu DEKLEERMAKER, loco Me Marc UYTENDAELE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M<sup>me</sup> l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire.

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. Lors de sa séance du 29 octobre 2009, le conseil communal de Courcelles a décidé de passer, selon la procédure de l'appel d'offres général, un marché de promotion de travaux portant sur le financement, la conception et la construction d'un immeuble destiné à accueillir une crèche de trente-six places sur un terrain sis rue Baudouin I<sup>er</sup> à Courcelles.

III. 2. La requérante et ACH CONSTRUCT sont les seules entreprises à avoir déposé une offre.

III. 3. Par un courrier électronique du 24 novembre 2010, la partie adverse a demandé à la requérante d'affiner les remarques formulées dans son acte d'engagement en précisant, d'une part, la notion de 365 jours calendrier et, d'autre part, de quantifier "*ad summum*", au regard de l'expérience des deux derniers hivers, les périodes d'intempéries et de force majeure. En ce qui concerne le prix, elle lui a

également demandé de préciser la cause et la nature des possibles imprévus évoqués dans l'offre.

III. 4. La requérante a répondu par un courrier électronique du 1<sup>er</sup> décembre 2010, que le prix de son offre devait être considéré comme un prix forfaitaire et qu'il n'y avait aucun imprévu à prévoir pour autant qu'aucune modification ne soit apportée au projet décrit dans l'offre. Elle précisait également, concernant le délai, qu'elle pouvait limiter la période d'intempérie à vingt jours maximum.

III. 5. A la suite d'un entretien téléphonique avec le directeur des travaux de Courcelles, la requérante a indiqué, le 10 janvier 2011, que :

" Le prix est bel et bien un prix forfaitaire. Les erreurs ou omissions sont entièrement à notre charge. Les seuls suppléments éventuels qui pourraient survenir seraient les avenants en cas de demande complémentaire de votre part, ou de modifications que vous nous demanderiez. Le principe est bien la livraison d'une crèche complètement terminée en «clé sur porte»".

Elle ajoutait ceci :

" Il en est de même concernant le délai d'exécution. S'il devait il y avoir plus de 20 jours d'intempéries, cela réduirait d'autant notre délai d'exécution. Il faut donc considérer que notre délai est de 385 jours calendrier quelles [sic] que soit le nombre de jours d'intempéries".

III. 6. Par un courrier du 13 janvier 2011, la requérante a confirmé que son prix devait être considéré comme un prix forfaitaire sans aucune réserve et que le délai de construction (y compris intempéries) était de 385 jours calendrier.

III. 7. Le 9 mars 2011, la partie adverse a attribué le marché à ACH CONSTRUCT. Cette décision a été annulée, le 7 juin 2011, par l'autorité de tutelle au motif que ni le rapport d'analyse des offres, ni la délibération ne permettaient aux participants de comprendre les motifs de la décision.

III. 8. Le 29 juin 2011, le collège communal de Courcelles a décidé de déclarer irrégulière l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à ACH CONSTRUCT.

Cette décision est motivée comme suit :

" [...] Vu la délibération du Conseil communal du 03 novembre 2008 arrêtant le principe de recourir à l'établissement d'un projet de cahier spécial des charges pour un marché de promotion de travaux portant sur le financement la conception et la

construction d'un immeuble destiné à accueillir une crèche communale de 36 places sur un terrain sis rue Baudouin 1<sup>er</sup> à Courcelles;

Vu les dispositions légales relatives aux marchés publics énumérées ci-avant lesquelles prescrivent de passer le marché de promotion de travaux par la procédure d'appel d'offre général;

Vu que les crédits appropriés sont inscrits en dépense au service extraordinaire du budget de l'exercice 2011 et à l'article 84422/712-56 ( n° de projet 20110034);

Vu le courrier du Département des infrastructures subsidiées approuvant sans remarque le dossier,

Vu le courrier du 21 mai 2010 de la Tutelle d'annulation;

Attendu que les travaux ont été mis en adjudication en date du 30 septembre 2010;

Vu le procès-verbal d'ouverture des soumissions à laquelle il a été procédé en séance le 30 septembre 2010, deux entreprises ont remis prix :

- 1) THOMAS & PIRON - rue de Maissin 14 à 6852 Our-Paliseul,
- 2) ACH CONSTRUCT - rue Sart-Dames-Avelines 46 à 6210 Les Bons Villers;

Vu la délibération du Collège communal en sa séance du 9 mars 2011 par laquelle il attribuait le marché par appel d'offres général à l'entreprise ACH CONSTRUCT au montant de 2.143.593, 60 TVAC;

Attendu que cette délibération a été annulée par l'arrêté du Ministre des pouvoirs locaux et de la ville, Monsieur Paul Furlan, en date du 7 juin 2011;

Vu le courrier du 22 juin 2011 de l'entreprise ACH CONSTRUCT par lequel celle-ci prolonge la validité de son offre jusqu'au 31 juillet 2011;

Vu le rapport d'analyse des soumissions, rectifié afin de répondre aux exigences de motivations conformément à l'Arrêté du Ministre des pouvoirs locaux et de la Ville du 7 juin 2011, dressé par Monsieur DACHE, Directeur des travaux;

Attendu qu'il ressort de ce rapport que l'entreprise Thomas & Piron est entachée d'irrégularités telles qu'elle doit être déclarée nulle et non avenue et partant ne peut être sélectionnée;

Qu'en effet, la société a proposé un délai de 365 jours hors intempéries. Elle impose donc, par cette restriction «hors intempéries», la modification du délai de l'offre en jours ouvrables et non plus en calendrier conformément à l'article 12 du cahier des charges. En aucune circonstance, Thomas & Piron ne fait référence au caractère anormal de certaines intempéries. Il vise donc par le terme « intempéries » autant les intempéries normales que les intempéries extraordinaires. Or, l'objectif essentiel d'un délai de date à date est de faire prendre en considération par l'entrepreneur tous les jours du délai aussi bien les jours non ouvrables que les ouvrables sans pour autant exclure a priori l'hypothèse d'une prolongation en cas de circonstances extraordinaires (M.A FLAMMÉ, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, CL. DARDENNE, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, op cit., p. 546);

Que la société fait, de plus, mention de quantités présumées aux postes suivants : radier avec retombée périphérique, remblais au sable stabilisé damé, acier. Que cela va à l'encontre de l'article 7 du cahier des charges qui exige pour chaque poste relatif aux travaux de construction une quantité totale et un prix unitaire. Qu'en

outre, le Conseil d'Etat dispose que le fait d'indiquer des quantités présumées à certains articles du bordereau des prix unitaires alors que ces articles prévoient des prix globaux, constitue une modification de nature à influencer les conditions essentielles du marché à savoir les prix (Arrêt du CE du 27 octobre 1978 commenté in M.A FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, CL DARDENNE, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, op cit., p. 981).

Attendu que seule l'offre de l'entreprise ACH CONSTRUCT est dès lors sélectionnée et régulière;

Attendu que ce rapport préconise la désignation de l'Entreprise ACH CONSTRUCT - rue Sart-Dames-Avelines à 6210 Les Bons Villers, au montant de 2.143.593, 60 TVAC [...]"

III. 9. Le 29 juillet 2011, le Ministre wallon des Pouvoirs locaux et de la Ville a indiqué à la partie adverse que cette délibération n'appelait aucune mesure de tutelle de sa part et qu'elle était donc devenue pleinement exécutoire.

III. 10. La décision du 29 juin 2011 a été notifiée à la requérante et à l'attributaire du marché par des courriers datés du 30 août 2011. Elle constitue le premier acte attaqué, la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante constituant le second acte attaqué.

#### IV. RECEVABILITE

##### IV.1 Thèses des parties

La partie adverse expose que le recours n'est pas recevable en ce qu'il est dirigé à l'encontre de la seconde décision attaquée, à savoir la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, car le marché litigieux a été attribué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres tant et si bien que celle-ci ne peut se prévaloir d'aucune disposition législative ou réglementaire dont il ressortirait qu'elle aurait dû lui attribuer le marché.

La requérante constate en réplique que la partie adverse ne conteste pas la recevabilité de la requête en ce qui concerne la décision d'attribuer le marché de promotion de travaux visé à ACH CONSTRUCT, mais uniquement en ce qui concerne la décision implicite de ne pas lui attribuer ce marché. Elle expose que cette décision n'étant que la conséquence de la première, le recours intenté à son encontre est tout autant recevable. Elle souligne, en outre, que puisque seules deux offres avaient été déposées pour ce marché, que seule son offre était régulière et recevable et que la partie adverse n'a pas décidé de renoncer à passer ce marché, il est inexact

d'affirmer qu'elle ne peut se prévaloir du fait que le marché aurait dû lui être attribué. Elle en déduit que le recours est recevable également contre la décision implicite de ne pas lui attribuer ce marché.

#### IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Lorsqu'un avantage déterminé est mis en concurrence et que cet avantage est, en fin de compte, explicitement accordé à l'un des soumissionnaires, cette décision d'attribution doit en règle générale faire apparaître, *ipso facto* et nécessairement, que l'avantage en question n'est pas accordé aux autres soumissionnaires. Si, à la suite du recours d'un candidat évincé, la décision d'attribution explicite est annulée, le refus d'accorder l'avantage aux autres soumissionnaires disparaît du même coup, dans la mesure où il ne pouvait être déduit que de l'existence de la décision d'attribution.

Il n'en reste pas moins que dans des cas exceptionnels un requérant peut démontrer spécifiquement, dans ses moyens, que l'avantage accordé au tiers devait au contraire lui être attribué. Cela n'implique pas nécessairement que le requérant doive se prévaloir d'une disposition légale ou réglementaire sur la base de laquelle l'avantage devait lui être accordé. Même lorsque l'autorité disposait initialement d'une marge d'appréciation discrétionnaire, il peut être possible que dans le cadre du recours en annulation, compte tenu de toutes les circonstances concrètes de la cause, il faille admettre que cette autorité ne peut pas légalement refuser d'accorder l'avantage au requérant.

Dans ce contexte, on ne peut admettre que le recours contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché après un appel d'offres au requérant serait *a priori* irrecevable. Pour statuer sur le recours contre le refus implicite d'attribuer le marché au requérant, il faut à tout le moins examiner si celui-ci invoque un moyen qui, eu égard à tous les éléments dont il faut tenir compte dans le cadre du recours, aboutit à la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que de lui attribuer le marché. L'appréciation de l'exception conduit dès lors à l'examen du fond du litige et se confond avec celui-ci.

L'exception est, dès lors, liée à l'examen du fond du litige.

## V. SECOND MOYEN

### V.1. Thèses des parties

#### A. Requête

La requérante prend un second moyen de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et particulièrement de ses articles 1<sup>er</sup> et 16, des articles 110, 114 et 115 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, et particulièrement de ses articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, ainsi que du principe "*patere legem quam ipse fecisti*" et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, elle explique qu'il résulte de son acte d'engagement, qui prime le métré qui y est joint, que l'offre a été établie conformément au cahier spécial des charges, que ses prix individuels et globaux étaient donc bien des prix forfaitaires et qu'il est dès lors inexact de soutenir que son offre violait l'article 7 du cahier spécial des charges. Elle confirme que son intention, rappelée dans son courriel du 1<sup>er</sup> décembre 2010 et son courrier du 13 janvier 2011, a toujours été, malgré le métré, de prévoir des prix forfaitaires pour les prix individuels et globaux du marché et en déduit que les prix et quantités affichés dans son offre devaient être tenus pour forfaitaires malgré les erreurs (matérielles) du métré, conformément à l'article 7 du cahier spécial des charges, de telle sorte qu'en tant qu'elle affirme que l'offre est irrégulière au motif qu'elle serait contraire à l'article 7 du cahier spécial des charges, la délibération attaquée est matériellement inexacte et irrégulièrement motivée.

Dans une deuxième branche, elle estime que face à une erreur matérielle du métré, le pouvoir adjudicateur aurait dû procéder à sa correction et l'interroger en cas de doute, ce qu'il n'a pas fait, contrairement à l'article 114, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité. Elle rappelle que, compte tenu de son intention claire de se conformer au cahier spécial des charges et donc de déposer une offre affichant un prix global forfaitaire, chaque poste du métré devait être considéré comme affichant un prix unitaire et des quantités forfaitaires de telle sorte que la mention de quantités présumées devait être interprétée comme une erreur matérielle. Elle relève que la remise d'un prix multiplié par les quantités présumées au lieu d'un

prix unitaire a déjà été considérée par le Conseil d'Etat comme une erreur matérielle et note que, face à une erreur matérielle du métré, le pouvoir adjudicateur aurait dû procéder à sa correction et était en outre, en toute hypothèse, tenu de l'interroger en cas de doute. Elle en déduit qu'en rejetant son offre comme entachée d'une erreur matérielle sans lui demander de préciser son offre à ce propos, comme le lui imposait l'article 114, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, et sans indiquer, en toute hypothèse, que cette irrégularité empêchait la comparaison des offres ou qu'il ne lui était pas permis de corriger cette erreur selon ses propres évaluations, le pouvoir adjudicateur a violé l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ou, à tout le moins, a commis une erreur manifeste d'appréciation constitutive d'un excès de pouvoir.

Dans une troisième branche, elle constate qu'en toute hypothèse, il est inexact d'affirmer que la mention de quantités présumées pouvait avoir une influence sur une condition essentielle du marché, à savoir le prix, compte tenu de l'article 24 du cahier général des charges, disposition à laquelle il n'est pas dérogé. Elle expose que le rejet de son offre est également motivé par la circonstance qu'admettre cette offre pourrait avoir une influence sur un élément essentiel du marché, à savoir les prix, ce qu'elle estime inexact, car suivant l'article 24 du cahier général des charges, dans le cas de travaux à prix global, comme en l'espèce pour les postes relatifs aux travaux de construction, l'entrepreneur est censé avoir établi le montant de son offre d'après ses propres opérations, calculs et estimations. Elle observe que dès l'ouverture des offres, il n'est plus autorisé à introduire une réclamation du chef des erreurs ou omissions et qu'il s'ensuit que la mention, erronée, de quantités forfaitaires dans le métré joint à son offre est sans influence aucune sur le prix. Elle en déduit que la motivation de l'acte attaqué est, en conséquence, erronée.

## B. Mémoire en réponse

La partie adverse estime, tout d'abord, qu'elle a raisonnablement pu estimer que la réponse de la requérante à son mail du 24 novembre 2010 n'était pas de nature à la rassurer s'agissant de l'indication de quantités présumées dans le métré descriptif. Elle explique que l'affirmation de la requérante selon laquelle "le prix de notre offre doit être considéré comme un prix forfaitaire et qu'il n'y a aucun imprévu à prévoir pour autant qu'aucune modification ne soit apportée au projet décrit dans notre offre", n'enlève rien au fait que, pour certains postes, des quantités présumées sont mentionnées et que la seule explication à la présence de ces quantités présumées dans l'offre est de permettre une modification du prix en fonction des quantités totales qui seront finalement nécessaires à la réalisation du marché. Elle estime que l'affirmation selon laquelle : "il n'y a aucun imprévu à prévoir pour autant qu'aucune modification ne soit apportée au projet décrit dans notre offre", ne permet, en effet, pas de rassurer

sur la régularité du prix de l'offre pour le motif qu'une modification d'une quantité présumée lors de la réalisation de l'ouvrage équivaut, en réalité, à une modification du "projet décrit dans [l'] offre". Elle souligne que la requérante ne s'est d'ailleurs jamais exprimée à propos de la mention de quantités présumées dans le métré descriptif de son offre avant de prendre connaissance de la décision motivée d'attribution et d'affirmer, comme si cela était une évidence, que son intention "a toujours été, malgré le métré, de prévoir des prix forfaitaires pour les prix individuels et globaux du marché", la mention de quantités présumées n'étant rien d'autre qu'une "erreur matérielle".

Elle considère ensuite qu'elle n'a pas non plus commis d'erreur manifeste d'appréciation en retenant que l'indication de quantités présumées en lieu et place de quantités totales était susceptible d'être à l'origine d'une irrégularité de l'offre, car, ainsi qu'elle le relève dans le rapport d'analyse des offres, le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'indiquer des quantités présumées en lieu et place de quantités totales revenait à formuler une réserve à ce point importante qu'elle est de nature à influencer l'une des conditions essentielles du marché, à savoir le prix.

#### C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne la première branche, la requérante observe que son offre confirme qu'elle est établie conformément au cahier spécial des charges, de sorte que tout poste établi en contradiction doit être considéré comme une erreur matérielle. Elle relève également avoir clairement indiqué à la partie adverse dans un mail du 1<sup>er</sup> décembre 2010 que le prix de son offre doit être considéré comme forfaitaire de telle sorte que la partie adverse ne pouvait raisonnablement considérer que son offre n'était pas entachée d'une erreur matérielle. Elle considère que son obstination à refuser de voir dans l'offre une telle erreur est d'autant moins explicable que, contrairement à ce qu'elle affirme, il n'aurait pas été possible de modifier les prix sans modification du projet, compte tenu de l'article 24 du cahier général des charges.

En ce qui concerne la deuxième branche, elle constate que la partie adverse ne formule aucune réplique directe quant à cette branche du moyen.

En ce qui concerne la troisième branche, elle observe que la partie adverse se limite à rappeler l'arrêt auquel il était fait référence dans son rapport d'analyse des offres, mais ne conteste pas que, compte tenu de l'article 24 du cahier général des charges, la mention, erronée, de quantités présumées dans le métré joint à son offre est sans influence aucune sur le prix et n'établit pas davantage, pour justifier le constat d'irrégularité de l'offre, qu'il lui aurait été impossible de comparer les prix.

## D. Derniers mémoires

La partie adverse s'est limitée à solliciter la poursuite de la procédure.

La partie requérante réagit au rapport de l'auditorat en faisant valoir que la partie adverse ne peut pas prétendre qu'elle ne se serait pas formellement engagée à exécuter le marché en cause en contrepartie d'un montant forfaitaire. En effet, la requérante s'est engagée formellement, en complétant et signant un acte d'engagement dont le modèle était fourni par la partie adverse, à réaliser l'étude, le financement et la construction du projet conformément au cahier spécial des charges. Elle ajoute que bien que le métré ait prévu pour trois postes la mention "QP" (pour "quantité présumée") et non "QF" (pour "quantité forfaitaire") cette erreur n'a pas, en tout état de cause, eu d'incidence sur le prix global qu'elle a remis. Elle expose qu'en outre, l'analyse de différents postes du métré démontre que dans le cas où une quantité présumée a été mentionnée, la mise en œuvre de ces postes était liée et dépendait de celle d'autres postes pour lesquels des quantités forfaitaires étaient indiquées, en sorte que les quantités renseignées erronément en quantités présumées ne pouvaient, en réalité, se comprendre que comme des quantités forfaitaires. Le doute n'était selon elle pas permis et il est manifeste que son intention a toujours été de proposer un prix forfaitaire définitif. Elle rappelle, en outre, qu'interrogée sur son prix par la partie adverse, elle lui a répondu sans ambiguïté dans ses courriels du 1<sup>er</sup> décembre 2010 et du 13 janvier 2011 que son offre devait "être considérée comme un prix forfaitaire sans aucune réserve". Elle fait valoir à cet égard que si le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'interroger un soumissionnaire afin de lui demander des précisions sur son offre, il ne peut pas, s'il fait usage de cette possibilité, ignorer purement et simplement ses réponses. Or, selon la requérante, la décision d'attribution du marché ne mentionne ni le fait que la partie adverse l'a interrogée sur son prix, ni ses réponses. Elle conteste par ailleurs que ses courriers électroniques puissent s'analyser comme une tentative de modifier postérieurement son offre, ainsi que l'estime l'auditorat, ceux-ci n'ayant eu d'autre objet que de confirmer le caractère forfaitaire de son offre. Enfin, la requérante soutient que la partie adverse aurait pu et dû rectifier l'erreur matérielle relevée dans son métré.

## V.2. Décision du Conseil d'Etat quant aux trois branches réunies

Il convient, en premier lieu, de relever qu'il n'est pas contesté que le métré joint à l'offre de la requérante prévoit, pour les postes 14.04 (une fois), 14.11 (une fois) et 20.20 (deux fois), des quantités présumées et non des quantités forfaitaires et ce alors que l'article 7 du cahier spécial des charges précise expressément que, pour les

postes relatifs aux travaux de construction, chaque poste du métré récapitulatif doit stipuler une quantité totale et un prix unitaire (dont le produit équivaut au montant forfaitaire du poste) qui sont à prendre en compte en cas de modification à l'ouvrage ordonnée par le pouvoir adjudicateur.

Il n'apparaît pas contestable non plus que le recours à la notion de quantité présumée a une incidence sur le prix, celui-ci n'étant pas définitivement fixé tant que le montant réel pour ces postes n'a pas été déterminé en fonction de la quantité réelle utilisée. La requérante soutient cependant que les quantités présumées qu'elle renseigne doivent en réalité s'entendre comme des quantités forfaitaires, seules des erreurs matérielles pouvant expliquer l'usage des lettres "QP" en lieu et place des lettres "QF" pour certains postes du métré.

La thèse de l'erreur matérielle ne trouve néanmoins aucun appui dans la lecture du métré. La mention "QP" apparaît dans celui-ci à quatre reprises, à des endroits différents, et est chaque fois précédée ou suivie dans la colonne de postes mentionnés en "QF" ou en "PM", en sorte que les postes renseignés en "QP" se distinguent clairement des autres postes sans qu'aucune erreur de manipulation ne semble de nature à pouvoir expliquer leur apparition non intentionnelle à cet endroit. La partie requérante soutient toutefois dans son dernier mémoire que la lecture combinée des différents postes du métré aurait dû amener le pouvoir adjudicateur à conclure à l'existence d'une erreur matérielle. Son raisonnement ne convainc cependant guère. En effet, la circonstance que les quantités renseignées pour certains postes le sont en quantité forfaitaire, n'entraîne pas qu'il doive en aller nécessairement de même pour tous les matériaux utilisés pour les aspects de la construction qui y sont liés ou qui en dépendent. Au contraire, la juxtaposition dans le métré de postes pour lesquels les matériaux sont estimés en quantité forfaitaire et de postes pour lesquels ils sont estimés en quantité présumée, indique que si l'entrepreneur accepte pour les premiers d'assumer seul le risque d'erreur dans le calcul des matériaux nécessaires, en plus ou en moins, il n'entend pas en faire de même pour les autres, quoi qu'il en soit par ailleurs de la quantité réellement utilisée pour les postes mentionnés en quantité forfaitaire. En renseignant pour certains postes une quantité présumée, il indique donc clairement qu'il se réserve, pour ces postes-là, la possibilité de revoir le prix en fonction de la quantité effectivement utilisée.

La requérante ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle invoque l'article 24 du cahier général des charges ou son engagement à respecter le cahier spécial des charges. En effet, en ayant recours à la notion de quantité présumée, la requérante ne s'est, contrairement à ce qu'elle soutient, pas inscrite dans le cadre de

travaux à prix global, mais a introduit une inconnue qui ne permet pas de déterminer le montant exact de son offre.

De même, le fait que la requérante a complété le formulaire d'engagement joint au cahier spécial des charges, dont il ressort que le soumissionnaire s'engage conformément au cahier spécial des charges pour le prix mentionné dans l'offre ne permet pas davantage de considérer qu'en portant la mention "QP" pour les postes 14.04, 14.11 et 20.20, la requérante a commis des erreurs purement matérielles. En renseignant des quantités présumées pour certains postes, l'offre de la requérante dérogeait donc bien à l'article 7 du cahier spécial des charges.

Les différents courriers électroniques adressés par la requérante à la partie adverse, ne permettent pas non plus d'inférer que la partie requérante aurait toujours eu l'intention de donner un prix unitaire. En effet, comme il a déjà été indiqué, la mention de quantités présumées aux postes litigieux montre à suffisance que la requérante n'entendait, du moins initialement, pas se priver de la possibilité de revoir le prix en fonction des quantités réelles de ces postes, ce qui est incompatible avec un prix forfaitaire. La circonstance que dans les courriers envoyés ultérieurement au dépôt de l'offre, la requérante aurait marqué son intention de s'en tenir à un prix forfaitaire, à supposer qu'elle ait été dénuée d'ambiguïté ainsi qu'elle le soutient, n'autorise pas à considérer que cette intention était présente dès le dépôt de l'offre. Rien n'autorise non plus à considérer, comme le fait la requérante, que l'offre et les écrits ultérieurs procèdent d'une unité d'intention, en sorte que l'offre ne pourrait être comprise qu'à la lumière de cette prétendue intention unique, explicitée dans les courriers ultérieurs à la soumission, et que les aspects de l'offre qui y dérogent devraient, par conséquent, être écartés comme autant d'erreurs matérielles. En réalité, la comparaison de l'offre et des réponses apportées par la partie requérante à la demande d'information de la partie adverse fait apparaître une évolution, sinon une divergence, dans les intentions affichées dans ces écrits. Les courriers adressés par la requérante en réponse à l'interrogation de la partie adverse doivent donc, au mieux, se lire comme une tentative de modifier postérieurement son offre afin de se conformer au cahier spécial des charges en transformant les quantités présumées en quantités totales, ce qui ne peut être admis.

Dans la mesure où ces réponses ont pour effet de modifier le contenu de l'offre initiale, la partie adverse ne pouvait en tenir compte, contrairement à ce que soutient la requérante.

Enfin et dès lors que le recours à la notion de quantité présumée n'apparaît pas comme étant une erreur purement matérielle, il ne peut être reproché à la partie

adverse de ne pas avoir mis en œuvre la procédure visée par l'article 114, § 1<sup>er</sup>, 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 applicable au marché litigieux.

Le deuxième moyen n'est, dès lors, fondé en aucune de ses branches.

## VI. PREMIER MOYEN, PREMIERE ET DEUXIEME BRANCHES

Les deux premières branches du premier moyen contestent le deuxième motif d'irrégularité de l'offre de la requérante, lié au délai d'exécution. Dans la mesure où, ainsi qu'il ressort de l'examen du second moyen, le recours à la notion de quantité présumée constitue une irrégularité substantielle touchant au prix du marché et qu'elle suffit à conclure au caractère irrégulier de l'offre de la requérante, il n'y a pas lieu d'examiner ces deux branches du moyen.

Par ailleurs, dès lors que la décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante est vainement contestée, le recours est irrecevable en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la partie requérante.

## VII. PREMIER MOYEN, TROISIEME ET QUATRIEME BRANCHE

### VII. 1. Remarque préalable

Pour la même raison qui a conduit à ne pas examiner les deux premières branches, les troisième et quatrième branches du moyen ne sont examinées qu'en tant qu'elles invoquent l'irrégularité de l'offre de ACH CONSTRUCT.

### VII. 2. Thèses des parties

#### A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et particulièrement de ses articles 1<sup>er</sup> et 16, des articles 110 et 115 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, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de l'égalité de traitement, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et particulièrement de ses articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de

motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, ainsi que du principe "*patere legem quam ipse fecisti*" et de l'excès de pouvoir.

Dans une troisième branche, la requérante soutient que le marché aurait dû lui être attribué, l'offre de ACH CONSTRUCT étant irrégulière puisque si la partie adverse "suppose" que cette entreprise utilise le délai de treize mois repris dans le cahier spécial des charges, le délai de trente jours restant étant affecté à la réalisation du dossier d'exécution et de demande de permis d'urbanisme, rien n'indique que telle était l'intention de ACH CONSTRUCT, ce qui est d'autant plus douteux qu'un délai de trente jours pour la réalisation du dossier d'exécution et de demande de permis d'urbanisme est indubitablement excessivement court. Elle observe que le Ministre wallon des Pouvoirs locaux s'est d'ailleurs interrogé dans sa décision du 7 juin 2011 sur la régularité de cette offre pour ce motif, mais que la délibération attaquée ne comporte aucune motivation supplémentaire à ce sujet. Elle en déduit que l'offre de ACH CONSTRUCT devait être rejetée, étant irrégulière, puisqu'elle violait l'article 12 du cahier spécial des charges.

Dans une quatrième branche, la requérante soutient qu'en écartant son offre, la partie adverse s'est, en toute hypothèse, rendue coupable d'une violation des principes d'égalité et de non discrimination puisqu'elle a écarté son offre, mais pas celle de ACH CONSTRUCT qui était pourtant affectée d'une irrégularité similaire en ce qui concerne les délais d'exécution. Elle explique qu'elle a manifestement intérêt à soulever cette branche du moyen puisque si l'offre de ACH CONSTRUCT avait été jugée irrégulière, elle conserverait une possibilité d'obtenir le marché puisque seules ces deux offres ayant été déposées, ce marché soit aurait dû lui être attribué, soit n'aurait pas pu être attribué dans le cadre de la présente procédure.

## B. Mémoire en réponse

En ce qui concerne la troisième et la quatrième branches, la partie adverse expose, à titre principal, ne pas avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation en "supposant" que ACH CONSTRUCT utiliserait le délai de treize mois calendrier pour la mise à disposition de l'ouvrage puisqu'aucune réserve n'était émise à propos du respect de ce délai et que l'offre prévoyait expressément un délai d'exécution des travaux de trois cent soixante-cinq jours calendrier.

Elle soutient ensuite, à titre subsidiaire, qu'à considérer qu'elle ait commis une erreur manifeste d'appréciation en "supposant" que ACH CONSTRUCT utiliserait le délai de treize mois calendrier pour la mise à disposition de l'ouvrage,

cette erreur n'a certainement pas été commise en faveur de cette société. La partie adverse aurait, en effet, tout aussi bien pu comprendre qu'en s'engageant formellement sur un délai de trois cent soixante-cinq jours calendrier pour "l'exécution" du marché, ACH CONSTRUCT s'engageait à mettre l'ouvrage à disposition dans ledit délai, celui-ci comprenant la phase de réalisation du dossier d'exécution et de demande de permis d'urbanisme et celle de réalisation des travaux. Elle explique qu'une telle interprétation de l'offre de ACH CONSTRUCT aurait également été possible dès lors qu'aucune réserve n'était émise à propos du respect du délai de treize mois calendrier pour la mise à disposition de l'ouvrage et que le seul délai dont il était question dans l'offre était ce délai de trois cent soixante-cinq jours calendrier. Elle observe que la seconde interprétation de l'offre de ACH CONSTRUCT était plus favorable à cette dernière puisqu'elle aurait nécessairement dû aboutir à valoriser d'un ou plusieurs points le critère "réduction du délai de mise à disposition de l'ouvrage", ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Elle note enfin qu'en tout état de cause, seules ces deux interprétations de l'offre de ACH CONSTRUCT étaient possibles et que, quelle que soit l'interprétation retenue, l'offre de ACH CONSTRUCT était régulière s'agissant du délai de mise à disposition de l'ouvrage.

### C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne la troisième branche, la requérante estime qu'on ne peut raisonnablement soutenir que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en se limitant à supposer une donnée fondamentale de l'offre de ACH CONSTRUCT, déterminant sa régularité, alors que, d'une part, l'autorité de tutelle avait attiré expressément son attention sur cet élément et, d'autre part, le respect du délai a été sévèrement contrôlé dans le chef de son offre.

Elle considère que la deuxième réplique de la partie adverse n'est pas pertinente, car s'il fallait supposer qu'elle a commis une erreur manifeste d'appréciation, sa décision serait irrégulière et il importerait peu que cette erreur n'ait pas profité à ACH CONSTRUCT dès lors qu'elle a nui à la requérante. Elle note qu'il n'est d'ailleurs pas pertinent que cette erreur n'ait pas été commise en la faveur de ACH CONSTRUCT dès lors que l'objet de sa critique porte sur la régularité de l'offre de ACH CONSTRUCT et non sur la cotation de son offre.

En toute hypothèse, elle soutient que l'interprétation avancée en réponse par la partie adverse est contredite par le rapport d'analyse des offres qui ne l'a d'ailleurs pas abordée.

Enfin, elle note qu'il est inexact que seules deux interprétations de l'offre fussent possibles, car il était, comme cela aurait dû être le cas, tout à fait possible de considérer qu'ACH CONSTRUCT avait omis de préciser dans son offre le délai nécessaire pour la réalisation du dossier d'exécution et de demande de permis d'urbanisme.

En ce qui concerne la quatrième branche, elle constate que la partie adverse ne formule aucune réplique directe quant à cette branche du moyen.

### VII. 3. Décision du Conseil d'Etat

Ainsi que le rappelle la partie requérante elle-même, une offre est présumée régulière "sauf pour le pouvoir adjudicateur à apporter la preuve contraire lors de l'examen de la régularité des offres". Un pouvoir adjudicateur ne peut toutefois attribuer le marché à un soumissionnaire qui n'a pas remis d'offre conforme. Il se déduit de ces principes que le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier la conformité des offres, mais qu'il ne peut en écarter une que dans la mesure où il démontre son caractère irrégulier.

En l'espèce la requérante soutient que l'offre de ACH CONSTRUCT est irrégulière à défaut de se conformer à l'article 12 du cahier spécial des charges. Cet article se lit comme suit :

" Article 12 : Délai pour la mise à disposition de l'ouvrage (article 11, 1°, du RGE)

Le délai pour la mise à disposition de l'ouvrage est le délai compris entre la date de début d'exécution du marché fixé par le pouvoir adjudicateur, entre le 30<sup>ème</sup> et le 60<sup>ème</sup> jour qui suivent la date de conclusion du marché, et la date de mise à disposition de l'ouvrage, c'est-à-dire la date de réception provisoire des travaux de construction par le pouvoir adjudicateur. Ce délai ne prend pas en compte la période s'écoulant entre la date figurant sur l'accusé d'introduction de réception du dossier complet de la demande de permis d'urbanisme (et d'environnement éventuellement) et la date de la délivrance de ce(s) dernier(s).

Ce délai est fixé par le soumissionnaire dans son offre et entre en ligne de compte au titre de critère d'attribution du marché. Il ne peut cependant être supérieur à 13 mois, à peine d'irrecevabilité de l'offre."

Le délai visé dans cet article englobe tant la réalisation des travaux que leur conception et notamment la préparation du dossier nécessaire à l'obtention du permis d'urbanisme, et le cas échéant d'environnement, requis par la législation wallonne.

Il ressort encore de cette disposition que ce délai de mise à disposition de l'ouvrage ne peut être supérieur à treize mois. Il est suspendu pendant la période d'obtention des permis nécessaires, soit entre la date de l'accusé de réception du dossier complet de la demande de permis et celle de la délivrance de celui-ci. En revanche, ce délai de mise à disposition de l'ouvrage comprend, outre la phase d'exécution des travaux en tant que telle, la phase de réalisation du dossier de demande de permis et la phase de réalisation du dossier d'exécution.

L'offre de ACH CONSTRUCT prévoit expressément un délai d'exécution de douze mois calendrier. L'examen du planning intentionnel en mois calendrier joint à son offre révèle que ce délai d'exécution de douze mois ne concerne que l'exécution des travaux en tant que tels mais qu'il ne commence à courir que soixante jours après la commande. L'offre ne précise, toutefois, pas si ce délai de soixante jours serait mis à profit pour introduire le dossier de demande de permis ni si le dossier d'exécution serait finalisé avant même l'obtention du permis, soit au cours de la période pendant laquelle ce délai est suspendu.

La question qui se pose est donc de savoir si la partie adverse devait, comme le soutient la requérante, en conclure que l'offre de ACH CONSTRUCT ne respecte pas le délai prévu par l'article 12 du cahier spécial des charges.

La société ACH CONSTRUCT a complété et signé un "acte d'engagement" dans lequel elle s'engage formellement à se conformer au cahier spécial des charges. Cet acte d'engagement n'est assorti d'aucune réserve expresse. La partie adverse n'aurait donc pu considérer que le soumissionnaire ne s'engageait pas à respecter les différentes dispositions dudit cahier des charges, en ce compris l'article 12, qu'en présence d'indication dans l'offre contredisant clairement cet engagement, l'irrégularité ne pouvant se présumer.

Il convient donc d'examiner si au vu des éléments de l'offre, la partie adverse ne devait pas conclure que celle-ci contredisait, en réalité, la teneur de l'acte d'engagement.

En l'occurrence, la société ACH CONSTRUCT s'est engagée à respecter un délai de trois cent soixante-cinq jours pour l'exécution des travaux. Dans la mesure où la date de début d'exécution du marché est fixée par le pouvoir adjudicateur entre le trentième et le soixantième jour suivant la conclusion du marché, le soumissionnaire disposait de ce délai pour préparer la demande de permis à introduire à la commune, délai auquel s'ajoute la différence entre le délai maximal de treize mois et le délai d'exécution mentionné dans l'offre, soit trente jours. ACH CONSTRUCT disposait

donc, en tout, d'un délai de soixante jours au moins et de nonante jours au plus pour introduire sa demande de permis. Son planning intentionnel intègre d'ailleurs un délai de soixante jours entre la commande et l'installation du chantier, ce qui correspond au plus petit délai visé ci-dessus. Un tel délai ne paraît pas anormalement court pour l'introduction d'une demande de permis (à titre de comparaison, la requérante estimait le délai nécessaire à quarante jours).

En ce qui concerne le dossier d'exécution, la société disposait du même délai allongé du délai mis par l'administration pour statuer sur la demande de permis. A nouveau, rien n'autorise à considérer que ce délai aurait été matériellement insuffisant pour permettre au soumissionnaire de respecter son engagement à se conformer au cahier des charges.

Certes, le planning intentionnel ne fait pas mention de l'usage de ces délais pour réaliser les dossiers de demande de permis et d'exécution. Il découle toutefois des considérations qui précèdent que ce planning, bien qu'incomplet, n'est en rien incompatible avec le respect du délai visé à l'article 12 du cahier spécial des charges. Il ne peut donc être déduit qu'il contredit, même implicitement, l'engagement pris par ACH CONSTRUCT de respecter ce cahier des charges. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, sur cette base, valablement conclure à l'irrégularité de l'offre de ce soumissionnaire.

Le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

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

**Article 1<sup>er</sup>.**

La requête est rejetée.

**Article 2.**

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre, le  
huit octobre deux mille quatorze par :

M<sup>me</sup> Odile DAURMONT,  
MM. David DE ROY,  
Serge BODART,  
M<sup>me</sup> Caroline HUGÉ,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.