

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
DU CONSEIL D'ÉTAT, SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

A R R Ê T

n° 242.182 du 7 août 2018

A.225.672/VI-21.286

En cause : **la société anonyme ENTREPRISE MIGNONE,**

ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

la ville de Binche,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 juillet 2018, la société anonyme ENTREPRISE MIGNONE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par la partie adverse le 28 juin 2018 d'attribuer le marché public de travaux relatif aux démolitions de deux habitations [et à la] construction d'un immeuble comprenant le Centre de Promotion de la Dentelle et deux appartements rue Saint-Moustier, 6 - 8 à BINCHE (cahier spécial des charges BIN121ANX-742) à la S.A. CO.MA.BAT et en conséquence, de ne pas [lui] attribuer ce marché".

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 juillet 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 août 2018 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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'État ont été acquittés.

M. Frédéric GOSSELIN, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Luc TEHEUX, *loco* M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Le 10 mai 2017, la partie adverse publie un avis de marché concernant l'exécution de travaux relatifs à la démolition de deux habitations et à la construction d'un immeuble comprenant le Centre de promotion de la dentelle et deux appartements à Binche.

Ce marché est passé en adjudication ouverte pour un montant estimé de 730.007,31 euros HTVA (883.308,85 euros TVAC). Les documents applicables sont entre autres le cahier spécial des charges en ses clauses administratives et techniques, et le métré récapitulatif (prescription A.1.1 des clauses administratives du cahier spécial des charges).

La requérante remet une offre qui est écartée pour irrégularité le 18 décembre 2017 par la partie adverse, laquelle attribue le marché à la s.a. CO.MA.BAT à concurrence d'un montant de 776.207,25 euros HTVA, options incluses.

A la suite du recours en suspension d'extrême urgence introduit par la requérante, cette décision est retirée le 26 février 2018.

2. Le même jour, la partie adverse attribue à nouveau le marché à ladite société à concurrence d'un montant de 755.807,25 euros HTVA, options incluses.

Selon la requête, cette décision "laisse apparaître que la requérante est sélectionnée et que son offre est désormais jugée régulière".

À la suite d'un nouveau recours en suspension d'extrême urgence introduit par la requérante, cette décision est retirée le 28 juin 2018.

3. Le 28 juin 2018 toujours, la partie adverse attribue une nouvelle fois le marché à la s.a. CO.MA.BAT pour un montant de 755.807,25 euros HTVA (914.526,77 euros TVAC).

Cette décision constitue l'acte attaqué.

En ce qui concerne l'"examen formel et matériel des offres des candidats sélectionnés", l'acte attaqué procède à une "correction des offres" des trois soumissionnaires retenus en précisant que "suite à des erreurs de métré de l'auteur de projet, le poste 03.17.2 - inventaire amiante (bâtiment existant) – SAJ (somme à justifier) et le poste 63.11.2a – Raccordement de gaz –SAJ (somme à justifier) ont été neutralisés, ramenés à 0 euro et appliqués à tous les soumissionnaires".

La partie adverse diminue en conséquence le montant de l'offre de la requérante de 460 euros pour le poste "inventaire amiante" et de 460 euros pour le poste "raccordement de gaz". En ce qui concerne la s.a. CO.MA.BAT., elle diminue le montant de l'offre de 20.000 euros pour le poste "inventaire amiante" et de 400 euros pour le poste "raccordement de gaz".

Après la rectification d'autres postes, non contestée à l'appui du recours, elle porte le montant de l'offre initiale de la requérante de 743.487,58 euros HTVA (options non comprises) à un montant après corrections de 740.476,62 euros HTVA (options non comprises). Quant à l'offre de la s.a. CO.MA.BAT., elle précise que le montant de l'offre initiale s'élève à 771.442,09 euros hors TVA (options comprises) et que le montant de l'offre après correction s'élève à 728.033,11 euros hors TVA (options non comprises).

Le classement des offres après corrections, HTVA et hors options, est dès lors fixé comme suit par la partie adverse:

- CO.MA.BAT: 728.033,11 euros;
- la requérante: 740.476,62 euros;
- WANTY s.a.: 765.351,15 euros.

À ces montants, la partie adverse ajoute le montant des cinq options obligatoires, ce qui aboutit au classement final suivant (HTVA):

- CO.MA.BAT: 755.807,25 euros HTVA, soit 914.526,77 euros TVAC;
- la requérante: 763.254,12 euros HTVA, soit 923.537,49 euros TVAC;
- WANTY s.a.: 774.265,32 euros HTVA, soit 936.861,04 euros TVAC.

IV. Recevabilité

La recevabilité du recours n'est pas contestée par la partie adverse dans sa note d'observations et ne paraît pas contestable au regard, notamment, des articles 14 et 23 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des parties

Le moyen est pris "de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, du principe de bonne administration et d'égalité entre les soumissionnaires, de comparaison des offres, d'intangibilité des offres et la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première branche, la requérante reproduit la doctrine et la jurisprudence relatives à la motivation formelle et matérielle des décisions d'adjudication et fait valoir que le poste 03.17.2 "inventaire amiante" n'est pas un poste "SAJ". Constatant que ce type de poste n'est pas réglementé, elle s'en réfère aux informations figurant sur les sites web de la Région wallonne et de la Communauté française et observe que de tels postes ont uniquement pour objectif de prévoir en faveur du pouvoir adjudicateur un budget destiné à couvrir d'éventuels suppléments, de sorte que les travaux qui en font l'objet "ne seront dès lors peut-être pas réalisés". Elle relève que le métré du 15 mai 2017 de la partie architecture contient deux lignes au regard du poste 03.17.2, l'une intitulée "inventaire amiante (bâtiment existant)", l'autre intitulée "somme à justifier (20.000 euros)" dont le montant n'est pas porté en compte dans la colonne concernant le prix unitaire. Elle fait ensuite valoir que l'article 03.17.2 des clauses techniques du cahier spécial des charges prévoit, d'une part, l'inventaire amiante proprement dit mesuré en quantité forfaitaire et, d'autre part, une fois cet inventaire réalisé, la démolition et l'évacuation des parties contaminées

renseignées en "SAJ". Elle indique que l'inventaire amiante préalable aux travaux éventuels de démolition et d'évacuation est un travail prévu par les documents de marchés et dont les quantités sont forfaitaires, et précise qu'elle a remis un prix de 460 euros pour ce poste "inventaire amiante" mesuré en quantité forfaitaire dans les documents du marché. Elle en conclut qu'il ne s'agit pas d'un poste SAJ et qu'en le qualifiant comme tel, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Dans une seconde branche, elle expose qu'en vertu du principe de l'intangibilité des offres, la partie adverse n'était pas en droit de modifier les offres en retirant ce poste, la suppression d'un poste ne pouvant intervenir que dans le cadre de l'exécution, pas de l'attribution. Elle ajoute que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 "ne peut trouver à s'appliquer dès lors qu'il ne s'agissait pas de rectifier une erreur dans les opérations arithmétiques ou une erreur matérielle, mais que cette suppression est due "à une prétendue erreur de métré commise par l'auteur de projet". Elle invoque encore une violation du principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe général *patere legem quam ipse fecisti* et une erreur manifeste d'appréciation qui a "directement impacté" le classement puisque la soustraction du montant de 20.000 euros afférent à ce poste de l'offre de la s.a. CO.MA.BAT a placé celle-ci comme moins-disante contrairement à la situation antérieure à cette suppression.

À l'audience, la partie adverse fait valoir qu'eu égard au montant du poste litigieux dans l'offre de l'adjudicataire retenu (20.000 euros) et dans celle de la requérante (460 euros), celle-ci n'a "pas intérêt à la critique sur le moyen". Dans sa note d'observations, elle répond que le moyen est non sérieux en ce qu'il vise un défaut de motivation, eu égard à "l'ampleur des motifs de fait et de droit figurant dans l'acte qui fait au total plus de 15 pages et compte tenu des critiques très articulées figurant dans la requête qui démontre que l'acte a bien été formellement motivé". Elle ajoute que le libellé de l'acte attaqué démontre que la comparaison des offres a bien été réalisée de manière précise et argumentée. Elle fait valoir que le principe d'intangibilité des offres a été énoncé dans la jurisprudence afin d'interdire au soumissionnaire de modifier leur offre dans le cadre des procédures ordinaires après la date fixée pour l'ouverture des offres, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

En ce qui concerne la première branche, elle indique que la partie requérante "reprend [elle]-même le poste du métré qui indique que le poste 03.17.2. est bien une somme à justifier de 20.000 €, avec la précision QF-FFT.1, pour les besoins de la comparaison des offres". Elle estime que celle-ci n'a pas compris le cahier des charges et a remis un prix de 460,00 € et qu'afin d'assurer le respect de l'égalité de traitement et pour ne pas la pénaliser, la somme de 460 € a été retirée du montant de l'offre.

Quant à la seconde branche, elle indique qu'elle n'a pas modifié l'offre de la requérante mais qu'elle "a juste, aux fins d'assurer le respect de l'égalité de traitement dans la comparaison des offres, neutralis[é] une somme de 460 €. Le montant a d'ailleurs été remis à 0 pour tous les soumissionnaires qui n'avaient pas compris le poste". Elle ajoute que "la SAJ de 20.000 € était clairement indiquée dans le métré. Partant, il devait être ajouté au montant de son offre pour pouvoir être comparée à l'offre de CO.MA.BAT qui avait remis pour l'ensemble du poste la SAJ de 20.000 €".

V.2. *Appréciation quant aux deux branches réunies*

L'article 14, §1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme suit :

- " Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er}, ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

En vertu de cette disposition, une partie requérante présente un intérêt procédural à invoquer un moyen lorsque celui-ci dénonce une irrégularité qui, soit a été susceptible d'influencer le sens de l'acte attaqué, soit l'a privée d'une garantie, soit a eu pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. En l'espèce, la requérante critique la soustraction de la somme de 20.000 euros de l'offre de la s.a. CO.MA.BAT réalisée par la partie adverse. Dès lors que cette opération a eu pour effet direct de classer celle-ci en meilleure position qu'elle, alors qu'avant cette opération, son offre était la moins élevée de sorte que la requérante aurait dû se voir attribuer le marché litigieux par adjudication, il est incontestable que le moyen critique une irrégularité qui a influencé le sens de l'acte attaqué. Par ailleurs, en ce que la requérante invoque que l'acte attaqué ne serait pas adéquatement motivé, elle allègue qu'elle a été privée d'une garantie.

Le moyen est, *prima facie*, recevable.

Pour justifier la correction du poste 03.17.2 "inventaire amiante" et la soustraction subséquente de 20.000 euros de l'offre de la s.a. CO.MA.BAT, ce qui, comme indiqué ci-dessus, a eu pour effet direct de classer celle-ci en première position au détriment de la requérante, l'acte attaqué indique ce qui suit:

- " Considérant que, suite à des erreurs de métré de l'auteur de projet, le poste 03.17.2 - Inventaire amiante (bâtiment existant) – SAJ (somme à justifier) et le poste 63.11.2a – Raccordement de gaz –SAJ (somme à justifier) ont été neutralisés, ramenés à 0 euro et appliqués à tous les soumissionnaires".

Dans son préambule, l'acte attaqué prend en considération "le rapport d'examen des offres rédigé par l'auteur de projet ADEM [...] et figurant ci-dessous" avant de l'approuver (article 3) et "de considérer le rapport d'examen des offres ci-dessus comme partie intégrante de la présente délibération" (article 4). Interrogé par l'auditeur rapporteur à propos du rapport d'examen des offres auquel il est ainsi fait référence dans l'acte attaqué, le conseil de la partie adverse a, par un courriel du 24 juillet 2018, précisé qu'"il n'y a pas de rapport de comparaison des offres distinct: la ville de Binche a choisi, dans un souci de transparence, d'intégrer toutes les considérations dans la délibération". Par un courriel du 30 juillet 2018, il a ensuite indiqué : "reconsultant l'ensemble des pièces qui m'ont été remises et après appel du service des marchés, il existe un rapport de comparaison des offres rédigé avant la première décision d'attribution (qui a été retirée)". À ce dernier mail est joint notamment un "rapport d'analyse des soumissions" établi par l'auteur de projet ADEM le 25 septembre 2017. À l'audience, il indique qu'en raison des problèmes qu'elle aurait rencontrés avec l'auteur de projet, la partie adverse a "repris les choses en main" et n'a plus pris son étude en considération.

À l'examen du dossier administratif, il apparaît que l'auteur de projet a, dans ledit "rapport d'analyse des soumissions" du 25 septembre 2017, indiqué ce qui suit au sujet des "erreurs matérielles" du poste litigieux:

" Poste 03.17.2: le cahier des charges stipule que l'inventaire amiante constitue une somme à justifier et le métré précise cette somme (20.000 €). La somme de 20.000 € est donc appliquée à tous les soumissionnaires".

Force est tout d'abord de constater que la thèse développée par la partie adverse dans ses écrits de procédure ne cadre pas avec le dossier puisqu'elle prétend ne pas avoir tenu compte du rapport de l'auteur de projet, alors que l'acte attaqué approuve "le rapport d'examen des offres rédigés par l'auteur de projet ADEM [...] et figurant ci-dessous", et que ce sont précisément et exclusivement "des erreurs de métré de l'auteur de projet" qui justifient la soustraction critiquée de 20.000 euros de l'offre de la s.a. CO.MA.BAT.

Ensuite, il apparaît que l'acte attaqué ne contient pas la moindre explication concernant l'"erreur de métré" qui aurait ainsi été commise par l'auteur de projet au point d'autoriser la partie adverse à modifier elle-même d'initiative chacune des trois offres pour le poste litigieux, avec le bouleversement du classement final que cela a engendré. L'acte attaqué s'avère en outre contradictoire en ce qu'il fait grief à l'auteur de projet d'avoir commis une erreur dans le métré, alors que ledit métré indique une somme de 20.000 euros, montant que l'acte attaqué retient précisément nonobstant l'erreur alléguée pour le soustraire de l'offre de la s.a. CO.MA.BAT.

L'acte attaqué ne précise pas davantage la base légale ou réglementaire qui autoriserait un pouvoir adjudicateur à modifier lui-même, unilatéralement et sans la moindre procédure contradictoire, les offres reçues en raison de prétendues erreurs qui auraient été commises non pas par les soumissionnaires, mais par son propre auteur de projet.

Enfin, il ressort des pièces produites que le poste litigieux est repris de la manière suivante dans le métré du 15 mai 2017 établi par la partie adverse:

"

03.17.2	Inventaire amiante (bâtiment existant) Somme à justifier (20.000 euros)	QF	FFT	1,00
---------	--	----	-----	------

"

Les parties confirment à l'audience que le même poste est libellé comme suit dans les clauses techniques du cahier spécial des charges, nonobstant la discordance existant entre le cahier spécial des charges produit par la partie adverse et celui déposé par la requérante:

" 03.17.2. Inventaire amiante (bâtiment existant)
Il s'agit de réaliser un inventaire amiante «destructif» avec mise en œuvre de moyens légers (outils à main) selon les prescriptions de l'arrêté royal du 16 mars 2006 du Code du Bien-être.
L'inspection visuelle et l'échantillonnage des MSCA seront réalisés conformément aux prescriptions de l'A.R. du 16 mars 2006 (avec les réserves émises quant à l'accessibilité et la sécurité).
L'analyse des MSCA est réalisée par microscopie optique à lumière polarisée (PLM), selon la technique de dispersion des couleurs (MC Crone).
L'identification de matériaux contenant de l'amiante selon la technique de Mc Crone au moyen d'un microscope optique à lumière polarisée consiste à comparer l'aspect des fibres jugées suspectes à des matériaux de référence (standard d'amiante). Les rapports seront rédigés en français.

Concerne: le n° 6 et 8 rue Saint Moustier avant démolition.
Mesurage: QF – quantité forfaitaire

Suite à cet inventaire, le surcoût pour la démolition et l'évacuation autre que la toiture et le calorifugeage qui est considéré comme contaminé par l'amiante, sera imputé à ce poste après une note justificative des dépenses et production des bordereaux de mise en décharges agréée.

Mesurage: somme à justifier."

Comme le relève la requérante, et sans être contredite de façon convaincante par la partie adverse sur ce point, il apparaît, *prima facie*, que les documents du marché établissent ainsi deux prestations différentes pour le poste "03.17.2. Inventaire amiante (bâtiment existant)" qui font l'objet d'un "mesurage" propre et distinct:

- d'une part, la réalisation de l'inventaire amiante destiné à établir la quantité d'amiante éventuellement présente dans le bâtiment existant qui devra être

enlevée; cette prestation fait, selon la première ligne du métré et selon la première partie de la clause technique 03.17.2 du cahier spécial des charges, l'objet d'un "mesurage" en quantité forfaitaire (QF);

- d'autre part, "suite à cet inventaire", c'est-à-dire après la réalisation de celui-ci et l'estimation subséquente des quantités d'amiante à enlever, l'estimation du "surcoût pour la démolition et l'évacuation" de ce qui est contaminé par l'amiante; cette seconde prestation fait, selon la deuxième ligne du métré et selon la deuxième partie de la clause technique 03.17.2 du cahier spécial des charges, l'objet d'un "mesurage" au moyen d'une "somme à justifier (20.000 euros)", et ce "après une note justificative des dépenses et production des bordereaux de mise en décharges agréée".

L'acte attaqué n'expose nullement les motifs de droit et de fait en vertu desquels, alors que les documents du marché établissent pour le poste 03.17.2 une distinction entre l'inventaire amiante estimé en quantité forfaitaire et le "surcoût pour la démolition et l'évacuation" estimé en "somme à justifier (20.000 euros)", la partie adverse pouvait décider de "neutraliser" les deux aspects distincts de ce poste unique et de "ramener" celui-ci à une estimation de zéro en ne retenant exclusivement que le mesurage de la "somme à justifier" sans tenir compte du mesurage en quantité forfaitaire. Contrairement à ce qu'allègue la partie adverse, le nombre de pages de l'acte attaqué ne suffit pas, en soi, à rencontrer l'exigence de motivation visée au moyen dès lors que ni le dossier administratif ni son *instrumentum* ne fournissent le moindre élément permettant de comprendre pourquoi une quantité forfaitaire au regard des documents du marché pourrait, d'initiative et unilatéralement, être "neutralisée" par la partie adverse en une "somme à justifier", sous prétexte "des erreurs de métré" de son propre auteur de projet.

Il résulte de ce qui précède que, dans le cadre nécessairement sommaire d'un examen en extrême urgence, l'acte attaqué ne repose pas sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

Le premier moyen est, *prima facie*, sérieux.

VI. Second moyen

La suspension de l'exécution de l'acte attaqué pouvant être prononcée sur la base du premier moyen, il n'y a pas lieu d'examiner le second moyen.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué qui l'emporteraient sur ses avantages. Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

Selon son inventaire, la partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante et des deux autres soumissionnaires (pièces 13 à 15).

À ce stade de la procédure, conformément à l'article 26 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 et de concession, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de ces pièces dans la mesure où la confidentialité n'est pas levée par le présent arrêt.

Cette confidentialité doit également être ordonnée pour l'annexe 8 à la requête, qui est l'offre de la requérante.

IX. Indemnité de procédure et dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a toutefois lieu de réserver les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, à ce stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège communal de la ville de Binche du 28 juin 2018 qui attribue à la s.a. CO.MA.BAT le marché public de travaux relatif à la démolition de deux habitations et à la construction d'un immeuble comprenant le Centre de promotion de la dentelle et de deux appartements rue Saint-Moustier, 6 - 8 à Binche pour un montant de 755.807,25 euros HTVA (914.526,77 euros TVAC).

Article 2.

Les pièces n^{os} 13, 14 et 15 du dossier administratif et l'annexe n° 8 du dossier de la requérante resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le sept août deux mille dix-huit par :

M. Frédéric GOSSELIN,
M^{me} Caroline HUGÉ,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Frédéric GOSSELIN.