

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 249.521 du 19 janvier 2021

A. 232.583/VI-21.949

En cause :

- 1. la société anonyme ENTREPRISES GÉNÉRALES DHERTE,**
- 2. la société de droit français ATELIER 2F,**
- 3. la société à responsabilité limitée ATELIER FF,**
- 4. la société à responsabilité limitée RÉSERVOIR À ARCHITECTES,**

formant ensemble le groupement ORIENT 2020
ayant élu domicile chez
M^e Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance 17
7522 Tournai,

contre :

la ville de Tournai,
représentée par son collège communal,
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 29 décembre 2020, la société anonyme Entreprises Générales Dherte, la société de droit français Atelier 2F, la société à responsabilité limitée Atelier FF et la société à responsabilité limitée Réservoir A Architectes, demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 28 septembre 2020 par le Collège communal de la ville de Tournai de déclarer irrégulière et nulle l'offre [des] requérantes (Groupement ORIENT 2020) et d'attribuer au groupement TRADECO le marché de conception-exécution (DB) référencé "Conception et réalisation des travaux de rénovation et d'extension de la piscine communale de l'Orient à Tournai. Marché réf 7Y ORIENT 01-2" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 janvier 2021.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Coline Delfairiere *loco* Me Philippe Horemans, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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 utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse décide de lancer un marché public de travaux ayant pour objet la « conception et réalisation de travaux de rénovation et d'extension de la piscine communale de l'ORIENT à Tournai (csc, TY ORIENT 01-2) ». Un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications le 19 mai 2020 et au Journal Officiel de l'Union européenne le 22 mai 2020.

Le marché est divisé en deux tranches : une tranche ferme « rénovation et extension de la piscine communale » estimée à un montant de 6.975.000 euros HTVA et une tranche conditionnelle (aménagement des abords de la piscine et des équipements de loisirs) estimée à un montant de 1.085.000 euros HTVA et liée à la nécessité pour la ville de Tournai d'obtenir les crédits nécessaires.

Le mode de passation retenu est la procédure ouverte. Différents critères d'attribution doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Le 10 septembre 2020, trois offres sont déposées, dont celle des requérantes (groupement Orient 2020) et de l'attributaire, le groupement TRADECO formé de trois sociétés.

Sur le formulaire d'offre, les requérantes mentionnent un prix total de 10.230.526,26 € HTVA - 12.378.936,77 € TVAC (tranches ferme et conditionnelle).

3. Le 25 septembre 2020, le rapport d'analyse des offres est établi. Il relève que l'offre des requérantes contient une irrégularité substantielle, qui est exposée en ces termes :

« Analyse des irrégularités substantielles

Le soumissionnaire mentionne sur le formulaire d'offre un montant total de 10.230.526,26 € HTVA soit 12.378.936,77 € TVAC.

Dans le métré récapitulatif, le soumissionnaire chiffre tous les postes pour un montant d'offre total de 11.316.712,59 € HTVA soit 13.693.222,23 € TVAC. Soit une différence de 1.086.186,33 € HTVA – 1.314.285,46 € TVAC

Cette différence entre le montant total indiqué sur le formulaire d'offre et le montant total des postes du métré récapitulatif est justifiée par le soumissionnaire qui indique dans le métré récapitulatif qu'il a :

- supprimé certains postes pour raisons budgétaires pour un montant de 1.014.288,13 € HTVA
- prévu des pistes d'améliorations budgétaires et des modifications architecturales pour un montant de 71.898,20 € HTVA.

Le cahier des charges ne prévoit pas d'enveloppe budgétaire fermée et mentionne uniquement des montants estimés.

En date du 22/09/2020, un mail est adressé au soumissionnaire :

“ À l'analyse de l'offre déposée par le groupement Orient 2020, nous constatons dans le métré récapitulatif (voir en annexe) que vous vous êtes imposé de réduire l'enveloppe budgétaire alors que ni le cahier de charges, ni la teneur des décisions motivées de lancement de procédure, ni même celle de l'ensemble des autres documents d'adjudication n'exposaient, voire ne sous-entendaient, qu'une enveloppe budgétaire fermée était fixée.

Votre offre de base indique qu'elle peut être ristournée de quelques 1.086.186,33 € HTVA – 1.314.285,46 € TVAC pour répondre à cette 'auto' contrainte.

Or, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a prévu ni explicitement, ni implicitement pareille réduction, nous vous informons que nous considérons que votre offre de base dans sa version normale et non ristournée inclut le montant des 1.086.186,33 € HTVA – 1.314.285,46 € TVAC soit un montant total de 11.316.712,59 € HTVA soit 13.693.222,23 € TVAC.

Pouvez-vous nous confirmer par retour du présent mail pour ce mercredi 23/09/2020 à 12h au plus tard le montant de votre offre de base ?”

En date du 22/09/2020, le soumissionnaire a confirmé le montant de son offre au montant total de 11.316.712,59 € HTVA soit 13.693.222,23 € TVAC.

Néanmoins, cette demande de précision laissant planer une certaine perplexité quant à la clarté de l'engagement réel du soumissionnaire sur base de l'offre remise, la Direction générale Organique en charge du contrôle des marchés publics des pouvoirs locaux (DGO5) a été consultée dans le cadre de sa compétence d'avis. Une analyse circonstanciée du cas d'espèce nous a été communiquée à laquelle nous ne pouvons que nous ranger et qui, par conséquent, tiendra présentement lieu de conclusion quant à l'irrégularité de l'offre pour raisons substantielles.

Conclusions :

La DGO 5 et par conséquent le pouvoir adjudicateur et son Maître d'Ouvrage relèvent que :

1. Le mail de confirmation transmis en date du 22/09/2020 par le soumissionnaire n'émane pas de la personne habilitée à engager le soumissionnaire. En d'autres termes, à supposer que la réponse pourrait être audible sur le fonds, elle n'est pas recevable sur la forme ;
2. Le questionnement du soumissionnaire ne semble pas possible sur base de l'article 34 ARP, dès lors que celui-ci s'inscrit dans le cadre des corrections des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles ; or force est de constater que les propositions modificatrices du soumissionnaire ne sont aucunement des erreurs de sa part ;
3. Le questionnement du soumissionnaire sur base de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 ne semble pas davantage possible dès lors qu'il ne s'agit à nouveau pas d'une erreur, d'une incomplétude ou d'une lacune dans les documents remis par le soumissionnaire ;
4. Le montant total de l'offre, hors propositions modificatrices, est le fruit des additions de postes effectuées par l'assistant du maître d'ouvrage. Formellement, qu'il s'agisse du formulaire d'offre ou du métré récapitulatif, le soumissionnaire s'engage pour un prix, propositions modificatrices comprises.

Dans ces conditions, il apparaît difficile de motiver que de telles irrégularités (entendons le retrait de plusieurs postes pour raison budgétaire ayant pour effet de rendre l'offre non conforme) ne rendent pas incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, constituant de ce fait des irrégularités substantielles conformément à l'article 76 ARP.

En tout état de cause, l'offre déposée par le Groupement ORIENT 2020 doit être écartée sur base des éléments présentement développés qui constituent bel et bien des irrégularités substantielles. »

Au terme de l'examen des offres, l'auteur du rapport propose d'attribuer le marché au groupement TRADECO pour un montant de 10.957.234,47 euros HTVA, soit 13.258.253,71 euros TVAC, portant sur l'ensemble du marché (tranches ferme et conditionnelle).

9. Le 28 septembre 2020, le collège communal de la partie adverse décide d'attribuer le marché au groupement TRADECO.

Concernant l'offre des requérantes, il est décidé ce qui suit :

«

- de faire sienne la teneur du rapport d'analyse d'offre rédigé et présenté à son attention;
- de considérer la teneur dudit rapport comme faisant partie intégrante de la présente décision à laquelle il restera annexé;
- sur base de l'analyse de la régularité de l'offre, de considérer l'offre du groupement ORIENT 2020 comme étant frappée de nullité absolue aux motifs suivants :
 - Conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, il y a lieu de considérer les irrégularités relevées lors de l'examen de la régularité de l'offre, à savoir le retrait unilatéral de plusieurs postes pour raison budgétaire, comme rendant incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues et de ce fait de déclarer ces irrégularités comme étant réputées constituer des irrégularités substantielles.
 - Etant entendu que :
 - le questionnement du soumissionnaire ne semble pas possible sur base de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dès lors que celui-ci s'inscrit dans le cadre des corrections des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles et que force est de constater que les propositions modificatrices du soumissionnaire ne sont aucunement des erreurs de la part du soumissionnaire;
 - le questionnement du soumissionnaire sur base de l'article 66, §3, de la loi du 17 juin 2016 ne semble pas davantage possible dès lors qu'il s'agit d'une erreur, d'une incomplétude ou d'une lacune dans les documents remis par le soumissionnaire;
 - le cahier des charges ne permet pas la régularisation des irrégularités substantielles (l'article 76, §4 Arrêté royal du 18 avril 2017).

».

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est communiqué le 17 décembre 2020 aux requérantes.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un moyen unique de la violation « des articles 4 et 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 76 et 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre candidats et soumissionnaires, du principe de bonne administration, et notamment de la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elles reprochent à la partie adverse d'avoir fait usage de l'article 86, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité pour corriger des prix manquants dans leur

offre puis considérer, dans la décision attaquée, qu'elle ne pouvait pas le faire. Elles exposent que la disposition légale précitée prévoit expressément la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires en cas de prix omis, qu'en application de cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission, qu'en l'espèce, la partie adverse a, par courriel du 22 septembre 2020, fait le choix de réparer les omissions dans l'offre, que leur réponse par un courriel du même jour confirme l'intégration des prix manquants et que la partie adverse était tenue par cette décision. Elles ajoutent que la formule reprise dans l'article 86, § 2, précité n'implique pas que l'omission ne puisse être réparée d'une manière plus simple lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les prix omis figurent dans l'offre.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 86, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dispose comme il suit :

« 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 :

$$P = L \times Y / X$$

à lire de la manière suivante :

- P : le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix;
- L : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, le cas échéant rectifié par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 34 et au paragraphe 1^{er} du présent article, porté pour ce poste par les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'en indiquer le prix dans leur métré récapitulatif ou inventaire;
- Y : le montant total du métré ou de l'inventaire du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1^{er} du présent article;
- X : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du montant total du métré ou de l'inventaire de tous les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1^{er} du présent article compte non tenu du prix indiqué pour ce poste.

Lorsque le soumissionnaire n'a pas indiqué le prix de plusieurs postes, il n'est pas tenu compte, pour le calcul de la valeur X, du prix porté pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal. »

Le moyen repose sur le postulat erroné en fait que la partie adverse aurait, par son courriel du 22 septembre 2020, fait application de l'article 86, § 2, précité en « décidant » de corriger les prix manquants dans l'offre des requérantes. Tout d'abord, ni ce courriel ni aucune autre pièce du dossier ne font référence à la disposition réglementaire précitée. Ensuite, le courriel ne contient aucune

« décision », mais demande au soumissionnaire de « confirmer le montant total de l'offre de base » alors que, par ailleurs et contrairement à ce qu'affirment les requérantes, l'article 86, § 2, ne prévoit pas la possibilité d'interroger le soumissionnaire. Enfin, la partie adverse ne constate pas que le soumissionnaire n'aurait pas indiqué des prix (ou omis des prix) pour les postes concernés. Elle relève seulement que les requérantes se sont « imposé de réduire l'enveloppe budgétaire » et ont « ristourné » leur offre de base, sans détailler les postes concernés, mais en proposant d'inclure dans l'offre de base le montant total (ristourné) de 1.086.186,33 euros HTVA.

En toute hypothèse, il ne semble pas que l'offre remise par les requérantes permettait d'y appliquer l'article 86, § 2, précité. En effet, cette offre ne contient aucune omission de prix qui puisse être corrigée sur la base de cette disposition, la « ristourne » de 1.086.186,33 euros contenue dans l'offre des requérantes ne résultant pas de « prix omis pour certains postes », mais d'un choix délibéré, clairement expliqué dans leur offre. Tous les postes concernés se sont vu attribuer, dans un premier temps, des prix qui figurent dans le bordereau détaillé. Ces postes et les prix correspondants sont, dans un second temps, clairement identifiés comme étant retirés pour des « raisons budgétaires » et, dans une moindre mesure, dans un objectif d'« améliorations budgétaires/modifications architecturales » (voir les articles 11 et 12 du bordereau détaillé relatif à la tranche ferme, pp. 39-41 ainsi que le « métré récapitulatif »). Les requérantes confirment, elles-mêmes, dans leur requête, que tous les prix figuraient bien dans leur offre, en sorte qu'il ne saurait être question de prix omis pour certains postes, au sens de l'article 86, § 2, précité. En conséquence, le moyen qui reproche à la partie adverse d'avoir choisi de faire application de cette disposition avant de finalement considérer qu'elle n'était pas applicable n'est pas sérieux.

V. Confidentialité

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 concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de la pièce 6 annexée à la requête, qui contient l'offre des requérantes, ainsi que des pièces contenues dans le « dossier confidentiel » déposé par la partie adverse, qui comprend les trois offres déposées dans le cadre du présent marché.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse demande de condamner les parties requérantes « aux dépens, liquidés à 700 € ».

Une lecture bienveillante de la note d'observations impose de considérer que la partie adverse sollicite en réalité, par cette mention, une indemnité de procédure liquidée à son montant de base de 700 euros.

Les requérantes n'ont pas fait état – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – d'élément de nature à justifier la réduction du montant de l'indemnité de procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accorder une indemnité de procédure de 700 euros à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce 6 annexée à la requête, ainsi que les pièces contenues dans le « dossier confidentiel » déposé par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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 à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les parties requérantes supportent – à concurrence d’un quart chacune – les dépens, à savoir les droits de rôle de 800 euros, la contribution de 20 euros et l’indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 19 janvier 2021 par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret