

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 72.899 du 1 avril 1998

A.65.974/VI-13.947

En cause : **la Société anonyme SOTRELCO,**
ayant élu domicile chez
Me Fr. LIBERT, avocat
avenue Emile De Mot 19
1000 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,
ayant élu domicile chez
Mes Dominique GERARD et
Eric MARON, avocats,
rue Capitaine Crespel 2-4
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 16 octobre 1995 par la Société anonyme SOTRELCO qui demande l'annulation de "la décision de la partie adverse de considérer comme irrégulière la soumission de la S.A. SOTRELCO en application de l'article 20 § 5 et 25 § 2 de l'Arrêté Royal du 22.04.77, à cause des prix prétendument anormaux des postes 51, 53, 55, 106, 109, 122, 141, 142 et 143 de la soumission, et (de) la décision subséquente d'adjuger le marché à la S.A. ENI";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. FORTPIED, premier auditeur;

Vu l'ordonnance du 7 juin 1996 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 18 février 1998, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 25 mars 1998;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me SOHIER, avocat, comparaissant pour la requérante et Me MARON, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. DEROUAUX, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête se présentent comme suit :

1. Par cahier spécial des charges n° 94/30.2240/021E, la Régie des Bâtiments met en compétition un marché ayant pour but "la fourniture et le montage en état de fonctionnement de l'installation électrique quant à la construction d'un immeuble de bureaux pour la Commission Européenne, rue Belliard 25-33 à 1040 Bruxelles".

Il y est prévu que l'entreprise est divisée en deux parties, d'une part, l'installation de base et, d'autre part, l'extension (le câblage téléphonique et informatique et l'installation de paratonnerres), que la commande de chaque partie se fera par ordre de service séparé et que la Régie se réserve le droit de ne pas commander la partie 2 sans aucun droit de dédommagement pour l'entrepreneur.

L'ouverture des soumissions pour l'adjudication publique est fixée au 18 mai 1995.

2. Le 29 mai 1995, l'ouverture des soumissions révèle 21 offres, dont les plus basses sont :

- celle de SOTRELCO, d'un montant de 38.650.479 frs,
- celle de CEGELEC, d'un montant de 38.664.214 frs,
- celle de ENI, d'un montant de 41.706.096 frs,
- celle de EAGLE Int., d'un montant de 42.021.146 frs,
- celle de GAZEL, d'un montant de 42.125.103 frs.

3. Un tableau des prix rectifie les montants des offres et les classe comme suit :

1°- CEGELEC COMSIP S.A.	38.791.993
2°- SOTRELCO S.A.	39.310.721
3°- EAGLE INTERNATIONAL N.V.	42.731.353
4°- GAZEL S.A.	42.856.840
5°- E.N.I. N.V.	42.291.795

Il compare également les prix offerts par chacune de ces cinq offres pour chacun des 155 postes.

4. Le 2 juin 1995, la partie adverse adresse à la requérante une lettre libellée comme suit :

" Conformément à l'article 25 de l'A.R. du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, modifié par l'article 2 § 2 de l'arrêté royal du 19 août 1985, je vous invite à me fournir la justification du prix unitaire des postes 51, 53, 55, 85, 106, 109, 122, 141, 142 et 143, qui apparaissent anormalement bas.

J'attire votre attention sur le fait que le cahier spécial des charges spécifie que :

- pour le poste 53, la boîte de sol est équipée avec 3 prises de courant fort.
- pour les postes 141 et 142, "un point d'accès" est équipé d'une prise double RJ45 pour l'informatique et une prise simple RJ45 pour la téléphonie.

En plus, je vous demande de me confirmer que le matériel proposé pour les postes 106 et 109 est conforme et d'ajouter la documentation, attestation d'essais, etc... nécessaires.

Les justifications demandées, avec copies des offres des sous-traitants et des fournisseurs, doivent me parvenir dans le délai prévu de 12 jours de calendrier."

Par courrier du même jour, de semblables demandes de justification de prix apparemment anormaux sont adressées à la S.A. CEGELEC et à la N.V. E.N.I.

5. Par lettre du 16 juin 1995, la requérante justifie notamment chacun des postes tenus pour anormalement bas en indiquant, justificatifs des fournisseurs à l'appui, son prix d'achat, la marge qu'elle prend, la durée et le coût de la main d'oeuvre.

6. Le 19 juin 1995, un rapport définitif d'analyse des offres est établi par l'ingénieur industriel DE BISSCHOP. Il reprend le classement des offres lors de l'ouverture des soumissions et le classement après examen des opérations arithmétiques et après les corrections éventuelles, et indique le classement après vérification des quantités modifiées et des omissions ajoutées par le soumissionnaire.

Examinant les offres sous l'angle des prix anormaux, il indique ce qui suit :

" 1. En application de l'article 25 § 3 de l'arrêté royal du 22.04.1977.

Le montant moyen des soumissions qui ont été déposées, calculé conformément aux dispositions figurant à l'article 25 § 3 de l'arrêté royal du 22.04.1977, modifié par l'arrêté royal du 19.08.1985, s'élève à 44.087.521 FB.

Le montant limite (= montant moyen - 15 %) se chiffre à 37.474.393 FB.

Aucune soumission n'est inférieure à ce montant limite.

2. En application de l'article 25 § 2 de l'arrêté royal du 22.04.1977.

Les offres remises par la S.A. CEGELEC, la S.A. SOTRELCO et la N.V. E.N.I. contiennent des prix unitaires qui paraissent anormaux.

Nous avons, par lettre datée du 02.06.1995, invité ces soumissionnaires à fournir des justifications nécessaires.

L'examen des explications qui ont été fournies nous a permis de tirer les conclusions suivantes :

1) S.A. CEGELEC
(...)

2) S.A. SOTRELCO

Il ressort de la vérification de la justification qui a été donnée que :

- les prix unitaires ont été justifiés sans tenir compte de la remise admise de 2,5 %;
- le prix du placement a été calculé sur la base d'un salaire horaire de 720 FB alors que le prix de la soumission est de 1.181,7 FB pour le poste 138 (salaire horaire);
- les postes 51 et 53 sont justifiés par des offres peu crédibles du 16.06.1995 et dépourvues de signature.
- poste 55 : - le matériel proposé n'est pas conforme hauteur = 130 mm au lieu de 160 mm; certains éléments indispensables tels que la cloison, les pièces d'angle, les plaques terminales, les étriers, les ressorts de serrage du couvercle, (...) font défaut dans le calcul du prix.
- poste 106 : - l'appareil proposé n'est pas conforme :
 - * les réflecteurs transversaux ne sont pas découpés paraboliquement et le côté supérieur n'est pas muni d'une couverture.
 - * la luminance moyenne est supérieure à 200 cd/m².
 - * les luminances de crête ne sont pas éliminées.
- poste 109 : - l'appareil proposé n'est pas conforme : le réflecteur est en polycarbonate métallisé au lieu d'être en aluminium argenté.
- poste 122 : - offre peu crédible datée du 15.06.1995.
- poste 141 : - justification peu crédible : durée de placement nettement insuffisante.
- poste 142 : - justification peu crédible : durée de placement nettement insuffisante.

- poste 143 : - justification peu crédible : durée de placement nettement insuffisante.

Etant donné que pour les postes concernés la justification donnée est inacceptable, les prix unitaires des postes 51, 53, 55, 106, 109, 122, 142 et 143 sont considérés comme anormaux et la soumission de la S.A. SOTRELCO est, vu l'importance de ces postes dans l'ensemble du marché, considéré(e) comme irrégulière et partant comme nulle et non avenue.

3) N.V.E.N.I. (...)

Il ressort du tableau de classement des soumissions qu'il y a une différence de prix importante entre les soumissionnaires classés premier et deuxième et les soumissionnaires classés troisième à vingt et un.

La différence de prix entre la S.A. CEGELEC et la S.A. SOTRELCO d'une part, et l'entrepreneur classé troisième, à savoir la N.V. E.N.I., d'autre part, est due principalement aux postes 141, 142 et 143, qui sont des postes de la deuxième partie - extension.

Le cahier des charges stipule en partie I - Objet du marché - que "la Régie se réserve le droit de ne pas commander la partie 2".

La S.A. CEGELEC et la S.A. SOTRELCO ont tenu compte de cette absence éventuelle de commande pour la deuxième partie des travaux et ont prévu des prix anormalement bas pour celle-ci.

A titre de comparaison, les montants totaux, T.V.A. comprise, pour la partie 2 des trois soumissionnaires classés les plus bas :

- 1) S.A. CEGELEC : 3.145.296 FB
- 2) S.A. SOTRELCO : 3.975.256 FB
- 3) N.V. E.N.I. : 5.591.271 FB

Les montants totaux, remis par les autres soumissionnaires, pour les travaux de la deuxième partie sont compris entre 4,3 et 6,6 millions FB.

Ces prix anormalement bas sont cependant compensés partiellement, pour ce qui est de la S.A. CEGELEC, par les postes 22, 45, 46 et 55 et par les postes concernant les appareillages de la première partie et, pour ce qui est de la S.A. SOTRELCO, par les postes 12 et 138.

Cette forme de spéculation est contraire à l'article 20 § 5 de l'arrêté royal du 22.04.1977.

Le poste 106 - EMFs 1.36 constitue la deuxième raison importante de la différence de prix entre les deux soumissionnaires les moins chers et le soumissionnaire classé en

troisième ordre. Les appareils d'éclairage EMFs (1.227 pièces), placés dans les bureaux, sont la principale composante visible de l'installation électrique et sont en outre d'une grande importance au point de vue de la technique de l'éclairage du fait de l'utilisation d'écrans de visualisation dans les bureaux.

La Commission européenne a d'ailleurs insisté par écrit auprès de la Régie afin que celle-ci prévoie des appareils d'éclairage de grande qualité.

Le prix total, T.V.A. comprise, indiqué par les trois soumissionnaires les moins chers pour ce poste est donné ci-après à titre de comparaison :

- 1) S.A. CEGELEC : 4.300.910 FB
- 2) S.A. SOTRELCO : 4.131.544 FB
- 3) N.V. E.N.I. : 5.251.756 FB

La S.A. CEGELEC propose pour ce poste un appareil de la marque AEG qui est, comme il ressort des données annexées au document contenant la justification du prix, non conforme à la description figurant au cahier des charges.

La S.A. SOTRELCO propose pour ce poste un appareil de la marque MITRALUX qui est, comme il ressort des données annexées au document contenant la justification du prix, non conforme à la description figurant au cahier des charges.

L'appareil EMFs proposé par la N.V. E.N.I. est de la marque ETAP. Il s'agit d'un appareil qui figure dans le catalogue standard et qui est conforme à la description du cahier des charges."

Il conclut que "les soumissions présentées par la S.A. CEGELEC et la S.A. SOTRELCO doivent, du fait de leur caractère irrégulier, être refusées en vertu de l'article 20 § 5 de l'arrêté royal du 22.04.1977 et ce à cause des prix anormaux en application de l'article 25 § 2 de l'arrêté royal du 22.01.1977" (lire 22.04.1977) et que "la soumission régulière la plus basse a dès lors été présentée par la N.V. E.N.I."

7. Par lettre recommandée du 17 août 1995, la partie adverse informe la requérante de ce qui suit :

" Conformément à l'article 25 de l'A.R. du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, modifié par l'article 2 de l'arrêté royal du 19 août 1985, je vous informe qu'après examen des justifications fournies, les prix unitaires des postes 51, 53, 55, 106, 109, 122, 141, 142 et 143, sont considérés comme anormaux."

La requérante voit dans cette lettre une décision qui constitue le premier objet de son recours.

8. Par lettre du 5 septembre 1995, la requérante marque son désaccord et demande à la partie adverse de lui communiquer la motivation formelle des décisions intervenues.

9. Le 13 septembre 1995, en réponse, la partie adverse communique à la requérante une copie de la "décision d'attribution" libellée comme suit :

" (...)

Etant donné le fait que les entrepreneurs suivants ont fait une soumission dans l'adjudication mentionnée sous rubrique et ont été classés comme suit à l'ouverture des soumissions :

- | | |
|------------------|------------|
| 1. S.A. SOTRELCO | 39.641.516 |
| | - 2,5 % |
| | 38.650.479 |
| 2. S.A. CEGELEC | 38.664.214 |
| 3. N.V.E.N.I. | 41.706.096 |

(...)

Qu'après contrôle et rectification (art. 31 et 32 de l'A.R. du 22.04.1977), le classement des soumissions s'établit comme suit :

- | | |
|------------------|------------|
| 1. S.A. CEGELEC | 38.791.993 |
| 2. S.A. SOTRELCO | 39.310.721 |
| 3. N.V. E.N.I. | 42.291.795 |

(...)

Qu'il y a lieu de considérer la soumission de la S.A. CEGELEC comme irrégulière en application de l'article 20 §5 et l'article 25 §2 de l'A.R. du 22 avril 1977, à cause des prix anormaux des postes 106, 109, 111, 136, 142, 143 Chapitre 2 - groupe électrogène, 22, 45 et 55.

Qu'il y a lieu de considérer la soumission de la S.A. SOTRELCO comme irrégulière en application de :
- l'article 20 § 5 et l'article 25 § 2 de l'A.R. du 22 avril 1977, à cause des prix anormaux des postes 51, 53, 55, 106, 109, 122, 141, 142 et 143.

Etant donné que la soumission du 23.05.1995 de la S.A. E.N.I. doit être considérée comme la soumission régulière la plus basse, vu :

- le montant de soumission définitivement retenu (art. 31 et 32, A.R. 22.04.1977) s'élevant à 42.291.795,- BEF
- la conformité de la soumission aux dispositions essentielles du Cahier des Charges
- l'enregistrement dans la catégorie 00
- l'agrégation dans la catégorie et classe P1-classe 8
- le respect des obligations en matière de cotisations à l'O.N.S.S.

Et vu :

- le visa de l'Inspection des Finances

j'ai décidé d'attribuer le marché précité à la S.A. E.N.I. pour un montant de 42.291.795,-BEF."

La requérante voit dans cette décision qui n'est pas datée mais porte un paraphe du 12 septembre 1995, le second objet de son recours;

Considérant que la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité qu'elle libelle comme suit :

" La lettre du 17 août 1995 par laquelle la partie adverse a informé la requérante des prix unitaires considérés comme anormalement bas après examen des justifications fournies, ne constitue (...) qu'une simple information préalable à la décision d'attribution du marché qui seule peut faire grief en théorie à la requérante.

Seule cette décision constitue, dès lors, un acte administratif au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

S'il devait résulter des débats que le recours vise également la lettre du 17 août 1995, il devrait, par conséquent, être déclaré irrecevable de ce chef."

Considérant qu'à bon droit, la partie adverse excipe de l'irrecevabilité du recours en tant qu'il se donne pour objet la lettre du 17 août 1995; qu'en effet, cette lettre ne constitue qu'une simple constatation servant de motif à la décision d'attribution du marché qui, seule, peut faire grief;

Considérant que la partie adverse soulève une seconde exception d'irrecevabilité, déduite de ce que "la requérante n'est pas (...) susceptible de retirer un quelconque avantage de la procédure en annulation puisque le second moyen doit être rejeté"; qu'elle soutient en substance que, dès lors qu'elle a jugé à bon droit que certains des prix unitaires de la requérante étaient anormaux, et que, partant, le second moyen doit être rejeté, la requérante n'a pas intérêt à son premier moyen pris de l'absence ou de l'insuffisance de la motivation formelle, puisque, en cas d'annulation sur ce premier moyen, elle-même ne pourrait prendre une autre décision, différente de la première annulée;

Considérant que cette exception part du postulat que le second moyen de la requête doit être rejeté, que dès lors le premier moyen est sans intérêt et que, partant, le recours est irrecevable; qu'une telle exception, qui se confond avec le fond des moyens, ne peut être accueillie;

Considérant que la requérante prend un premier moyen "de la violation et/ou du défaut de respect par la partie adverse de son obligation de motivation formelle (articles 2 et 3 de la loi du 29.07.91), et (...), à titre subsidiaire, de l'insuffisance de la motivation formelle"; qu'elle soutient que "la référence à deux articles de l'arrêté royal énonçant que certains prix peuvent être considérés comme anormaux, et l'indication des postes considérés comme anormaux ne constituent pas une justification de l'anormalité des prix, ni du caractère substantiel des prétendues irrégularités"; qu'à titre subsidiaire, elle fait valoir que "cette prétendue motivation est tout à fait insuffisante puisqu'elle ne rencontre en rien l'argumentation et les pièces versées par la partie requérante dans sa justification de prix du 15.06.95";

Considérant que la partie adverse répond en substance que seule la décision d'attribuer le marché à la S.A.E.N.I. devait être motivée formellement; que, selon elle, "afin de justifier l'attribution du marché à la S.A.E.N.I., elle pouvait se contenter, comme elle l'a fait, de souligner que les offres de la S.A. CEGELEC et de la requérante étaient irrégulières en application de l'article 25, § 2, et, plus particulièrement, en raison des prix anormalement bas des postes qui sont identifiés dans la décision litigieuse et qui ont été portés à la connaissance de la requérante le 17 août 1995"; qu'elle soutient que la requérante ne pouvait ignorer ni que ses "explications", données par sa lettre du 16 juin 1995, seraient considérées comme insuffisantes, ni "que le niveau de ses prix traduisait sa volonté de spéculer sur la non réalisation éventuelle de la seconde partie du marché, puisqu'elle est elle-même à l'origine de cette spéculation";

Considérant que l'acte attaqué, en tant qu'il tenait la soumission de la requérante pour irrégulière, et en tant qu'il la privait définitivement de toute chance de se voir adjuger le marché, devait être motivé conformément à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

Considérant que la "décision d'attribution" communiquée le 13 septembre 1995 n'indique pas les motifs pour lesquels la partie adverse a considéré comme anormaux certains des prix unitaires de la soumission de la requérante; qu'en particulier, elle ne mentionne ni la "spéculation" déduite, selon le rapport du 19 juin 1995, "principalement" des postes 141, 142 et 143, ni la non conformité du poste 106 qui constitue pourtant "la deuxième raison importante de la différence de prix"; que la motivation, qui n'énonce même pas les principaux éléments fondant la décision querellée, ne satisfait pas au prescrit de la loi du 29 juillet 1991; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner
l'autre moyen de la requête,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise à une date inconnue
par la Régie des Bâtiments, dans le cadre du marché ayant
pour objet l'installation électrique d'un immeuble de
bureaux en construction pour la Commission européenne, rue
Belliard, 25-33, à 1040 Bruxelles (cahier spécial des
charges n° 94/30.2240/021E), de considérer comme irréguliè-
re la soumission de la Société Anonyme SOTRELCO, et
d'adjuger le marché à la Société Anonyme E.N.I.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 4.000 francs,
sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique
de la VI^e chambre, le premier avril 1900 nonante-huit par :

MM. CLOSSET, président de chambre,

HANSE, conseiller d'Etat,
LEWALLE, conseiller d'Etat,
M^{me} NOTEBAERT, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Chr. NOTEBAERT.

Ch.-L. CLOSSET.