Texte français (titre VI, chapitre II des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

nº 83.122 du 26 octobre 1999
A. 44.732/XII-2203

En cause : la s.a. KUMPEN,
établie à HASSELT,
Paalsteenstraat 36

contre :

la s.a. LE FOYER KOEKELBERGEOIS - DE KOEKELBERGSE HAARD,
établie à BRUXELLES,
place Van Huffel 6.

L E C O N S E I L D'É T A T, XIIe C H A M B R E,

Vu la requête introduite le 2 août 1991 par laquelle la s.a. KUMPEN demande l'annulation :

"- de la décision de date inconnue de la partie adverse qui lui a été notifiée par la lettre du 19 juin 1991 de la partie adverse attribuant le marché pour 'la construction d'un immeuble comportant 62 logements, un garage pour 26 voitures, une salle de réunion et un atelier créatif rue Schmitz et rue des Tisserands à Koekelberg' à un autre entrepreneur, à savoir la s.a. Saelens en Zoon, Oostmolenstraat, 28 à 9880 - Aalter.

- de la décision de date inconnue de la partie adverse rejetant pour cause d'irrégularité la soumission de la requérante pour le marché précité.

- du refus implicite de date inconnue de la partie adverse d'attribuer le marché précité à la requérante";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. J. STEVENS, auditeur;

Vu l’ordonnance du 17 janvier 1997 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

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

Vu l’ordonnance du 9 septembre 1999 fixant l’affaire à l’audience du 5 octobre 1999;

Entendu M. J. DE BRABANDERE, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me J. ZANARDI, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, et Me N. WEINSTOCK, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse;

Entendu M. J. STEVENS, auditeur, en son avis conforme;

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

1. Des éléments de la cause

Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. La partie défenderesse met en adjudication publique “la construction d’un immeuble comportant 62 logements, un garage pour 26 voitures, une salle de réunion et un atelier créatif". L'ouverture des soumissions a lieu le 4 mars 1991.

1.2. Par son offre de 141.881.250 francs (hors TVA), la requérante est le soumissionnaire le moins-disant.

1.3. Le 8 mars 1991, la requérante informe la partie défenderesse que la soumission a été établie au moyen d’un listing informatique et joint à sa lettre tous les éléments écrits à la main reproduits sur les formulaires annexés au cahier spécial des charges.

1.4. Le rapport d'examen des offres mentionne que la requérante a déposé une offre complète, établie sur un listing informatique, sans transcrire les données sur le formulaire NM/B82.

1.5. Après avoir consulté la Société du logement de la Région bruxelloise, cette dernière fait savoir à la partie défenderesse, dans une lettre du 25 mars 1991, que l'administration doit rejeter la soumission de la requérante, dès lors qu'elle est entachée d'une irrégularité substantielle eu égard à une clause du cahier spécial des charges prévue à peine de nullité absolue.

Il s'agit de l'addendum au cahier spécial des charges qui indique que :

> "Deux exemplaires du métré sont joints au cahier spécial des charges (pour chaque parcelle) : le premier exemplaire est destiné au soumissionnaire, tandis que le second doit, à peine de nullité absolue, être joint à l'offre après que le soumissionnaire l'ait rempli complètement et dûment signé.
>
> L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que ce document est également utilisé à des fins de contrôle et de comparaison des différentes offres. Il est indispensable que tous les soumissionnaires utilisent un document identique afin d'accélérer les contrôles, ceci étant dans l'intérêt tant de l'administration que de l'ensemble des soumissionnaires. Les listings provenant de l'ordinateur du soumissionnaire ne peuvent par conséquent remplacer, expliciter, compléter ou modifier le métré établi en vue d'une adjudication".

1.6. Le 27 mars 1991, le conseil d'administration de la partie défenderesse décide de proposer à la Société du logement de la Région de Bruxelles-Capitale d'attribuer le marché à la s.a. SAELENS en Zoon, à savoir le soumissionnaire régulier le moins-disant, la soumission de la requérante étant, quant à elle, considérée comme irrégulière.

1.7. Le 30 avril 1991, la Société du logement de la Région bruxelloise approuve la décision du conseil d'administration et le 19 juin 1991, la décision attaquée par le présent recours est notifiée à la requérante en précisant : "Offre déposée sur listing informatique et non sur un métré récapitulatif - voir partie 3 du cahier spécial des charges";

2. <u>Du bien-fondé du recours</u>

2.1.1. Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 12, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des articles 14, 20 et 25 de l'arrêté royal du 22 avril 1977

relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que de l'addendum - troisième partie - au cahier spécial des charges NM/B82, en ce que sa soumission n'a pas été retenue comme étant la soumission régulière la plus basse, dès lors qu'elle a été déposée sur un listing informatique et non pas sur le métré récapitulatif; que la requérante, se référant à l'arrêt s.a. SOGETRA, n° 14.843, du 25 juin 1971, estime que le mot "soumission" figurant dans les articles 14 et 25 de l'arrêté royal précité - énonçant que "La soumission est établie conformément au modèle prévu dans le cahier spécial des charges." - ne vise que les éléments apparaissant dans le bulletin de soumission comme tel et que le métré récapitulatif y annexé détaille uniquement le prix auquel le soumissionnaire s'est engagé dans la soumission; que la requérante ajoute que les mots "établie", "conformément" et "au modèle" indiquent que l'article 14 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 ne prévoit pas que le soumissionnaire ne peut "remplir" sa soumission et le métré récapitulatif y annexé que sur les feuilles jointes au cahier spécial des charges - ce qui, du reste, est différent de "établir" - mais en revanche, qu'il peut, à cet effet, établir lui-même des feuilles dans la mesure où elles sont conformes au modèle de la soumission que l'administration avait joint au cahier spécial des charges dans le but d'uniformiser les soumissions et de faciliter leur comparaison; qu'en outre, la requérante soutient qu'en obligeant le soumissionnaire à déposer son offre sur les formulaires annexés au cahier spécial des charges, la partie défenderesse a ajouté une condition à l'article 14 de l'arrêté royal précité, alors qu'elle n'y était pas légalement autorisée, de sorte qu'elle a méconnu la loi en imposant une irrégularité substantielle; que la requérante se réfère à l'arrêt s.p.r.l. Werkhuizen Firmin WAUTERS, n° 24.544, du 28 juin 1984 et à l'arrêt s.p.r.l. BAECK-JANSEN, n° 19.894, du 6 novembre 1979, qui considèrent : qu'aux termes de l'article 14, alinéa 1er, la soumission est établie conformément au modèle prévu dans le cahier spécial des charges, que cette disposition, selon le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 22 avril 1977, se rapporte à tout ce qui concerne la régularité extrinsèque de la soumission dans le dessein d'éviter que des soumissions intéressantes doivent nécessairement être écartées pour des vices de pure forme, qu'en prescrivant dans le cahier spécial des charges que les offres devaient être introduites sur les formulaires de soumission et sur les bordereaux de prix adéquats fournis par l'administration, la partie défenderesse a fait davantage que fixer simplement le modèle des soumissions, que, sans y avoir été légalement autorisée, elle a ainsi ajouté une condition supplémentaire à la disposition contenue dans l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État, que déjà pour ce seul motif, il y a lieu d'annuler la décision attaquée;

2.1.2. Considérant que la partie défenderesse répond que la jurisprudence admet généralement qu'une soumission non conforme au cahier spécial des charges est

entachée d'une irrégularité substantielle, surtout s'il s'agit d'une règle prescrite à peine de nullité; qu'elle soutient en outre que la distinction que la requérante opère entre la soumission proprement dite et le métré récapitulatif n'est étayée par aucun texte légal ou réglementaire et que, de toute évidence, la condition avait été prévue à peine de nullité dans le troisième volet du cahier spécial des charges; que selon la partie défenderesse, la référence à l'arrêt BAECK et JANSEN n'est pas pertinente, dès lors que cet arrêt concernait l'obligation d'introduire les offres sur les formulaires de soumission et sur les bordereaux de prix adéquats fournis par l'administration dans le respect d'une parfaite concordance dans la numérotation perforée; que la partie défenderesse souligne que les listings informatiques ne comportent pas les subdivisions essentielles et que les huit mentions obligatoires et nécessaires permettant la comparaison n'y figuraient pas; que la partie défenderesse ajoute encore qu'un soumissionnaire ne peut plus contester, à l'occasion d'une demande d'annulation de l'adjudication au soumissionnaire le moins-disant, la décision par laquelle le maître de l'ouvrage a arrêté les conditions du marché, dès lors que cette décision est devenue définitive;

2.1.3. Considérant que dans son dernier mémoire, la requérante rappelle que sa soumission était régulière, dès lors que l'article 14 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 n'utilise que le terme "conformément", la requérante pouvant valablement s'appuyer, certainement à l'égard du métré récapitulatif, sur un listing informatique établi "en présentant des similitudes avec" - "conformément à" un modèle prévu dans le cahier des charges; que la requérante soutient en outre que la partie défenderesse n'est pas conséquente lorsqu'elle affirme que la distinction entre la soumission proprement dite et le métré récapitulatif ne peut reposer sur aucune disposition légale ou réglementaire, de sorte que dans l'hypothèse où la partie défenderesse se fonderait sur l'unité du bulletin de soumission et du métré récapitulatif, il doit être conclu, selon la requérante, à la violation de l'article 14, alinéa 1er, précité;

2.1.4.1. Considérant que l'article 14 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 dispose ce qui suit :

> "La soumission est établie conformément au modèle prévu dans le cahier des charges. Elle est signée par le soumissionnaire ou son mandataire.
> Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans la soumission que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire",

que l'article 1er, 5°, du même arrêté définit de la manière suivante la notion de "métré récapitulatif" :

> "tableau éventuellement joint au cahier spécial des charges condensant les prestations d'une entreprise de travaux en postes différents avec indication de la quantité totale de chacun d'eux";

2.1.4.2. Considérant qu'il résulte des dispositions reproduites ci-dessus que la soumission et le métré récapitulatif sont deux notions différentes; qu'une clause du cahier spécial des charges prévoyant le dépôt de l'offre sur des bulletins de soumission annexés au cahier spécial des charges ajouterait une condition supplémentaire à l'article 14, alinéa 1er, sans qu'une délégation légale ait été prévue à cet effet; qu'en effet, l'article 14, alinéa 1er, ne fait qu'exiger que la soumission soit établie conformément au modèle prévu et non pas qu'elle soit remplie sur le formulaire annexé au cahier spécial des charges; que l'alinéa 1er de l'article 14 ne concerne toutefois que la soumission, l'alinéa 2 visant, quant à lui, la soumission aussi bien que le métré récapitulatif;

2.1.4.3. Considérant que l'article 25, § 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 autorise l'administration à considérer comme irrégulières et partant, comme nulles et non avenues, les soumissions "qui ne sont pas conformes aux dispositions de la présente section 2", que l'article 15, § 2, qui relève de la section 2, prévoit que les documents, modèles et échantillons exigés par le cahier spécial des charges doivent être joints à la soumission et que l'article 20, § 3 - qui relève également de la section 2 - prévoit plus particulièrement à l'égard du métré récapitulatif, que le soumissionnaire doit inscrire les indications requises; que la partie défenderesse, se fondant sur l'article 25 de l'arrêté royal précité, a fait usage de son droit de considérer une soumission comme irrégulière et partant, comme nulle - nullité relative - et non avenue et, du reste, en a informé préalablement les soumissionnaires, dans l'addendum au cahier spécial des charges, dans les termes suivants : "Deux exemplaires du métré sont joints au cahier spécial des charges (pour chaque parcelle) : le premier exemplaire est destiné au soumissionnaire, tandis que le second doit, à peine de nullité absolue, être joint à l'offre après que le soumissionnaire l'a rempli complètement et dûment signé.", et dans les termes : "Les listings provenant de l'ordinateur du soumissionnaire ne peuvent par conséquent remplacer (...) le métré établi en vue d'une adjudication"; qu'ainsi, la partie défenderesse a aussi fait savoir préalablement que pour elle cette manière de procéder était essentielle dans un souci de comparabilité, de sorte que l'irrégularité va au-delà d'une simple formalité et que la partie défenderesse ne pouvait raisonnablement prendre d'autre décision que celle de rejeter la soumission de la requérante pour cause d'irrégularité; que la circonstance que l'administration fait état de "nullité absolue" dans l'addendum au

cahier spécial des charges, alors qu'il ne s'agit que d'une nullité relative, importe peu à cet égard; qu'en rejetant la soumission pour cause d'irrégularité, la partie défenderesse a fait une application correcte des articles 14, 20 et 25 de l'arrêté royal du 22 avril 1977; que le moyen n'est pas fondé;

2.2.1. Considérant que dans un deuxième moyen, la requérante invoque la violation de l'article 6 - actuellement l'article 10 - de la Constitution; qu'elle estime que le principe d'égalité des soumissionnaires est violé, dès lors que l'examen et l'appréciation du dossier des autres soumissionnaires, et notamment celui du soumissionnaire qui s'est vu attribuer le marché, ont été effectués sur des bases différentes de celles de la requérante, de sorte que c'est à tort que le marché ne lui a pas été adjugé; que la requérante ajoute que le montant mentionné dans son bulletin de soumission est conforme au montant total dont fait état le métré, de sorte qu'il ne subsiste pas de doute ni sur le montant, ni sur ses engagements et que l'annexe qu'elle a fournie ne compromet pas la comparabilité des offres déposées; que la requérante affirme, en outre, qu'il ressort des travaux préparatoires que les causes de nullité absolue pour "non-conformité de pure forme" ne peuvent être aggravées; qu'enfin, elle se réfère encore à l'arrêt s.a. MICHEL MICHIELS, n° 19.533, du 27 mars 1979, à propos duquel elle cite : "qu'une adjudication publique doit donc, pour peu que la chose soit possible, se conclure par un résultat positif; que cela implique que les irrégularités doivent être réparées autant que faire se peut, étant entendu, primo, qu'il ne peut s'agir d'irrégularités justifiant la présomption qu'elles doivent servir, dans le cas d'espèce, à créer une possibilité de fraude au détriment de l'adjudicateur ou des autres soumissionnaires, secundo, que les irrégularités ne peuvent raisonnablement être de nature à rendre impossible une comparaison des offres et, tertio, que leur réparation ne viole pas le principe d'égalité des soumissionnaires" et que la requérante n'a pas été retenue, à tort, comme le soumissionnaire régulier le moins disant;

2.2.2. Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse considère qu'elle ne pouvait déroger aux conditions de la soumission sans méconnaître l'adage "patere legem quam ipse fecisti" et devait donc considérer la soumission de la requérante comme irrégulière; qu'elle soutient qu'un soumissionnaire dont la soumission a été régulièrement rejetée n'a pas d'intérêt à attaquer l'adjudication du marché à un soumissionnaire régulier et ne peut plus invoquer que des moyens concernant la régularité même;

2.2.3. Considérant que la partie défenderesse a appliqué de la même manière la clause visée du cahier spécial des charges, d'une part, au métré joint à la soumission

de la requérante et, d'autre part, aux autres soumissions, notamment celle de la s.a. SAELENS en Zoon et qu'il a, en outre, été constaté que le métré de la requérante, à l'inverse de celui des autres soumissionnaires, n'était pas conforme; que le principe d'égalité n'a donc pas été violé; que pour le surplus, il peut être renvoyé aux considérations qui ont déjà été formulées dans l'examen du premier moyen; que le deuxième moyen n'est pas non plus fondé,

D É C I D E :

Article 1er.

Le recours est rejeté.

Article 2.

Les dépens du recours, liquidés à la somme de quatre mille francs, sont mis à la charge de la requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le vingt-six octobre 1900 nonante-neuf, par la XIIe chambre composée de :

MM.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
	A. VANDENDRIESSCHE,	conseiller d'État,
	J. BAERT,	conseiller d'État,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier, **Le président,**

S. DOMS **J. DE BRABANDERE**

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63, ALINÉA 1ER, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.