

Notion d'“éléments chiffrables” dans une adjudication (art. 15 loi 24 décembre 1993)

Détermination du prix le plus bas - Classement unique obligatoire des offres de base et des variantes - Distinction entre les variantes et ce que le pouvoir adjudicateur a qualifié d'options.

SOMMAIRE

Les offres à classer sont celles recueillies lors de l'ouverture des soumissions et qui ont donc été établies sur la seule base du cahier des charges. Les offres comportant des variantes doivent être intégrées au classement unique destiné à déterminer l'offre la plus basse.

Les “autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours” sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels à cette date. Il ne peut donc être question d'admettre parmi ces “autres éléments chiffrables” des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des soumissions.

Ne peuvent pas être considérés comme des éléments “qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours” les postes qualifiés d'options par le pouvoir adjudicateur: ces postes représentaient, par rapport à l'offre de base, des travaux supplémentaires dont le pouvoir adjudicateur ne savait pas s'il aurait les moyens de les faire réaliser et, partant, s'ils feraient en définitive partie du marché.

CONSEIL D'ETAT, 6^e Chambre, n° 114.127, 23 décembre 2002, en cause S.A. Goessens c/ Ville de Malmedy.

- Président: R. Andersen.
- Conseillers d'Etat: MM. Hanse et Lewalle.
- Auditeur: P. Nihoul (rapport) et ensuite M. Lombaert (avis).
- Pl.: Maîtres P. Crahay et J.-M. Verjus et V. Bertrand loco A. Delvaux et F. Pottier.

Begrip “berekensbare gegevens” in een aanbesteding (art. 15 wet 24 december 1993)

Bepaling van de laagste prijs - Eén enkele rangschikking verplichtend voor basisoffertes en varianten - Onderscheiding tussen varianten en wat de aanbestedende overheid als opties heeft gekwalificeerd.

SAMENVATTING

De te rangschikken offertes zijn deze die bij de opening van de inschrijvingen werden ingezameld en die derhalve uitsluitend op basis van het bijzonder bestek werden opgesteld. De offertes die varianten bevatten moeten worden geïntegreerd in de enkele rangschikking die bestemd is om de laagste offerte vast te stellen.

De "andere berekenbare gegevens die met zekerheid de uitgaven zullen verhogen" zijn uitsluitend diegene die als zodanig op die datum blijken. Er kan dus geen sprake zijn om onder die "andere berekenbare gegevens" de uitgaven aan te nemen waarvan de zekere aard slechts nadien zou blijken, omdat ze van een onzeker element zouden afhangen (zelfs al zou dat element objectief zijn) die zich pas na de opening van de inschrijvingen zou ophelderen.

Posten die door de aanbestedende overheid als opties werden gekwalificeerd mogen niet als gegevens worden beschouwd "die met zekerheid de uitgaven zullen verhogen": die posten betroffen, t. o. v. de basisofferte, meerwerken waarvan de aanbestedende overheid niet wist of zij de middelen zou hebben om die te laten uit te voeren en derhalve of ze uiteindelijk deel zouden uitmaken van de opdracht.

RAAD VAN STATE, 6^{de} Kamer, nr. 114.127, 23 december 2002, inzake N.V. Goessens t/ Stad Malmedy.

- Voorzitter: R. Andersen.
- Staatsraden: de heren Hanse en Lewalle.
- Auditeur: P. Nihoul (verslag) en later M. Lombaert (advies).
- Pl.: Meesters P. Crahay en J.-M. Verjus en V. Bertrand loco A. Delvaux en F. Pottier.

*
* *

«(...)

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

1. Le 21 décembre 1998, le Conseil communal de la Ville de Malmedy, estimant nécessaire de procéder à la reconstruction de la salle de la Fraternité à Malmedy, décide d'approuver les conditions, les critères de sélection et le devis estimatif pour chacun des trois lots, ainsi que de choisir l'appel d'offres général comme mode de passation pour le lot 1 (maçonnerie, toiture, menuiserie, plafonnage, carrelage et peintures), et l'adjudication publique pour le lot 2 (chauffage et sanitaires) et le lot 3 (électricité).

2. Le 15 janvier 1999, il décide de choisir l'adjudication publique comme mode de passation du marché pour le lot 1 et d'approuver les montants rectifiés des devis estimatifs pour chacun des trois lots.

3. Le Cahier spécial des charges comporte notamment ce qui suit en sa page 6, parmi les "clauses administratives relatives à la pas-

sation du marché" - Titre 6:

"Chapitre 5 - Du choix de l'adjudicataire en adjudication publique.

Section I: Du choix en adjudication publique.

Art. 111: après vérifications arithmétiques et des erreurs purement matérielles, le marché sera attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, tout en tenant compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours.

(...)

Art. 113: l'offre sera classée suivant l'offre de base (sans tenir compte des variantes et des options dans le montant de l'offre) mais en tenant en compte les rabais éventuels. Les options retenues seront signalées par écrit à l'entrepreneur lors de la commande.

(...)"

Il prévoit encore, en ses clauses relatives au lot 2, dans l'«énumération et description des ouvrages»:

- (page 14) au poste 1.-0004- que "en option 1, l'entreprise propose le démontage et l'évacuation du réservoir gazoil désaffecté";
- (page 49) au poste 6.9.: "Variantes - Tuyauteries de décharge en PVC (...);
- (pages 61 à 64), un chapitre "Options et variantes", soit :
 - "1. Variante diminutive 1 - Réservoirs gazoil préfabriqués en polyéthylène - 0269- (...);
 - 2. Option 2 - Protection incendie (à voir avec les pompiers) (...-0270- à -0277-...);
 - 3. Option 3 - Equipements de la cuisine (-0278- et -0279-...);
 - 4. Option 4 - Egouttage (-0280- et -0281-...)."

Le métré récapitulatif, après avoir prévu le "total hors options et variantes", la T.V.A. de 21% et le total général, prévoit les options et variantes dont question aux pages 61 à 64 du Cahier spécial des charges, mais perd de vue l'option 1 dont question à la page 14, et la variante prévue à la page 49.

4. Le 2 avril 1999, lors de l'ouverture des soumissions, quatre offres sont recueillies, soit celles de:

- Goessens S.A. d'un montant, T.V.A.C. de	5.028.470 BEF;
- Dethier S.A.	5.141.493 BEF;
- Henkens Frères S.A.	5.143.284 BEF;
- Hauseux Marcel S.P.R.L.	6.664.999 BEF.

5. Le 24 avril 1999, la S.A. Bureau d'Etudes Pierre Berger, pour le compte de la partie adverse, procède à l'analyse des soumissions, après avoir demandé et obtenu de la requérante "quelques informations complémentaires".

Elle établit le "classement après vérifications arithmétiques, correction des quantités et calcul des postes omis", soit:

1. Goessens S.A.	4.155.760 BEF H.T.V.A.;
2. Dethier S.A.	4.249.168 BEF H.T.V.A.;
3. Henkens Frères S.A.	4.250.648 BEF H.T.V.A.;
4. Hauseux Marcel S.P.R.L.	4.832.598 BEF H.T.V.A.

Elle établit encore le "classement en tenant compte des variantes et options du récapitulatif" (prévues aux pages 61 à 64 du Cahier spécial des charges), soit:

1. Dethier S.A.	4.387.994 BEF H.T.V.A.;
2. Goessens S.A.	4.388.660 BEF H.T.V.A.;
3. Henkens Frères S.A.	4.433.473 BEF H.T.V.A.;
4. Hauseux Marcel S.P.R.L.	4.963.020 BEF H.T.V.A.

Elle établit encore le "classement en tenant compte des options 5 et 6" (prévues aux pages 14 et 49 du Cahier spécial des charges, mais non métrées au récapitulatif), soit:

1. Henkens Frères S.A.	4.408.161 BEF H.T.V.A.;
2. Dethier S.A.	4.408.911 BEF H.T.V.A.;
3. Goessens S.A.	4.421.260 BEF H.T.V.A.;
4. Hauseux Marcel S.P.R.L.	4.928.711 BEF H.T.V.A.

Elle conclut comme suit:

"L'entreprise Hauseux n'est pas conforme administrativement et reste quatrième car nous ne prenons pas en compte la correction demandée dans son fax pour les postes 207 à 208.

Les différences de prix entre les trois premiers sont dérisoires:

- hors options et variantes, Goessens est premier avec 2,2% d'écart par rapport à Dethier et Henkens,
- options et variantes du récapitulatif comprises, Dethier passe premier devant Goessens et Henkens,
- options 5 et 6 comprises, Henkens passe devant Dethier et Goessens.

Les travaux chiffrés en option sont nécessaires mais ont été chiffrés séparément car non prévus dans le budget et le dossier initial des architectes que l'on nous demandait de respecter.

Les variantes diminutives ont été décrites dans le même ordre d'esprit pour permettre de respecter le budget.

Comme c'est la seule entreprise à avoir remis une soumission d'origine complète (options 5 et 6 chiffrées), nous proposons de retenir l'entreprise Dethier pour réaliser les travaux pour le montant, options et variantes comprises de 4.408.911 BEF T.V.A. comprise le montant de l'entreprise est de 5.334.782 BEF."

6. Le 23 avril 1999, le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Malmedy prend la délibération qui suit:

"OBJET: RECONSTRUCTION DE LA SALLE DE LA FRATERNITE - LOTS 2 - CHAUFFAGE ET 3 - ELECTRICITE - ADJUDICATION.

Le Collège échevinal,
Revu la délibération du Conseil communal du 21 décembre 1998 approuvant le projet repris sous-objet;
Vu les procès-verbaux d'ouverture des soumissions du 2 avril 1999;
Vu les rapports d'adjudication de l'architecte L. Jeunejean, auteur du projet;
Vu l'article 236 de la Loi communale;

DECIDE
d'adjudger le marché:

- pour le lot 2: chauffage aux Ets. Dethier à la somme de 4.408.911 BEF + T.V.A.;
- pour le lot 3: électricité aux Ets. Lamelec à la somme de 1.906.481 BEF + T.V.A."

Il s'agit de la décision attaquée.

7. Le 30 mai 1999, la Députation permanente du Conseil provincial de Liège informe le bourgmestre de la Ville de Malmedy de ce que, en séance du 27 mai 1999, elle "a admis (...) la délibération du 23 avril 1999 (...)"

8. Le 9 juin 1999, la partie adverse notifie à la S.A. Henri Dethier et Fils que le Collège échevinal, réuni en séance le 23 avril 1999, lui a adjugé le marché litigieux.

Par courrier du même jour, elle informe la requérante de ce que son offre n'a pas été retenue.

9. Par lettre du 11 juin 1999, la requérante demande à la partie adverse de lui fournir les justificatifs de son éviction.

10. Le 30 juin 1999, la partie adverse adresse à la requérante la "décision motivée d'attribution du marché" libellée comme suit:

"1. Marché

Travaux de reconstruction de la salle de "la Fraternité" à Malmedy.

Adjudication publique du 2 avril 1999.

2. Sélection des offres

Les offres des entreprises suivantes sont sélectionnées:

1. Goessens S.A.
route de Battice 51a à 4580 Battice;
2. Dethier S.A.
rue Hottieux 100-102 à 4950 Waimes;
3. Henkens Frères S.A.
route de Hambourg 93 à 4841 Henri-Chapelle;
4. Hauseux Marcel S.P.R.L.
avenue des Alliés 20 à 4960 Malmedy.

3. Montants de la commande H.T.V.A.

3.1. Offre Goessens

- * Postes 1 à 268, soit les postes prévus au dossier de base des architectes,
4.155.760 BEF H.T.V.A.;
- * Postes 269 à 281, soit les postes ajoutés par Berger, options et variantes obligatoires 1 à 4:
- 26.000 + 258.900 = + 232.900 BEF H.T.V.A.;
- * Options 5 et 6 obligatoires demandées par le BE et chiffrées par Goessens dans son fax du 12 avril:
+ 35.000 - 2400 = + 32.600 BEF H.T.V.A.;

- * Montant global, options et variantes 1 à 6 comprises : 4.421.260 BEF H.T.V.A.

3.2. Offre Dethier

- * Postes 1 à 268, 4.249.168 BEF H.T.V.A.;
- * Postes 269 à 281,
- 46.805 + 185.631 = + 138.826 BEF H.T.V.A.;
- * Options 5 et 6 obligatoires chiffrées par Dethier dans son offre de base: (demandées au CDC)
25.000 - 4.083 = + 20.917 BEF H.T.V.A.;
- * Montant global, options et variantes comprises : 4.408.911 BEF H.T.V.A.

4. Conclusion

- * considérant que l'offre complète (options et variantes obligatoires diminutives comprises), régulière et moins disante est celle remise par "Dethier" et qu'aucune irrégularité ou anomalie ne peut être reprochée à ladite offre;
- * la société "Dethier" est désignée comme adjudicataire des travaux pour un montant de 4.408.911 BEF H.T.V.A. options et variantes comprises soit un total général de 5.334.782 BEF T.V.A.C."

Considérant que la requérante prend un moyen, le premier de sa requête, de la "violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 113 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996"; qu'elle soutient, en substance, que les "options" 2, 3 et 4, prévues aux pages 61 à 64 du Cahier spécial des charges, et l'"option" mentionnée en page 14 mais non reprise au métré récapitulatif ("option 5" selon le rapport d'analyse des soumissions) ne pouvaient être considérées comme des variantes; qu'elle souligne qu'il s'agissait de prestations supplémentaires que l'administration aurait la liberté de commander, ou non; qu'elle en conclut que la partie adverse ne pouvait les prendre en considération pour déterminer la soumission la plus basse, et montre, chiffres à l'appui, que si tel avait été le cas, c'est son offre qui aurait dû être

considérée comme la plus basse;

Considérant que la partie adverse, en réponse, admet que le Cahier des charges prévoyait, d'une part, 4 options (démontage et évacuation de la citerne à mazout existant dans la chaufferie du Rimini, soit l'option 1 prévue à la page 14 du Cahier des charges, protection incendie, soit l'option 2 prévue à la page 61 du Cahier des charges, équipements de la cuisine, soit l'option 3 prévue à la page 63 du Cahier des charges, et l'égouttage, soit l'option 4 prévue à la page 63 du cahier des charges), et d'autre part, 2 variantes (tuyaux de décharge en PVC plutôt qu'en polyéthylène, variante prévue à la page 49 du Cahier des charges, et réservoirs en polyéthylène plutôt qu'en acier, variante prévue à la page 61 du Cahier des charges); qu'elle admet encore que les variantes ont pour but de faire remettre prix pour un autre procédé ou un autre matériau que ceux prévus dans l'offre de base en vue de réduire, le cas échéant, le prix du marché, tandis que l'option porte sur un travail supplémentaire; qu'elle soutient cependant que les prix remis pour ces options devaient être pris en compte pour le classement des offres et la détermination de l'offre la plus basse, parce qu'ils faisaient partie "des prix offerts et des autres éléments chiffrables" au sens de l'article 15 visé au moyen; qu'elle souligne que "le principe de l'égalité entre soumissionnaires (était) respecté, puisque les contours des options (avaient) été clairement définis dans le Cahier des charges de sorte que tous les soumissionnaires (avaient) été mis en mesure de remettre des prix pour ces options dans des conditions parfaitement égales"; qu'elle ajoute que "rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur de prévoir des options" et qu'un tel procédé a l'avantage d'éviter de recourir à la procédure négociée pour les travaux complémentaires;

Considérant que, dans son dernier mémoire,

la partie adverse explique en fait que, pour éviter d'aboutir à un dépassement du budget, "le bureau d'études a décidé de mettre en option quatre postes qui, soit correspondaient à des travaux non indispensables (option 1: démontage et évacuation de l'ancienne citerne; option 3: équipements de cuisine, et option 4: prestations d'égouttage), soit dépendaient d'une décision du service d'incendie (option 2: accessoires à installer suivant décision des pompiers); qu'elle ajoute que l'économie réalisée lors de l'attribution des deux autres lots lui a permis d'attribuer l'ensemble du lot chauffage, y compris les options, sans dépasser le budget; qu'elle ajoute que, "s'il est vrai que les options présentaient un caractère d'incertitude au moment de la rédaction du Cahier spécial des charges, ce caractère d'incertitude (avait) complètement disparu au moment de l'attribution du marché puisque, entre ces deux moments, il s'était avéré que le budget disponible était suffisant"; qu'elle soutient que "la prise en compte des options est parfaitement compatible avec la règle du classement unique énoncée à l'article 113 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996", "qu'à partir du moment où les options sont levées et où elles deviennent des éléments chiffrables au sens de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, leur prix doit être inclus dans le prix de base des soumissions", et qu'"il reste alors au pouvoir adjudicateur à établir un classement alignant les prix de base et variantes des différents soumissionnaires", classement qui montrait que l'offre de la société Dethier était moins élevée que celle de la société Goessens;

Considérant qu'en vertu de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, combiné avec l'article 113 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, l'autorité

compétente doit, pour déterminer l'offre régulière la plus basse, établir un classement unique des offres de base et des offres avec variantes; que le critère de ce classement est le prix offert, augmenté "des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, s'y ajouter";

Considérant que les offres à classer sont celles recueillies lors de l'ouverture des offres et qui ont donc été établies sur la seule base du Cahier spécial des charges; les "autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours" sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels à cette date; il ne peut donc être question d'admettre parmi ces "autres éléments chiffrables" des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des offres;

Considérant qu'en l'espèce, le Cahier spécial des charges imposait deux variantes qui avaient pour effet de réduire le prix de l'offre de base: la fourniture de tuyaux de décharge en PVC plutôt qu'en polyéthylène (page 49 du C.S.C. - "variante 1") et la fourniture de réservoirs en polyéthylène plutôt qu'en acier (page 61 du C.S.C. "variante 2"); qu'en vertu des dispositions légale et réglementaire visées au moyen, les offres comportant ces variantes devaient être intégrées au classement unique destiné à déterminer l'offre la plus basse;

Considérant, en revanche, que ces postes que la partie adverse qualifie d'"options", soit l'évacuation d'une citerne à mazout dans l'immeuble Rimini ("option 1", page 14 du C.S.C.), le système de protection contre l'incendie ("option 2", page 61 du C.S.C.), l'équipement de la cuisine ("option 3", page 63 du C.S.C.) et l'égouttage ("option 4", page 63 du C.S.C.), ne peuvent être considérés

comme des éléments qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours, dès lors que, au moment de l'établissement du Cahier spécial des charges, la partie adverse elle-même ne savait pas si elle aurait les moyens de les faire réaliser par l'adjudicataire, ni, partant, s'ils feraient en définitive partie du marché; que, du reste, la partie adverse elle-même admet que ces "options" représentaient des travaux supplémentaires par rapport à l'offre de base et étaient affectés d'"un caractère d'incertitude au moment de la rédaction du Cahier spécial des charges"; que, partant, les montants de ces "options" ne pouvaient être pris en compte lors de l'établissement du classement unique devant déterminer l'offre la plus basse;

Considérant que, dans ces conditions, le classement des offres aurait dû, conformément à l'article 113 visé au moyen, se présenter comme suit, hors T.V.A.:

* Goessens	
- offre de base	4.155.760 BEF;
- déduction issue de la variante 1	2.400 BEF;
- déduction issue de la variante 2	26.000 BEF;
soit une offre de	4.127.360 BEF;
* Dethier	
- offre de base	4.249.168 BEF;
- déduction issue de la variante 1	4.083 BEF;
- déduction issue de la variante 2	46.805 BEF;
soit une offre de	4.198.280 BEF;

qu'il apparaît ainsi clairement que, si la partie adverse avait respecté les dispositions visées au moyen, elle aurait dû adjuger le marché à la requérante et non à la S.A. Dethier; que le moyen est fondé;

(...)

*
* *

OBSERVATIONS

"De la fausse facilité de déterminer l'offre la plus basse dans la procédure d'adjudication"

Sur les notions de "variantes", d'"options" et d'"éléments chiffrables" nous livrons au lecteur quelques bonnes pages du rapport établi par l'Auditeur P. Nihoul, aujourd'hui Conseiller d'Etat.

*
* *

V. EXAMEN DES MOYENS

A. Premier moyen

1. Rappel du moyen

Le premier moyen est "pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 113 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996".

Les options 2 à 5 qualifiées comme telles par l'auteur de projet ne peuvent être considérées comme des variantes au sens des dispositions visées au moyen.

Une variante ne peut, en effet, avoir pour objet que les moyens de réalisation technique de la prestation (en particulier le procédé ou le matériel de construction). Elle ne peut porter sur une prestation supplémentaire (en particulier sur un travail ou une fourniture complémentaire de nature différente), que l'administration aurait la liberté ou non de commander.

En l'espèce, l'option 2 est relative à des accessoires de protection d'incendie qui "seront éventuellement installés suivant décision des pompiers". En outre, les options 2 à 5 ont trait à des équipements ou des travaux qui ne font aucunement partie, même sous d'autres formes, des travaux et fournitures de base prévus au Cahier spécial des charges. La partie adverse ne pouvait prendre en considération ces "options" pour déterminer la soumission la plus basse.

Dans ce cas, l'offre de la partie requérante, diminuée des variantes 1 et 6, est la plus basse.

2. Réponse de la partie adverse

Le Cahier spécial des charges a bien prévu 4 options et 2 variantes. Si la ville de Malmedy a prévu diverses options, c'est, pour l'une d'entre elles, parce que l'exécution des travaux dépendait d'une décision du Service d'Incendie et, pour les trois autres, parce que les travaux en question n'avaient pas été prévus dans le budget et le dossier initial des architectes.

Si les options, qui portent sur un travail supplémentaire, ne sont pas des variantes, les prix remis pour ces options font toutefois partie "des prix offerts et des autres éléments chiffrables" au sens de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et doivent dès lors être pris en compte pour le classement des offres et la détermination de l'offre la plus basse.

En décider autrement, ce serait obliger l'administration à lancer une procédure d'adjudication pour un marché réduit, puis à recourir à la procédure négociée pour les travaux complémentaires sur la base de l'article 17 § 2, 1^o, a), ce qui représenterait une perte de temps importante pour le pouvoir adjudicateur et serait totalement contraire à l'esprit de la réglementation applicable en matière de marchés publics, laquelle vise avant tout à généraliser les procédures de mise en concurrence pour ne réserver la procédure négociée qu'à des cas exceptionnels.

3. Réplique de la partie requérante

Tout d'abord, les options précitées n'augmentent pas d'une manière certaine les débours de l'administration. En effet, il n'est pas certain que ces options seront réalisées puisque la réalisation de l'une d'elles dépend d'un tiers et la réalisation des autres, tout comme de l'option 2, n'a même pas été prévue dans les travaux et fournitures de base du Cahier spécial des charges. Conformément aux vœux du législateur, il n'y a lieu que de retenir les éléments qui viendront de manière certaine au moment de la passation du marché augmenter les débours de l'administration.

4. Examen

4.1. Il ressort de la législation et de la réglementation relatives aux marchés publics, et plus particulièrement de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 visés au moyen, que la procédure d'adjudication, ouverte et restreinte, se diffé-

rence fondamentalement et essentiellement des autres modes de passation par le caractère quasi-automatique du choix de l'adjudicataire, lequel s'opère en effet en faveur du moins-disant quasi-automatiquement par la seule vertu de l'arithmétique¹.

Plusieurs conséquences découlent de cette caractéristique, lesquelles sont destinées à limiter au maximum, dans cette procédure, le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur quant au choix du soumissionnaire:

- 1°) le mécanisme de l'adjudication exclut qu'un soumissionnaire propose un prix déterminé par référence aux autres offres et se réserve ainsi une possibilité de surenchérir, dans un système qui n'en compte pas²;
- 2°) au terme d'une procédure d'adjudication, l'autorité ne peut passer la commande qu'à un seul fournisseur, le moins-disant, et ne peut partager la commande entre le moins-disant et les autres concurrents³;
- 3°) le recours à l'adjudication publique fait obstacle à ce que la disposition du Cahier des charges aux termes de laquelle le Collège des bourgmestre et échevins se réserve le droit s'il le juge convenable de choisir parmi les soumissionnaires celui qui paraît le plus apte à remplir les fonctions, soit interprétée comme réservant au Collège un pouvoir discrétionnaire dans l'attribution du marché⁴;
- 4°) sous réserve pour l'administration de vérifier si les références exigées ont été fournies et correspondent à la réalité, le système de l'adjudication publique n'est pas compatible avec une appréciation discrétionnaire du caractère suffisant ou non des références produites⁵;
- 5°) le fait de déposer plusieurs soumissions pour un même marché public, dans le cadre d'une adjudication restreinte, rend impossible la comparaison objective des soumissions et ouvre la porte aux abus et à la fraude. Le seul motif acceptable, pour déposer, pour un même marché, plusieurs soumissions en même temps, est que le Cahier spécial des charges offre cette possibilité, c'est-à-dire si le Cahier spécial des charges permet ou impose des variantes⁶.

4.2. Cet automatisme en faveur de l'offre régulière la plus basse eu égard au seul critère des "prix offerts" n'est tempéré, selon les textes applicables en la matière, que par la prise en compte de deux éléments, à savoir, d'une part, les "autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours" en vertu de l'article 15, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 et, d'autre part, des variantes conformément à l'article 113, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 jan-

1 M.-A. Flamme et cts, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6^{ème} éd., C.N.C., 1996-1997, Tome IA, p. 248; D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, Initiation aux marchés publics, Bruylant, 1999, p. 134, n° 145; A. Delvaux et P. Debroux, Les règles générales relatives à l'attribution d'un marché, Guide de droit immobilier, Tome 4, p. 141.

2 C.E., Sogeco, n° 19.693, du 15 juin 1979, et n° 19.721, du 27 juin 1979.

3 C.E., N.V. Betonkonstruktie V.D. Hemiksem, n° 53.092, du 3 mai 1995.

4 C.E., Cailleaux, n° 18.441, du 22 septembre 1977.

5 C.E., S.A. Entreprises Robert Delbrassinne, n° 49.055, du 14 septembre 1994.

6 C.E., S.A. Drager Ballings, n° 57.019, du 13 décembre 1995.

vier 1996. En tant que tempéraments au principe, ces deux éléments doivent recevoir une interprétation restrictive.

1°) En ce qui concerne la notion d'“éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours”:

Il a été jugé que “cette disposition a pour but de protéger les soumissionnaires en limitant les pouvoirs de l'administration quant au choix de l'adjudicataire. Une telle disposition non seulement exclut la prise en considération, en dehors du prix demandé, de tout élément qui ne viendrait pas d'une manière certaine augmenter les débours de l'administration, mais exige également que les éléments retenus soient chiffrables, c'est-à-dire susceptibles d'être estimés en chiffres à la suite de calculs précis”⁷.

Comme le précise le même arrêt du Conseil d'État, il s'agit d'“éléments auxquels leur nature confère le caractère de certitude imposant à l'administration de les prendre en considération”. Les éléments chiffrables dont il peut être tenu compte pour déterminer l'offre réellement la plus basse sont de ce fait des éléments qui doivent découler des offres elles-mêmes, c'est-à-dire des prestations qui font l'objet du marché, et non pas de considérations extrinsèques à celles-ci comme des prestations supplémentaires; ce sont en quelque sorte des éléments accessoires aux prestations demandées.

Comme le soulignent à juste titre les auteurs du Commentaire pratique, “la nécessité de concilier les “autres éléments chiffrables” avec l'automatisme de l'adjudication réduit considérablement l'utilité pratique de cette notion, d'autant plus que le recours à l'appel d'offres en permet l'application sans la moindre réserve”⁸.

2°) En ce qui concerne les variantes:

Tout d'abord, le terme “variante” ne s'applique qu'“à la réalisation de l'objet du marché selon un autre procédé technique ou par l'emploi d'autres matériaux que ceux qui sont prévus par le Cahier spécial des charges”⁹.

Ensuite, le fait de tenir compte de variantes dans des procédures d'adjudication n'est conciliable avec la règle de l'automatisme de l'attribution du marché au plus bas soumissionnaire que moyennant le respect de trois éléments énoncés par l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité:

- elles doivent être imposées ou autorisées par le Cahier spécial des charges de sorte que les variantes libres ou suggestions sont interdites dans les procédures d'adjudication;
- le Cahier spécial des charges doit en préciser l'objet, la nature et la portée, ceci afin d'assurer la comparabilité des offres; à défaut, il ne s'agit plus de variantes mais de concours et l'adjudication doit faire place à la procédure d'appel d'offres;

7 C.E., S.A. Eurocavi, n° 16.828, du 16 janvier 1975.

8 Op. cit., p. 250.

9 C.E., S.A. Socol, n° 20.709, du 13 octobre 1980.

- l'attribution du marché doit s'effectuer selon un "classement unique des soumissions de base et des variantes". Cette règle dite du "classement unique" doit s'entendre comme imposant un classement unique et des soumissions de base et des soumissions nuancées par les variantes de manière à empêcher un éventuel arbitraire en enlevant à l'administration toute faculté d'option entre les combinaisons possibles. Le pouvoir adjudicateur n'a en effet pas la moindre liberté de choisir l'offre de base ou l'offre nuancée d'une variante. Dans le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 avril 1977, il est même précisé, à propos de l'article 34 dont le texte est reproduit par l'article 113 précité, que "l'offre la plus basse doit être retenue, qu'il s'agisse de la soumission de base ou de la variante, et cela même au cas où la soumission de base et la variante émanent du même soumissionnaire"¹⁰.

4.3. En l'espèce, il importe de qualifier au regard des dispositions légales et réglementaires précitées les prestations litigieuses, à savoir les "variantes" 1 et 6 et les "options" 2 à 5.

4.3.1. Quant à la qualification de variantes: les parties s'accordent à juste titre pour considérer comme seules variantes au sens de l'article 113 précité les prestations qualifiées de "variantes 1 et 6" par l'auteur de projet dans son analyse des soumissions. De même, les parties estiment de commun accord et toujours à juste titre que les prestations reprises sous les termes "options 2 à 5" dans l'analyse des soumissions de l'auteur de projet ne constituent pas des variantes au sens de l'article 113 précité puisqu'elles ont pour objet des prestations supplémentaires à l'objet du marché.

La qualification ainsi donnée par les parties aux diverses prestations litigieuses correspond au concept de "variante" tel qu'il a été défini ci-dessus. En conséquence, au regard de l'article 113 précité, la partie adverse pouvait et même devait avoir égard aux variantes 1 et 6 dans la détermination de l'offre la plus basse.

Qu'en est-il dans ce cas des options 2 à 5?

4.3.2. Quant à la qualification d'"autres éléments chiffrables": par contre, les parties divergent sur le point de savoir si les "options 2 à 5" précitées pouvaient ou non être prises en considération par la partie adverse pour déterminer la soumission la plus basse et ce, au titre d'"autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter (les) débours" de la partie adverse. C'est en effet la question au centre de l'examen de ce premier moyen.

Les prestations visées concernent pour rappel:

- en option 2, différents accessoires relatifs à la protection incendie qui "seront éventuellement installés suivant décision des pompiers";
- en option 3, des "équipements de la cuisine";
- en option 4, des prestations d'égouttage;
- en option 1, le démontage et l'évacuation du réservoir gasoil désaffecté.

Ces prestations ne constituent pas, pour reprendre la définition jurisprudentielle exposée ci-avant, des éléments auxquels leur nature confère le caractère de certitude imposant à la partie

10. Monit., 26 juillet 1977.

adverse de les prendre en considération. Il ne s'agit en effet pas de frais accessoires ou inhérents aux prestations constituant l'objet du marché ou de coûts issus de l'application d'une réglementation. Ces options ont trait à des prestations extrinsèques à l'objet du marché dont la prise en considération dépend du seul pouvoir d'appréciation de la partie adverse. Cette dernière le reconnaît d'ailleurs elle-même lorsqu'elle affirme que "si la ville de Malmedy a prévu diverses options, c'est, pour l'une d'entre elles, parce que l'exécution des travaux dépendait d'une décision du Service d'Incendie et, pour les trois autres, parce que les travaux en question n'avaient pas été prévus dans le budget et le dossier initial des architectes" (mémoire en réponse, p. 5, lequel reproduit l'argumentation contenue dans l'analyse des soumissions de l'auteur de projet, D.A., pièce n° 9).

4.3.3. Conclusion: ne constituant ni des variantes, ni des éléments chiffrables nécessaires, le coût des prestations visées par les options 2 à 5 ne pouvait dès lors pas être pris en considération par la partie adverse dans la détermination de l'offre la plus basse.

La partie adverse devait dès lors procéder à un classement unique des soumissions de base et des soumissions nuancées par les variantes 1 et 6. Dans ce cas, comme le démontre la partie requérante, la soumission la plus basse est la sienne (4.127.360 BEF pour 4.198.280 BEF pour Dethier).

4.4. La partie adverse soutient à titre surabondant que pour autant que le principe d'égalité soit respecté, rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur de prévoir des options.

Pour notre part, nous considérons que le système des options, outre le fait qu'il n'est pas prévu par la législation relative aux marchés publics, est radicalement incompatible avec l'automatisme de la procédure d'adjudication.

Comme nous l'avons souligné plus haut, ce mode de passation a été conçu en vue de limiter strictement le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur au seul critère du prix et ce, à un point tel que celui-ci ne dispose même pas de la moindre liberté de choix entre diverses solutions techniques relatives à la même prestation et ce, en raison de la règle du classement unique. A fortiori ce mode de passation ne pourrait s'accommoder d'une liberté de choix laissée au pouvoir adjudicateur quant à d'éventuelles prestations supplémentaires.

A cet égard, il convient de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs ont la totale liberté de choisir le mode de passation de leur marché du moins en ce qui concerne les procédures ordinaires. Dès lors que ces derniers ont opté pour l'un ou l'autre de ces modes, ils doivent assumer les conséquences de leur choix. En ce sens, si l'autorité désire pouvoir conserver une certaine liberté de choix dans les prestations ou dans les solutions techniques, elle doit alors recourir à la procédure d'appel d'offres qui permet l'application de tels mécanismes sans la moindre réserve.

Le fait qu'il serait possible de commander ultérieurement au soumissionnaire retenu lesdites prestations supplémentaires par le biais de la procédure négociée n'énervé pas cette conclusion. Tout d'abord, les conditions du recours à la procédure négociée prévues par l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 doivent être remplies, ce qui n'est pas nécessairement le cas en-dehors des prestations supplémentaires qui seraient inférieures à 2.500.000 BEF, soit le seuil prévu par

l'article 120 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; ensuite, ces prestations seront attribuées au soumissionnaire retenu à la suite de la procédure d'adjudication, lequel ne sera pas nécessairement le moins disant ou le mieux disant pour ces prestations de sorte que le pouvoir adjudicateur préférera sans doute dans ce cas recourir à un autre mode de passation; enfin, si tel devait être le cas dans la pratique, le recours à de tels artifices constitue en tout état de cause une fraude caractérisée à la réglementation des marchés publics¹¹, laquelle ne saurait justifier une dérogation à cette même réglementation.

4.5. En toute hypothèse, à supposer même que la partie adverse puisse prendre en considération lesdites "options" - quod non -, elle n'a de toute façon pas respecté la règle du classement unique prévue par l'article 113, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

La partie adverse n'a en effet procédé au classement que des soumissions affectées des variantes et des options alors que la disposition précitée impose un classement et des soumissions de base et des soumissions de base complétées par chacune des variantes et des options et enfin des soumissions de base nuancées par la totalité des variantes et des options, précisément en vue d'éviter, comme on l'a vu, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de choisir les variantes ou les options qui lui conviennent.

Dans ce cas, la soumission la plus basse demeure la soumission de la partie requérante affectée des variantes 1 et 6 ainsi que cela résulte du tableau suivant:

CLASSEMENT

OFFRE BASE	VAR. 1	OPT.2	OPT. 3	OPT. 4	OPT.5	VAR. 6
G 4.155.760 (Goessens)	4.129.760 (-26.000)	4.344.060 (+188.300)	4.170.760 (+15.000)	4.311.360 (+55.600)	4.190.760 (+35.000)	4.153.360 (-2.400)
D 4.249.168 (Dethier)	4.202.363 (-46.805)	4.380.628 (+131.460)	4.274.458 (+25.290)	4.278.049 (+28.881)	4.274.168 (+25.000)	4.245.085 (-4.083)

Il convient d'ajouter à ce tableau, d'une part, les soumissions de base nuancées par les variantes 1 et 6 et, d'autre part, les soumissions affectées du total des variantes et des options:

	VAR. 1 et 6	OPT. et VAR.
Goessens:	4.127.360 BEF (-28.400)	4.421.260 BEF (+265.000)
Dethier:	4.198.280 BEF (-50.888)	4.408.911 BEF (+159.743)

En conclusion, même dans l'hypothèse où les options 2 à 5 sont prises en considération mais pour autant que l'on respecte la règle du classement unique, l'offre la plus basse est la soumission de la partie requérante nuancée par les variantes 1 et 6.

4.6. Le premier moyen est fondé.

(...)»

11 Voy. pour la dénonciation d'autres procédés recourant aux variantes libres, M.-A. Flamme, op. cit., p. 254.