

Erreur dans une offre – Omission dans le métré récapitulatif

Auteur(s)

Charles-Henri de la Vallée Poussin

Célia Nennen

Législation

- Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques¹, article 86, paragraphe 2 ;
- Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux², article 84, paragraphe 2.

Commentaire

Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires est un principe cardinal en droit de la commande publique. Celui impose à l'adjudicateur d'attribuer « *le marché dans des strictes conditions d'égalité entre les opérateurs économiques* »³. De ce principe découle la règle qui interdit normalement toute modification d'une offre postérieurement à sa date limite de dépôt.

Cette interdiction souffre toutefois quelques exceptions, notamment dans l'hypothèse où le métré récapitulatif est affecté d'une omission imputable au soumissionnaire⁴.

Le métré récapitulatif, particulièrement utilisé dans les marchés de travaux, est un tableau précisant la nature et la quantité des matériaux et des prestations nécessaires à la réalisation du marché. Il est complété par les soumissionnaires qui indiquent les prix qu'ils proposent pour chaque poste. Le Conseil d'Etat considère que « *le but d'un métré récapitulatif est, notamment, d'indiquer comment le prix proposé par le soumissionnaire pour la réalisation des travaux se répartit entre les différents postes afin de permettre une comparaison des offres et de détecter d'éventuels prix anormaux* »⁵. Une « *omission* » dans le métré récapitulatif imputable au soumissionnaire vise l'hypothèse dans laquelle celui-ci a négligé de remplir un poste du métré.

Les dispositions réglementaires applicables

¹ Ci-après, « arrêté royal passation SC ».

² Ci-après, « arrêté royal passation SS ».

³ I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « 3. - Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés publics » in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 803, n° 29.

⁴ On rappellera que la réglementation envisage également l'hypothèse d'une omission dans le métré récapitulatif imputable à l'adjudicateur. En pareil cas, il incombe au soumissionnaire de la réparer en élaborant son offre ou, lorsque l'omission rend impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, de la signaler immédiatement par écrit à l'adjudicateur (art. 79, §2, et 81 de l'arrêté royal passation SC et art. 77, §2, et 79 de l'arrêté royal passation SS).

⁵ C.E., 212.298 du 29 mars 2011, s.a. Artemis Benelux c/Etat belge ; C.E., n°217.242 du 16 janvier 2012, n.v. DZINE C/ NMBS.

Sous le titre « *Attribution en procédure ouverte et en procédure restreinte* » et dans le chapitre « *Correction des offres* », le paragraphe 2 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS précise la marche à suivre lorsqu'un soumissionnaire a omis de remplir un poste du métré⁶.

Le paragraphe 2 laisse à l'adjudicateur la possibilité d'écartier l'offre comme irrégulière ou de réparer l'omission par application de la formule suivante⁷ :

$$P = \frac{L \times Y}{X}$$

Où :

- P désigne « *le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix* » ;
- L désigne « *la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, le cas échéant rectifié par (l'adjudicateur) conformément à l'article 34⁸ 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 désigne « *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 34⁹ et au paragraphe 1^{er} du présent article* » ;
- X désigne « *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 34¹⁰ et au paragraphe 1^{er} du présent article compte non tenu du prix indiqué pour ce poste* ».

L'avant-dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS précise que « *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* ». Le dernier alinéa précise quant à lui que « *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* ».

⁶ Cette disposition vise également l'hypothèse d'une omission dans l'inventaire.

⁷ Cette formule n'est pas applicable dans l'hypothèse où l'omission concerne, non pas un poste qui avait été prévu par l'adjudicateur dans le métré et que le soumissionnaire aurait négligé de compléter, mais un poste qu'un soumissionnaire donné – en application de l'article 79, §2, de l'arrêté royal passation SC ou de l'article 77, §2, de l'arrêté royal passation SS – a ajouté au métré en établissant son offre. Si l'adjudicateur valide l'ajout, il en résultera, *de facto*, une « omission » dans les offres de tous les soumissionnaires qui n'auront pas pris l'initiative d'ajouter ce même poste au moment de la conception de leur offre. En pareil cas, il appartiendra à l'adjudicateur de réparer cette « omission » dans l'offre de ces soumissionnaires en faisant usage de la formule prévue au paragraphe 3 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS. Cette formule diffère légèrement de celle prévue au paragraphe 2.

⁸ Article 42 dans l'article 84 de l'arrêté royal passation SS.

⁹ Article 42 dans l'article 84 de l'arrêté royal passation SS.

¹⁰ Article 42 dans l'article 84 de l'arrêté royal passation SS.

Le paragraphe 5 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS est applicable lorsque l'adjudicateur met en œuvre le paragraphe 2 de ce même article. Il impose à l'adjudicateur de tenir compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné. Le rapport au Roi précise qu'il « *semble en effet normal que les erreurs de quantité dans les postes des métrés ou des inventaires puissent être rectifiées, même lorsqu'elles sont signalées uniquement dans des offres déclarées irrégulières. Tant les soumissionnaires que le pouvoir adjudicateur ont en effet tout intérêt à conclure un marché sur des bases exactes* »¹¹.

Les enseignements de la jurisprudence

Écarter l'offre ou réparer l'omission : un choix discrétionnaire ?

L'adjudicateur confronté à une omission dans le métré dispose d'une alternative : déclarer l'offre irrégulière ou réparer l'omission qu'elle contient en appliquant la formule prévue au paragraphe 2 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS. La lettre du paragraphe 2 pourrait donner l'impression que l'adjudicateur jouit, de ce point de vue, d'une faculté de choix discrétionnaire.

Si la jurisprudence a parfois suivi cette interprétation¹², sa version la plus récente semble ne plus y adhérer. Ainsi, dans un arrêt du 2 octobre 2014, le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne suffisait pas que l'adjudicateur constate que le métré (ou l'inventaire) comporte une omission pour pouvoir écarter l'offre du soumissionnaire concerné. Dans sa décision, la haute juridiction administrative estime en effet que l'adjudicateur doit « *justifier pourquoi (il) choisit d'écarter l'offre plutôt que de rectifier l'omission* »¹³. Un tel choix implique ainsi une motivation spécifique dans la décision d'attribution. Dans un arrêt du 10 juin 2016, le Conseil d'Etat a jugé que la grande quantité de postes frappés d'omission était un motif admissible à cet égard¹⁴.

On peut s'interroger sur la question de savoir si l'adjudicateur peut en toute hypothèse décider de réparer une omission et si, en conséquence, l'obligation de motivation ne trouve à s'appliquer que lorsqu'il fait le choix de l'alternative défavorable au soumissionnaire : l'écartement de son offre. Tel ne semble pas être le cas si l'on en croit les termes d'un arrêt du 6 décembre 2013 dans lequel la partie requérante reprochait à l'adjudicateur d'avoir réparer des omissions qu'elle estimait trop nombreuses pour permettre une réparation. Dans sa décision, le Conseil d'Etat a estimé que, dès lors que les postes omis ne représentaient que 5 pourcents du total des postes, il ne pouvait être raisonnablement reproché à l'adjudicateur d'avoir réparé les omissions plutôt que d'avoir écarté l'offre¹⁵. Si cet arrêt n'affirme pas l'existence d'une obligation de l'adjudicateur de motiver son choix de réparer, il reconnaît toutefois implicitement que ce choix est susceptible de constituer une erreur manifeste d'appréciation. En faisant une lecture *a contrario* de l'arrêt, il semble donc que la réparation ne soit

¹¹ M.B., 9 mai 2017, p. 55383.

¹² Voy. C.E., 7 septembre 2009, 195.797, SA Aqua Ypsoroof.

¹³ C.E., 2 octobre 2014, 228.630, SA Viabuld Sud & SA Viabuld.

¹⁴ C.E., 10 juin 2016, 235.038, SA Palumbo & fils.

¹⁵ C.E., 6 décembre 2013, 225.749, SA Entreprises générales Moureau François et ses fils.

pas permise lorsque les postes faisant l'objet d'omissions représentent une part substantielle du total des postes du métré.

Au vu des arrêts précités, c'est donc *a priori* l'ampleur des omissions qui doit guider le choix de l'adjudicateur de les réparer ou d'écarter l'offre. Lorsque les postes omis ne représentent que quelques pourcents de l'ensemble des postes, la réparation sera préférée. Lorsqu'ils en représentent bien davantage, l'écartement s'imposera. Si une motivation du choix posé est toujours la bienvenue en toutes circonstances, elle semble en tous cas obligatoire en cas d'écartement.

On notera que rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre d'une même procédure, l'offre d'un soumissionnaire affecté d'omissions soit écartée, alors que celle de l'un de ses concurrents serait réparée. Ceci suppose bien évidemment que cette différence de traitement puisse être objectivement justifiée. Tel sera certainement le cas lorsque la première offre présente un nombre important d'omissions, alors que la seconde n'en présente que peu¹⁶.

Ecarter l'offre ou réparer l'omission : les seules voies possibles

Confronté à une omission dans le métré d'un soumissionnaire, l'adjudicateur ne dispose en principe d'aucune faculté autre que celles d'écarter l'offre ou de réparer l'omission en appliquant la formule fixée par la réglementation. Le principe d'intangibilité de l'offre – s'il peut en présence d'un nombre raisonnable d'omissions s'accommoder d'une réparation opérée sur la base d'une formule objective préalablement définie – ne peut en revanche admettre que l'adjudicateur invite le soumissionnaire à compléter son métré en lui communiquant *a posteriori* les prix des postes omis¹⁷.

On précisera également que les omissions ne peuvent en principe être traitées comme des « erreurs arithmétiques » ou « purement matérielles » au sens de l'article 34 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 42 de l'arrêté royal passation SS¹⁸.

De la même manière, les omissions ne peuvent *a priori* pas être traitées sur la base de l'article 36 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 44 de l'arrêté royal passation SS relatifs au contrôle des prix potentiellement anormaux¹⁹.

Omission et mention « zéro »

Stricto sensu, une « omission » au sens du paragraphe 2 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS, désigne l'abstention du soumissionnaire d'indiquer une quelconque valeur dans un poste du métré. Il nous semble que cette hypothèse doit être distinguée de celle où le soumissionnaire inscrit un « zéro » dans le poste en question. Une telle mention ne constitue en effet pas à proprement parler une « omission ». A notre estime, l'indication d'une mention « zéro » dans un poste ne doit ainsi pas être traitée sur la base du paragraphe 2 de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS.

¹⁶ Voy. P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP, Tome 1 : Commentaire*, Bruxelles, Kluwer, 2018, p. 611.

¹⁷ C.E., 29 avril 2010, 203.348, *NV The Berlitz Schools of Languages of Benelux*.

¹⁸ C.E., 29 avril 2010, 203.348, *NV The Berlitz Schools of Languages of Benelux*.

¹⁹ Voy. C.E., 31 janvier 2012, 217.640, *NV Cosmolift* ; C.E., 7 septembre 2009, 195.797, *SA Aqua Ypsorooft*.

Elle pourrait être traitée sur la base des dispositions réglementaires relatives au contrôle des prix potentiellement anormaux²⁰ et justifier, *in fine*, l'écartement de l'offre.

Elle pourrait encore être traitée sur la base du paragraphe 1^{er} de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS²¹. L'on pourrait en effet considérer qu'en indiquant la mention « zéro » dans un poste, le soumissionnaire a entendu le « neutraliser » et que, ce faisant, il a rectifié le métré. La mise en œuvre du paragraphe 1^{er} de l'article 86 de l'arrêté royal passation SC ou de l'article 84 de l'arrêté royal passation SS suppose alors que, conformément à l'article 79, §2, al. 2, de l'arrêté royal passation SC et à l'article 77, §2, al. 2, de l'arrêté royal passation SS, le soumissionnaire ait joint à son offre une note justifiant la modification apportée au métré. En l'absence d'une telle note, comme le précise le rapport au Roi, l'offre ne sera cependant pas affectée d'une irrégularité substantielle. L'adjudicateur pourra interroger le soumissionnaire pour l'inviter à fournir les justifications attendues²². Si l'adjudicateur rejette la modification proposée – soit parce que le soumissionnaire n'a pas fourni de justifications, soit parce que les justifications fournies ne sont pas satisfaisantes – il devra alors en principe enclencher la procédure de contrôle des prix potentiellement anormaux à l'égard de l'auteur de l'offre.

Quid des autres procédures ?

L'article 86 de l'arrêté royal passation SC et l'article 84 de l'arrêté royal passation SS sont contenus dans un titre consacré aux procédures ouvertes et restreintes. Peuvent-ils toutefois également être mis en œuvre en cas d'omissions dans les autres procédures de passation prévues par la réglementation ?

A notre estime, cette question appelle une réponse négative. A défaut de pouvoir être traitées sur la base de ces articles, des omissions dans le métré (ou dans l'inventaire) survenant dans le cadre de procédures de passation autres qu'ouvertes et restreintes constitueront, en principe, des irrégularités au sens de l'article 76 de l'arrêté royal passation SC et de l'article 74 de l'arrêté royal passation SS. Elles devront donc *a priori* être traitées comme telles.

²⁰ Art. 36 de l'arrêté royal passation SC et 44 de l'arrêté royal passation SS.

²¹ Voy. C.E., 29 mars 2011, 212.298, SA *Syntygo et consorts*.

²² M.B., 9 mai 2017, p. 55355.