

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

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

**n° 176.504 du 8 novembre 2007
A. 185.466/XII-5242**

En cause : la S.A. HEIJMANS BOUW,
 ayant élu domicile chez
 Mes P. Flamey et J. Bosquet, avocats,
 ayant leur cabinet à ANVERS,
 Jan Van Rijswijcklaan 16

contre :

 la ville de GENK,
 ayant élu domicile chez
 Mes D. D'Hooghe et L. Schellekens, avocats,
 ayant leur cabinet à 1000 Bruxelles,
 rue Loxum 25.

partie intervenante :

 la S.A. HOUBEN,
 ayant élu domicile chez
 Me C. De Wolf,
 ayant son cabinet à Maarkedal,
 Etikhovestraat 6.

LE PRÉSIDENT DE LA XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 12 octobre 2007 par la S.A. Heijmans Bouw qui demande la suspension d'extrême urgence de l'exécution de "la délibération du Collège des Bourgmestre et Échevins de la ville de Genk du 26 septembre 2007 maintenant le rapport d'adjudication et décidant ainsi de ne pas retenir la soumission de la S.A. Heijmans Bouw, déposée dans le cadre de l'adjudication publique 'Cultuurinfrastructuur Mijnsite Winterslag' (adjudication publique 2007/S 65-079041) concernant la réalisation de l'infrastructure de tourisme, d'activités et de culture (C-Mine), relative au lot 1 et décidant d'attribuer le marché à la S.A. Bouwbedrijf Houben";

Vu l'ordonnance du 15 octobre 2007 fixant l'affaire à l'audience au 25 octobre 2007, à 10 heures;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu la requête introduite le 22 octobre 2007 par laquelle la S.A. HOUBEN demande à pouvoir intervenir dans le référé administratif; qu'il s'avère qu'elle tire avantage de la décision contestée et a intérêt à ce que la demande soit rejetée; qu'il convient par conséquent d'accueillir sa demande;

Vu le rapport de M. D. Verbiest, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes P. Flamey et J. Bosquet, avocats, qui comparaissent pour la partie requérante, Me L. Schellekens, avocat, loco Mes D. D'Hooghe et L. Schellekens, avocats, qui comparaît pour la partie défenderesse, et Me C. De Wolf, avocat, qui comparaît pour la partie intervenante;

Entendu M. P. Barra, auditeur, en son avis conforme;

Vu les articles 17 et 18 et le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

CONSIDÈRE CE QUI SUIIT :

Les éléments de la cause

1. Le marché public en cause concerne une entreprise de travaux attribuée selon la procédure de l'adjudication publique.

Le marché est régi par le cahier des charges Genk n/ 2007/51/2237/P01.

L'objet du marché, lot 1, y est défini comme suit :

"les travaux, les fournitures, le transport, la main d'oeuvre et tous les moyens nécessaires à l'exécution des travaux suivants : nouvelle construction, infrastructure, sanitaires et égouts ainsi que restauration et

pilotage du parachèvement pour l'infrastructure Culture et d'Activités sur le site minier de Winterslag".

Le marché s'inscrit dans le cadre de la réalisation d'un Centre culturel prévoyant la construction de deux salles de théâtre, d'un centre des visiteurs et d'un centre de design.

Une visite obligatoire des lieux est prévue.

L'auteur du marché est la S.P.R.L. 51N4E.

2. Dans une lettre du 25 mai 2007, la partie requérante pose un certain nombre de questions à l'auteur, la S.P.R.L. 51N4E, notamment :

"Un rapport technique sur les terres à déblayer est-il disponible ? Nous avons besoin de cette information pour déterminer le prix du nettoyage et les frais de décharge des terres à évacuer. Le prix, par exemple, du nettoyage biologique peut varier considérablement selon les substances exactes qui se trouvent dans le sol".

3. Le 6 juin 2007, la S.P.R.L. 51N4E répond ce qui suit :

"Différentes études ont eu lieu sur le terrain. Une copie en sera envoyée à tous les entrepreneurs à titre d'information complémentaire".

4. Le 7 juin 2007, la S.P.R.L. 51N4E transmet à tous les candidats soumissionnaires notamment un rapport technique d'analyse du sol (rapport concernant 4 forages mécaniques sur les terrains de la mine de Winterslag à Genk") par la S.A. Lisec ainsi qu'un avis rectificatif du 8 juin 2007 y afférent suivant duquel "Les documents transmis aux entrepreneurs doivent, compte tenu du site des forages, être considérés comme indicatifs de la composition des sols".

5. Le 14 juin 2007, la partie requérante pose une nouvelle question à la S.P.R.L. 51N4E :

"Art 02 Terrassements

Le 07/06/2007, nous avons reçu un rapport technique concernant les travaux de terrassement. Il en ressort que le sol satisfait vraisemblablement au code 311.

Le métré en est-il modifié ? Plus particulièrement l'article 02.00.02/C3 - Évacuation et traitement des terres dégagées vers une décharge de classe III : QP 18.719,71 m³.

Ces terres pourront vraisemblablement être entièrement réutilisées sur d'autres chantiers des terrasseurs; il serait dès lors plus logique d'inscrire ces quantités à l'art. 02.00.02/A - Évacuation vers la destination de réutilisation.

L'inscription de cette quantité importante en décharge III donnera une image déformée lors de la comparaison des offres".

La S.P.R.L. 51N4E répond ce qui suit :

"Nous avons bien reçu les questions que vous avez transmises hier. Le cahier des charges administratif prévoit toutefois ce qui suit :

'Toutes les questions relatives au marché doivent être posées par écrit au minimum 10 jours avant le dépôt de la soumission.'

(Art. 90, §§ 1 et 2, et art. 94, p.28/29)

Selon cet article, les entrepreneurs ne peuvent plus poser de questions à cet instant".

6. Quatre soumissions sont déposées, dont celle de la partie requérante pour un montant de 14.957.950,45 euros et celle de la S.A. Bouwbedrijf Houben pour un montant de 13.937.339,65 euros. La S.A. Bouwbedrijf Houben a proposé le prix le plus bas, suivie immédiatement par la partie requérante.

7. Le rapport d'adjudication est établi par S.P.R.L. 51N4E le 17 septembre 2007.

Lors de la vérification des soumissions, le classement suivant est établi après contrôle arithmétique :

Nom	montant de la soumission HTVA
S.A. Bouwbedrijf Houben	14.075.788,22 euros
A.C.M. Van Laere - Vandereyt	16.077.324,86 euros
S.A.Heijmans Bouw	15.158.718,27 euros
A.C.M. Democo-Strabag-Denys	17.405.611,63 euros

Après "Observations, modification de quantités et lacunes", ce classement devient :

Nom	montant de la soumission HTVA
S.A. Bouwbedrijf Houben	14.487.398,65 euros
A.C.M. Van Laere - Vandereyt	16.604.455,30 euros
S.A.Heijmans Bouw	15.503.130,98 euros
A.C.M. Democo-Strabag-Denys	17.500.283,76 euros

Enfin, intervient l'"analyse des prix", exposant notamment ce qui suit :

"Les prix unitaires et totaux des 3 soumissionnaires les mieux classés ont été contrôlés quant à leur caractère normal/anormal.
Le calcul s'opère sur la base des montants du tableau d'adjudication.

BASE

Moyenne M (sur la base des 2^e et 3^e les plus bas): 15.680.117,51
85 % de la Moyenne M : 13.328.099,88

5.1. Vérification des prix totaux

5.1.1. Bouwbedrijf Houben 14.145.544,31
Le montant total est supérieur à 85 % de la moyenne M.
Le montant total est considéré comme normal.

5.1.2. Heijmans Bouw 15.231.251,67
Le montant total est supérieur à 85 % de la moyenne M.
Le montant total est considéré comme normal.

(...)

5.2. Vérification des prix unitaires

Les prix unitaires des trois soumissionnaires les mieux classés ont été vérifiés.
Seuls les prix unitaires d'une importance substantielle pour la soumission ont été retenus à cet égard.
Il a été admis à cet égard que seuls les articles où l'écart du montant total pour le poste est supérieur ou égal à 1 % du montant de la soumission sont d'une importance substantielle.

Les écarts inférieurs à 70 % et supérieurs à 130 % par rapport au prix unitaire moyen ont été examinés quant à leur caractère anormal.

5.2.1. Bouwbedrijf Houben

02.01 Lot 1-Entreprise-pilote	Prix global	
1,00 140.290,92 25,00%	-431.878	140.290,92

Analyse :

L'entreprise-pilote comprend principalement des missions administratives et organisationnelles.

Le prix de revient dépend donc principalement des effectifs prévus, de leur coût salarial et du fonctionnement interne du soumissionnaire.

La charge de travail peut être évaluée très différemment par les soumissionnaires; donc, de tels écarts ne sont pas considérés comme anormaux.

Ce prix unitaire est par conséquent considéré comme normal et conforme au marché.

02.00.02/C3 - Évacuation et traitement de terres déblayées dans une décharge de classe III QP m³ 18.719,71 10,31 29,00% -476.229 193.000,21

Analyse :

Les prix unitaires du présent article diffèrent considérablement entre les différents soumissionnaires.

La cause en est probablement l'absence d'un rapport technique.

Ce prix unitaire est par conséquent considéré comme normal et conforme au marché

07.07.61/A1 Volets roulants à commande électrique de Type 14 en acier laqué QF m² 1.197,65 419,78 -143.443 502.749,52

Analyse:

L'écart n'est pas inférieur à 70%.

Ce prix unitaire est par conséquent considéré comme normal et conforme au marché

Conclusion:

Il n'a pas été constaté de prix unitaires anormaux en ce qui concerne l'entreprise de construction Houben.

5.2.2. Heijmans Bouw

Il n'a pas été constaté de prix unitaires anormaux.

02.00.02/C3 Évacuation et traitement de terres déblayées dans une décharge de classe III - QP m³ 18.719,71 26,43 -174.468 494.761,94

Analyse:

Les prix unitaires du présent article diffèrent considérablement entre les différents soumissionnaires.

La cause en est probablement l'absence d'un rapport technique.

L'écart n'est pas inférieur à 70 %.

Ce prix unitaire est par conséquent considéré comme normal et conforme au marché

Conclusion:

Il n'a pas été constaté de prix unitaires anormaux en ce qui concerne Heijmans Bouw".

Vient enfin un aperçu des soumissionnaires "sur la base des quantités correctes":

Nom	montant de la soumission HTVA
S.A. Bouwbedrijf Houben	14.145.544,31 euros
A.C.M. Van Laere - Vandereyt	16.128.983,35 euros
S.A. Heijmans Bouw	15.231.251,67 euros
A.C.M.Democo-Strabag-Denys	17.452.463,86 euros

Il est proposé d'attribuer le marché à la S.A. Bouwbedrijf Houben pour un montant de 14.145.544,31 euros.

8. Le 26 septembre 2007, le collège des bourgmestre et échevins de la partie défenderesse décide d'attribuer le marché "C-Mine, infrastructure de tourisme, d'activités et de culture", lot 1, à l'entreprise de construction Houben S.A. pour le montant de 14.145.544,31 euros + 2.970.564,31 euros (TVA) = 17.116.108,62 euros.

La motivation fait référence au rapport susvisé du 17 septembre 2007.

Par lettre du 28 septembre 2007, il est porté à la connaissance de la partie requérante qu'il a été décidé de "ne pas retenir" son offre; une copie du rapport d'adjudication est jointe en annexe. La lettre fait référence à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et à une période d'attente pour la notification de la décision d'attribution de 10 jours à partir du 4 octobre 2007 pour "éventuellement introduire un recours auprès de la juridiction compétente".

Les conditions fondamentales pour la suspension

9. En vertu de l'article 17, §§ 1er et 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension d'extrême urgence de l'exécution ne peut être ordonnée qu'à la triple condition que l'extrême urgence soit établie, que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de la décision attaquée soient

invoqués et que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

10.1 En ce qui concerne les première et troisième conditions posées à l'article 17 susvisé, la partie requérante invoque, concernant le préjudice, la possibilité de pouvoir exécuter elle-même le marché en cause, qu'elle entend préserver par la suspension demandée. À cet égard, elle mentionne également au fait que le marché serait une référence significative et à son importante valeur financière. Elle motive en outre son choix pour la procédure d'extrême urgence en renvoyant au risque que la décision d'attribution contestée soit notifiée au soumissionnaire choisi et qu'ainsi un contrat intervienne et à l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 susvisée.

En ce qui concerne les première et troisième conditions, les parties défenderesse et intervenante ne formulent aucune observation.

10.2 La notification de la décision d'attribution contestée donnerait effectivement lieu à un contrat entre la partie défenderesse et la partie intervenante, ce qui, dans le droit fil de la jurisprudence du Conseil d'État, arrêt n/ 87.983 du 15 juin 2000 de l'assemblée générale de la section d'administration, emporterait qu'une demande de suspension ordinaire serait, selon toute vraisemblance, rejetée. L'existence de ce contrat entraverait sérieusement la tentative de la partie requérante d'exécuter encore elle-même le marché et ferait reculer encore davantage la perspective d'une éventuelle réparation en nature. Il y a donc lieu d'admettre que l'exécution immédiate de la décision attaquée peut faire encourir à la partie requérante le préjudice grave difficilement réparable requis en droit, vu notamment la nature et la valeur du marché en cause, soumis à publication au Journal officiel des Communautés européennes.

En outre, en raison de la notification imminente, annoncée dans sa lettre du 28 septembre 2007 par la partie défenderesse qui se réfère à un délai d'attente de dix jours et à l'article 21*bis* de la loi précitée du 24 décembre 1993, le recours que fait la partie requérante à la procédure de suspension d'extrême urgence est admis en l'espèce.

11.1. La partie requérante prend un moyen unique de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, de l'article 110, § 3, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation matérielle et des principes généraux de bonne administration spécialement du principe de précaution, du principe *patere legem* ainsi que du "principe européen de l'égalité de traitement des soumissionnaires".

Elle expose à cet effet que l'article 15 susvisé prévoit que le marché est attribué au soumissionnaire ayant déposé l'offre régulière la plus basse; en l'espèce, la S.A. Houben est désignée comme telle "malgré des écarts évidents de certains prix unitaires par rapport au prix unitaire moyen pour les postes concernés du métré récapitulatif". Le rapport porte en effet que seuls les postes unitaires qui constituaient 1% ou plus de l'ensemble ont été examinés, indiquant ainsi que ces postes étaient essentiels. Le rapport mentionne ensuite quels postes sont considérés comme anormaux en ce qui concerne les prix unitaires, à savoir ceux présentant un écart de 30 % ou plus.

Le caractère anormal des prix unitaires du marché-pilote et des travaux de terrassement est contrôlé dans le rapport en ce qui concerne l'offre Houben.

En ce qui concerne le marché-pilote, Houben a appliqué un prix s'écartant de 24,52 % du prix moyen indiqué; en ce qui concerne l'évacuation de terres vers une décharge de classe III, on constate un prix présentant un écart de 28,84%.

La partie défenderesse aurait dû demander une justification à cet égard; elle a négligé de le faire; elle s'est limitée à des formules de style, sans aucun examen concret.

L'article 110, § 3, ne comprend certes aucune obligation absolue de rejet mais un écart de prix de 25 % dans des prix unitaires pour ces deux postes

aurait dû inciter la partie défenderesse, en tant qu'administration prudente, à demander des justifications.

Ainsi, en ce qui concerne le prix unitaire pour le poste de l'entreprise-pilote dans la soumission Houben, il est fait référence à l'estimation de la charge de travail et au coût salarial. Il s'agit en soi d'éléments dont les autres soumissionnaires devaient tout autant tenir compte et qui ne peuvent aucunement établir l'importance relative d'écarts présentant un ordre de grandeur de 25 %. Les éléments susvisés ne sont pas des éléments propres au soumissionnaire, à la soumission ou à la spécificité du marché susceptibles d'infirmen en droit le caractère anormal du prix.

En outre, pour examiner le prix unitaire pour les travaux de terrassement et d'excavation, il est fait référence au fait que les prix de tous les soumissionnaires différaient. À la lumière du métré récapitulatif joint au rapport d'adjudication, il apparaît toutefois que seule la soumission Houben s'écarte de façon aussi manifeste du prix unitaire moyen. En outre, il est fait référence à la prétendue absence d'un rapport technique alors que ce dernier a été communiqué à tous les soumissionnaires par lettre séparée du 7 juin 2007. Enfin, le caractère anormal du prix unitaire pour les travaux de terrassement ressort également du fait que le poste consacré à l'évacuation vers une décharge de type III indique un prix unitaire inférieur à celui donné pour l'évacuation de terres réutilisables alors que ces terres ne doivent pas du tout être mises en décharge. C'est pratiquement impossible.

11.2. La partie défenderesse souligne en premier lieu qu'aucun soumissionnaire n'était anormal -au sens de l'article 110, § 4, 1/- pour ce qui concerne le prix total. Les règles des 1 % et 30 % concernant les prix unitaires n'indiquent pas quels prix sont anormaux mais bien quels prix sont soumis à une vérification de prix complémentaire.

Le poste 02.01 concerne les prestations d'entreprise-pilote; un prix forfaitaire devait être indiqué à cet égard couvrant l'intégralité des prestations de ce poste.

Il y a trois postes pour l'évacuation des terres vers des décharges agréées :

- poste 02.00.02/C1: évacuation et enlèvement des terres vers une décharge de classe I (classe la plus contraignante)
- poste 02.00.02/C2: évacuation et enlèvement des terres vers une décharge de classe II (classe moyenne)
- poste 02.00.02/C3: évacuation et enlèvement des terres vers une décharge de classe III (classe la moins contraignante).

Pour ces postes, le métré prévoit une quantité présumée; pour C1 et C2 "1", pour C3 18.719,71 m³; cette dernière quantité est acceptable puisque tout indique qu'il ne faudra évacuer que des terres dans une décharge de classe III.

Le rapport technique Lisec n'est pour le reste qu'un document indicatif -voir l'avis rectificatif du 8 juin 2007- qui ne pouvait pas avoir de répercussion sur les quantités présumées.

Il ressort clairement du rapport d'adjudication que les prix pour les postes concernés d'entreprise-pilote et d'évacuation des terres ont été vérifiés et pour quel motif ils ont été acceptés comme normaux. La partie requérante ne démontre pas non plus que les prix de la S.A. Houben seraient anormaux. Pour ces postes, des différences de prix sont habituelles.

Pour ce qui concerne les parties du métré dont font partie les prix litigieux, il y a lieu de constater que les prix donnés par la S.A. Houben ne s'écartent pas du tout anormalement de l'évaluation.

Pour les terrassements du poste C3, la partie défenderesse souligne que les différences de prix pour un tel poste sont généralement dues à des circonstances spécifiques propres au soumissionnaire, comme par exemple le fait de disposer en propre d'une décharge. Pour ce poste, la partie requérante elle-même s'écarte d'ailleurs de plus de 30 % de la moyenne.

Les éléments contenus dans l'article 110, § 3, ne sont pas pertinents; ces éléments ne sont d'application que lorsque des prix anormaux sont constatés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Puisqu'il n'est pas question de prix anormaux, il n'y a pas non plus lieu de demander une justification de prix

puisque une telle vérification n'est obligatoire que si l'administration veut rejeter un soumissionnaire en raison de prix anormaux.

La référence faite par la partie requérante au principe de précaution est sans pertinence : puisque de grands écarts de prix pour les deux postes litigieux sont habituels, comme il a été constaté ci-dessus, il n'est *a priori* pas question ici d'anormalité; dans ce contexte, ne pas avoir demandé de justification de prix complémentaire n'est pas faire montre de manque de précaution.

Le rapport Lisec n'est pas un rapport technique *sensu stricto*; il rapporte seulement le résultat d'échantillonnages et a été rédigé de façon plutôt générale; ce rapport a seulement été donné à titre d'information complémentaire sans pouvoir être déterminant pour l'appréciation de la composition du sol ni pour la détermination des prix.

11.3. La partie intervenante observe en premier lieu qu'il n'y a pas de violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; les deux postes cités comportent une motivation.

La violation de la législation sur les marchés publics, plus précisément les articles précités 15 et 110, § 3, n'a pas non plus été violée; la partie défenderesse n'a jamais voulu juger irrégulière car anormale l'offre de la partie intervenante, en sorte que l'article 110, § 3, n'est pas d'application; il n'est dès lors pas non plus question d'une violation de l'article 15.

Pour ce qui concerne la violation du principe de précaution, du principe d'égalité et du principe *patere legem* se pose la question de savoir dans quelle mesure la partie adverse était obligée, en tant qu'administration vigilante, d'organiser une justification de prix. La partie défenderesse dispose à cet égard d'un large pouvoir discrétionnaire et le Conseil d'État n'a qu'un pouvoir de contrôle marginal.

Concernant le poste entreprise-pilote, la partie défenderesse considère à bon droit qu'en se basant sur la structure d'organisation interne, les coûts d'exécution peuvent être évalués de différentes façons par les

soumissionnaires, par exemple en fonction du nombre de sous-traitants que le soumissionnaire va faire intervenir dans la réalisation des travaux.

Concernant le poste évacuation et traitement des terres excavées dans une décharge de classe III : l'information technique telle qu'elle figure dans le cahier des charges stipule que la terre à excaver n'est pas gravement polluée, en sorte qu'il est prévu que l'intégralité de la quantité à déblayer soit évacuée vers une décharge de classe III. La partie intervenante soutient avoir cherché une destination appropriée pour un prix compétitif. Le prix communiqué est normal et conforme au marché et ne s'écarte pas fondamentalement de l'évaluation pour la globalité des terres à déplacer.

Enfin, la partie intervenante souligne que la partie requérante omet d'expliquer pourquoi les prix unitaires communiqués par la partie intervenante devraient être considérés comme anormalement bas.

11.4.1. La partie défenderesse a elle-même donné une définition de ce qu'elle considère comme des postes substantiels ou non. Le rapport précité mentionne en effet :

"Les prix unitaires des trois soumissionnaires les mieux classés ont été vérifiés.
Seuls les prix unitaires d'une importance substantielle pour l'offre ont été retenus à cet égard.
Il a été admis à cet égard que seuls les articles où l'écart du montant total pour le poste est supérieur ou égal à 1 % du montant de la soumission sont d'une importance substantielle. Les écarts inférieurs à 70 % et supérieurs à 130 % par rapport au prix unitaire moyen ont été examinés quant à leur caractère anormal".

11.4.2. Il semble falloir en déduire que les postes de 1 % ou plus du montant de la soumission sont substantiels; qu'en outre des écarts de 30 % ou plus par rapport au prix unitaire moyen donnent lieu à vérification d'une éventuelle anormalité, pas que des écarts de 30 % ou plus sont automatiquement anormaux.

11.4.3. L'article 110, § 3, 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 s'énonce comme suit :

"§3 Avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit, les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long. La preuve de l'envoi de ces justifications incombe au soumissionnaire. Lors de la vérification de prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications fondées sur des critères objectifs tenant à l'économie du procédé de construction ou de fabrication ou de la prestation de services, ou aux solutions techniques choisies, ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter le marché, ou à l'originalité du produit, du projet ou de l'ouvrage proposé par le soumissionnaire"

11.4.4. L'article 110, § 3, précité prescrit expressément que le pouvoir adjudicateur ne doit demander des justifications au soumissionnaire concerné que s'il a l'intention d'écarter une offre en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires. En l'espèce, l'offre Houben choisie n'est pas écartée. L'article 15 de la loi précitée du 24 décembre 1993 prescrit cependant qu'un soumissionnaire à qui le marché est attribué doit être régulier. Cela semble impliquer que son offre ne comporte pas de prix anormaux. En outre, lorsqu'il prend sa décision, de vérifier ou non l'anormalité des prix, et lors de cette même vérification, un devoir de précaution pèse sur le pouvoir adjudicateur, en plus d'une obligation d'observer les règles qu'il a lui-même édictées ainsi que de respecter le devoir de motivation formelle et matérielle.

En l'espèce, le rapport d'attribution a fixé comme règle pour l'"analyse des prix", plus précisément des prix unitaires, que ces prix soient vérifiés pour les trois soumissionnaires les mieux classés mais, pour ce qui concerne les prix unitaires, seulement les prix "d'une importance substantielle pour l'offre", plus précisément ceux des "articles où l'écart du montant total pour le poste est supérieur ou égal à 1 % du montant de la soumission" et pour lesquels il s'agissait "d'écarts inférieurs à 70 % et supérieurs à 130 % par rapport au prix unitaire moyen".

11.4.5. Sur la base de la règle précitée, une vérification des prix unitaires normaux ou non est menée à l'occasion de laquelle deux postes de la partie intervenante sont passés au crible.

Ces deux postes mis ensemble sont inférieurs à la différence entre le prix de la partie requérante et celui de la partie intervenante mais une vérification des prix anormaux peut conduire à ce qu'une soumission soit jugée irrégulière, aussi la partie requérante a-t-elle un intérêt au moyen.

11.4.6. Pour le poste entreprise-pilote, il semble avoir été constaté que le prix de la partie intervenante atteignait seulement 25 % du prix unitaire moyen.

La partie défenderesse a estimé que ce prix n'était pas anormal -et que partant il ne fallait pas demander d'explication à la partie intervenante- pour les raisons suivantes :

"Analyse:
L'entreprise-pilote comprend principalement des tâches administratives et organisationnelles.
Le prix de revient est donc principalement subordonné aux effectifs prévus, à leur coût salarial et au fonctionnement interne du soumissionnaire. La charge de travail peut être évaluée très différemment par les soumissionnaires, donc de tels écarts ne sont pas considérés comme anormaux.
Voilà pourquoi ce prix unitaire est considéré comme normal et conforme au marché."

Sans expertise, il ne semble pas possible au Conseil d'État d'admettre les griefs de la partie requérante à cet égard. Une telle expertise n'est pas conciliable avec la procédure actuelle d'extrême urgence. Le moyen, en cette branche, ne peut donc être considéré comme sérieux.

11.4.7. Le poste évacuation des terrassements vers une décharge agréée de classe III a été examiné de plus près parce que le prix de la partie intervenante n'atteignait ici que 29 % du prix unitaire moyen.

La partie défenderesse a jugé que ce prix n'était pas anormal et que la partie intervenante ne devait pas fournir d'explication pour les raisons suivantes :

"Analyse :
Les prix unitaires du présent article diffèrent considérablement entre les différents soumissionnaires.
La cause en est probablement l'absence d'un rapport technique.

Ce prix unitaire est par conséquent considéré comme normal et conforme au marché

La quantité présumée de terre de classe III à évacuer est évaluée dans le métré récapitulatif joint au cahier des charges à 18.719,71 m³.

Le renvoi au défaut de rapport technique est confus : dans le dossier administratif, il était bien question d'un rapport technique, qui a d'ailleurs été adressé à tous les candidats soumissionnaires par avis rectificatif du 8 juin 2007. Dans la lettre du 6 juin 2007, la question "y a-t-il un rapport technique?" reçoit la réponse affirmative "différents examens ont eu lieu sur le terrain. Une copie en sera [...] adressée".

A présent, dans la note, la partie défenderesse conteste pour la première fois vraiment l'essence du rapport technique : il ne s'agirait pas d'un rapport technique, mais en fait d'un document sans la moindre importance.

Cela semble en contradiction avec les éléments du dossier administratif. La partie requérante avait insisté pour revoir le nombre de m³ en réduisant les 18.719,71 m³ de décharge de classe III au profit du poste 02.00.02/A "terrassements-évacuation/vers une destination pour emploi".

La simple allégation que la différence de prix réside dans l'absence de rapport technique semble en l'espèce par trop sommaire et hypothétique -et peut-être même inexacte dès lors que la partie intervenante se prévaut précisément de ce rapport pour justifier son prix dans son intervention (p. 14)- pour soutenir que la partie défenderesse n'avait ici pas d'obligation, en vertu du principe de précaution, d'interroger la partie intervenante. C'est d'autant plus vrai que la note de la partie adverse fait à proprement parler surtout mention de facteurs tels que la possibilité de disposer en propre d'une décharge, alors que cet élément est purement hypothétique et n'est d'ailleurs pas confirmé par la partie intervenante, même pas à l'audience. La partie intervenante fait état en des termes très généraux du fait qu'elle a pu obtenir un prix très compétitif. Dans l'hypothèse d'un éventuel glissement du poste classe III vers le poste évacuation pour emploi, il paraissait sûrement nécessaire que la partie défenderesse examine le sérieux de l'allégation de la partie intervenante. La partie intervenante ne réagit pas non plus dans sa requête à l'observation de la partie requérante selon laquelle il est étrange

que, chez la partie intervenante, le prix pour l'évacuation vers une décharge est meilleur marché que celui pour l'évacuation pour emploi. Par ailleurs des motifs qui sont avancés après l'adoption de la décision attaquée sont en principe sans pertinence puisqu'il n'est pas démontré qu'ils fondent la décision attaquée.

Aussi bien le fait que le prix de la partie intervenante ne s'écarte en réalité pas tant de l'estimation ne semble pas si pertinent, puisque la partie adverse n'a pas pris en compte cet élément pour une éventuelle vérification des prix anormaux.

Que la partie requérante ne démontre pas que les prix communiqués par la partie intervenante sont anormaux n'enlève rien à la circonstance que la partie défenderesse semble motiver de façon très douteuse son choix de ne pas trouver anormal le prix des terrassements donné par la partie intervenante.

Finalement, le fait que le prix que la partie requérante elle-même a communiqué pour le poste terrassements ait également donné lieu à vérification n'affecte pas l'intérêt au moyen : dans la mesure où l'offre de la partie intervenante requiert une vérification plus fouillée ou une meilleure motivation, tel peut également être le cas pour l'offre de la partie requérante. L'issue de cette vérification complémentaire ou de la meilleure motivation n'implique pour la partie requérante pas plus que pour la partie intervenante qu'elles auraient aussi du même coup introduit une offre irrégulière.

11.4.8. Il semble résulter de ce qui précède que lors de l'adoption de la décision attaquée, un pouvoir adjudicateur agissant avec précaution aurait dû suivre la procédure de l'article 110, § 3, précité pour ce qui concerne le poste terrassements et aurait dû demander une justification concernant les prix unitaires, ce qui ne fut pas fait. Ainsi la décision attaquée n'a pas été adoptée dans le respect du principe de précaution et des articles 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 15 de la loi du 24 décembre 1993 précités. Ainsi l'obligation de motiver matériellement paraît elle aussi avoir été violée en ce que le dossier d'adjudication ne semble pas comporter de motifs pertinents autorisant la conclusion du rapport concernant le poste terrassements vers une décharge de

classe III, à savoir que les prix unitaires du soumissionnaire Houben choisi sont conformes au marché et normaux. Dans cette mesure, le moyen est sérieux.

12. Il résulte de ce qui précède que les conditions requises par l'article 17, §§ 1^{er} et 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que soit accueillie une demande de suspension d'extrême urgence, sont réunies,

P O U R C E S M O T I F S
L E C O N S E I L D ' É T A T D É C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention dans le référé administratif de la S.A. Houben est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension d'extrême urgence de l'exécution de la délibération du Collège des Bourgmestre et Échevins de la ville de Genk du 26 septembre 2007, décidant de ne pas prendre en compte l'offre de la S.A. Heijmans Bouw, concernant la réalisation de l'infrastructure de tourisme, d'activités et de culture (C-Mine), relative au lot 1 et décidant d'attribuer le marché à la S.A. Houben.

Article 3.

Les dépens de la demande en suspension d'extrême urgence sont réservés.

Les dépens de l'intervention dans la procédure en suspension d'extrême urgence, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le huit novembre 2007, par :

M. D. VERBIEST, président de chambre,
Mme S. DOMS, greffier.

Le greffier,

S. DOMS

Le président,

D. VERBIEST

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