

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.323 du 6 mars 2012

G./A.188.325/VI-17.816

En cause : **la société anonyme EUROVIA BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

la commune de Wanze,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 mai 2008 la société anonyme EUROVIA BELGIUM demande l'annulation de la décision du 18 décembre 2007 du collège communal de la commune de WANZE attribuant "le marché relatif à la réalisation de travaux d'aménagement des nouvelles voiries et du réseau d'égouttage dans le périmètre du P.C.A. de Wanze à la firme JMV COLAS BELGIUM [...] pour un montant de 1.918.909,96 TVAC".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 12 décembre 2011, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 11 janvier 2012.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour la partie adverse.

M. le Premier auditeur, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 26 octobre 2007, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché intitulé "Travaux d'aménagement des nouvelles voiries et du réseau d'égouttage dans le périmètre du P.C.A. de Wanze" émanant de la commune de Wanze. Ce marché est à passer selon le mode de l'adjudication publique et est régi par un cahier spécial des charges arrêté par le conseil communal de la partie adverse.

III. 2. Le 20 novembre 2007, cinq offres sont recueillies dont celle de la requérante d'un montant de 1.823.442,35 euros, soit l'offre la plus basse, et celle de la société anonyme J.M.V. COLAS BELGIUM, d'un montant de 1.918.909,96 euros, soit l'offre du montant immédiatement supérieur à celle de la partie requérante.

III. 3. A une date indéterminée mais antérieure au 27 novembre 2007, le bureau d'études chargé par la partie adverse de l'examen des soumissions établit un tableau comparatif des prix unitaires contenus dans les offres, mettant en évidence (caractère gras et soulignement) un certain nombre de prix unitaires s'écartant de la moyenne des offres en lice.

III. 4. Le 27 novembre 2007, le bureau d'études, invoquant 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, interroge la requérante et l'entreprise J.M.V. COLAS BELGIUM à propos de prix semblant anormaux. La

partie requérante est invitée à fournir les justifications pour trente-six prix, la société anonyme J.M.V. COLAS BELGIUM l'étant pour trente-trois prix.

III. 5. Le 6 décembre 2007, la partie requérante transmet les justifications demandées, la société anonyme J.M.V. COLAS BELGIUM les ayant transmises le 5 décembre 2007.

III. 6. Le 12 décembre 2007, le bureau d'études établit un rapport d'attribution destiné à la partie adverse. La partie de ce rapport relative aux prix est rédigée comme suit :

" 5.2. Analyse des prix unitaires
(analyse basée sur le tableau précité pour repérer les prix des postes paraissant anormaux, tant à la hausse qu'à la baisse)
L'analyse des prix unitaires a été limitée aux deux premières entreprises classées.
Prix anormaux repérés :

- EUROVIA BELGIUM SA :

Postes 4, 5, 10, 11, 14, 15, 29, 30, 37, 46, 48, 56, 57, 58, 60, 73, 74, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 104, 106, 107 et 110.

- JMV COLAS BELGIUM SA :

Postes 4, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 29, 30, 36, 37, 48, 57, 72, 77, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 100, 104, 106, 107, 110 et 111.

5.3. Justifications de prix unitaires

Demande de justification des prix unitaires portant sur les postes suivants (postes repérés au paragraphe 5.2. ci-avant) :

Tous les postes mentionnés au paragraphe ci-avant.

Il y a lieu de prévoir dans la demande que cette justification doit être ventilée en fourniture, transport et mise en œuvre, laquelle comporte la main-d'œuvre et le matériel.

La demande de justification a été envoyée par pli recommandé le 27 novembre 2007.

Le délai de 12 jours imparti pour recevoir les justifications expirait le 9 décembre 2007. Ce jour étant un dimanche, le délai était automatiquement reporté au 1^{er} jour ouvrable suivant, soit le lundi 10 décembre.

Les justifications de JMV COLAS BELGIUM nous sont parvenues le jeudi 6 décembre, celles de EUROVIA BELGIUM SA le vendredi 7 décembre, soit toutes deux endéans le délai imparti.

5.4. Analyse détaillée des justifications reçues

- EUROVIA BELGIUM SA :

Tous les postes demandés ont été justifiés.

Toutefois, après examen des justifications fournies, certains postes comportent des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, et certains prix unitaire conservent un caractère anormalement. [sic]

C'est ainsi que nous relevons, de manière non exhaustive :

- Postes 4 et 5 (mise en site autorisé de déchets) : les prix unitaires pour ces postes sont inférieurs respectivement de 59,65 et 62,67 % par rapport à la moyenne des soumissions. Le soumissionnaire justifie son prix d'une part en alléguant que le prix du transport est compté dans les postes relatifs aux terrassements, d'autre part en signalant que l'épandage des déchets s'effectue sur un de leurs terrains. La

première justification est admissible. Toutefois, le soumissionnaire ne nous montre pas que les terrains en question seraient des sites autorisés, et de la sorte nous pourrions nous trouver en infraction avec les dispositions du Code wallon des déchets.

- Poste 37 (fondation pour éléments linéaires) : le soumissionnaire ne compte dans ce poste que la fourniture du béton, en signalant que la main d'œuvre est comptée dans les postes relatifs à la pose des éléments linéaires (postes 52, 53, 57, 58, 59 et 60). La justification des postes 57, 58 et 60 ayant été demandée, on s'aperçoit à leur examen que le soumissionnaire renvoie à une offre d'un sous-traitant dans laquelle d'une part le prix unitaire remis ne semble par pouvoir couvrir la main d'œuvre nécessaire à la réalisation de la fondation et à celle de l'élément linéaire lui-même (l'offre décrit de manière exhaustive la réalisation de l'élément linéaire, la réalisation des joints et la pose du curing de protection), d'autre part il est écrit que les travaux de fondation restent à charge du soumissionnaire.

- Poste 48 (mise en œuvre de béton discontinu) : le cahier des charges prévoit que ce poste comprend la mise en œuvre d'un béton riche, des armatures, la coloration, l'impression, le traitement de surface, le vernis..., alors que dans sa justification le soumissionnaire ne compte que la fourniture d'un béton maigre et sa mise en œuvre ordinaire,

- Poste 57 (bordure filet d'eau type IIIC): le soumissionnaire s'en remet à une offre d'un sous-traitant pour la mise en œuvre et y ajoute la fourniture du béton, outre ses frais généraux et bénéfice. La quantité de béton portée en compte est complètement erronée et ne correspond en aucune façon au profil demandé.

- Poste 92 (bassin d'orage): le prix global remis correspond à $\pm 30\%$ de la moyenne des offres reçues, qui correspond par ailleurs sensiblement à notre estimation, ce qui est évidemment anormalement (très) bas pour cet élément essentiel au bon fonctionnement du réseau d'égouttage. Dans la justification détaillée reçue, ni le détail des prestations/matériaux, ni certains prix unitaires fournis, ni les quantités mises en œuvre ne concordent avec la réalité.

Dans ces conditions, il y a lieu de considérer l'offre déposée par la SA EUROVIA BELGIUM comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit.

- JMV COLAS BELGIUM SA :

Tous les postes demandés ont été justifiés.

Les différents prix apparemment anormaux ont été justifiés en ventilant les postes entre fourniture, prestations d'hommes et de machines et marge bénéficiaire. Aucune anomalie n'a été constatée."

Le bureau d'études propose dès lors l'attribution du marché public à la société anonyme J.M.V. COLAS BELGIUM.

III. 7. Le 18 décembre 2007, le collège communal de la partie adverse prend la décision suivante :

" Le Collège,

Vu le CDLD, et notamment les articles L.1222-a et 1122-30;

Vu la délibération du Conseil communal du 22 octobre 2007 par laquelle celui-ci a choisi le mode de passation - en l'occurrence, l'adjudication publique - et fixé les conditions de marché;

Vu la séance d'ouverture des offres du marché relatif aux travaux d'aménagement des voiries du PCA suite à laquelle 5 offres ont été déposées;

Vu le rapport de l'auteur de projet (Bureau d'études B. Bodson) selon lequel les justifications de prix demandées à l'entreprise EUROVIA qui a remis l'offre la plus basse ne sont pas convaincantes étant donné que certains postes ne concordent pas avec la réalité et que certains prix unitaires conservent un caractère anormalement bas;

Conformément à l'article 110 § 3 et 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'offre remise par l'entreprise EUROVIA doit donc être considérée comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit;

Vu le rapport de l'auteur de projet concernant l'entreprise JMV selon lequel les différents prix apparemment anormaux ont été justifiés et aucune anomalie n'a été constatée;

Par conséquent, l'offre remise par l'entreprise JMV-Colas Belgium est donc l'offre régulière la plus basse;

Considérant qu'un crédit budgétaire de 2.910.000 € est prévu à l'article - 9302/731-60 - du budget extraordinaire;

Par ces motifs :
DECIDE

Article 1^{er} : Le marché relatif à la réalisation des travaux d'aménagement des nouvelles voiries et du réseau d'égouttage dans le périmètre du P.C.A. de Wanze est attribué à la firme JMV Colas Belgium - Grand'Route, 71 4367 Crisnée, pour un montant de 1.918.909,96 TVAC.

Article 2 : Il lui est attribué :

- a) aux conditions fixées par le Conseil communal en sa séance du 22 octobre 2007.
- b) de plus, aux conditions énoncées dans son offre."

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 8. Le 5 mars 2008, la partie adverse informe la partie requérante que son offre n'a pas été retenue et qu'un recours est possible auprès du Conseil d'Etat.

III. 9. Le 11 mars 2008, la partie requérante demande à la partie adverse l'envoi des motivations de son éviction et la décision motivée d'attribution.

III. 10. Le 25 mars 2008, la partie adverse envoie à la partie requérante un document contenant les motifs de son éviction et de l'attribution à la firme J.M.V. COLAS BELGIUM.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris 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 fournitures et de services, de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle y expose, en synthèse, que son offre était la plus basse parmi celles en lice, que la décision motivée, telle que communiquée par la partie adverse, se limite à affirmer, par une simple référence au rapport du bureau d'études qu'elle n'intègre pas dans ses propres motifs, que sa soumission serait irrégulière et nulle au motif que certains postes ne concordent pas avec la réalité et que certains prix unitaires conservent un caractère anormalement bas sans préciser de quels prix il s'agit ni détailler les considérations de l'auteur du projet, qu'une simple référence à un document extrinsèque à la décision proprement dite ne constitue pas une motivation valable et qu'il en est d'autant plus ainsi que le rapport du bureau d'études apparaît entaché, comme cela sera exposé au deuxième moyen, d'erreurs et de partialité.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse relève, en substance, que, à la lecture de la décision attaquée, la partie requérante connaît les motifs de droit et de fait de l'irrégularité de son offre, étant la présentation de certains prix ne concordant pas avec la réalité ou conservant un caractère anormalement bas, qu'il s'agit d'une motivation formelle adéquate, qu'il ne faut pas confondre motivation formelle et exposé des motifs de la motivation, que le Conseil d'Etat considère que le pouvoir adjudicateur n'a pas à exposer les motifs des motifs, que l'acte attaqué ne contient pas une motivation par référence au rapport du bureau d'études mais montre que son auteur s'est approprié ce rapport en reprenant les motifs de droit et de fait dudit rapport, qu'en outre la partie requérante a été informée de l'entièreté du contenu du rapport d'attribution par le courrier du 25 mars 2008, qu'il ressort ainsi que les motifs de l'irrégularité de son offre ont été formellement exprimés et communiqués et que le pouvoir adjudicateur a apprécié et fait siens ces motifs.

Dans son mémoire en réplique, la requérante soutient que le raisonnement de la partie adverse ne peut être suivi dans l'instant où, non contente de n'explicitier en aucune façon les motifs pour lesquels l'auteur du projet avait estimé que certains postes ne concordent pas avec la réalité et que certains prix unitaires présentaient un caractère anormalement bas, la décision motivée n'énumère pas ces postes et ces prix, lui interdisant de se faire une idée des motifs concrets de son éviction et que le courrier du 25 mars 2008 ne couvre nullement l'irrégularité d'autant

plus que la partie adverse s'abstient de reproduire l'extrait du rapport du bureau d'études la concernant.

Dans son dernier mémoire, la requérante insiste enfin sur ce que sa critique à propos de la motivation formelle de l'acte attaqué ne porte nullement sur le niveau de l'information reçue, mais bien sur l'indigence de la motivation de la décision d'attribution, considérant que la partie adverse n'a pas adopté une motivation succincte, mais s'est rendue coupable d'un réel défaut de motivation. Elle ajoute enfin que la formulation de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs implique l'obligation, dans le chef du pouvoir adjudicateur, de procéder à un examen sérieux et objectif des éléments d'appréciation qui lui sont soumis, par exemple par ses conseils techniques et auteurs de projet, et de consigner le résultat de cette analyse en sa décision d'attribution. Or, elle soutient qu'en l'espèce il y a lieu de dénoncer la légèreté du travail de comparaison accompli par l'auteur de projet, à propos duquel la partie adverse s'est pourtant abstenue du moindre contrôle.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen, qui dénonce essentiellement l'indigence de la motivation formelle de l'acte attaqué, n'indique pas en quoi, à supposer que ce grief soit fondé, la partie adverse aurait violé les articles 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et 110 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.

En tant que le moyen invoque la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs, il s'impose de rappeler que la raison d'être de l'obligation de motiver en la forme qu'impose cette loi, est d'informer le destinataire de l'acte administratif des raisons qui ont amené son auteur à l'adopter, de manière à lui permettre d'apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer.

La partie adverse a motivé à suffisance sa décision d'éviction de la requérante, en exposant que l'irrégularité de l'offre de celle-ci résultait du contrôle des prix exercé en vertu de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, et en se référant aux conclusions du rapport de l'auteur de projet, établi à l'occasion de ce contrôle, conclusions aux termes desquelles, selon la motivation de l'acte attaqué, "les justifications de prix demandées à l'entreprise EUROVIA qui a remis l'offre la plus basse ne sont pas convaincantes étant donné que certains postes ne concordent pas

avec la réalité et que certains prix unitaires conservent un caractère anormalement bas". En indiquant de la sorte les raisons de l'éviction de la requérante, la partie adverse n'était pas tenue d'exposer en outre les motifs de ses motifs, en indiquant les prix dont le caractère anormalement bas était avéré ou en intégrant les considérations de l'auteur de projet y relatives. Par ailleurs, et contrairement à ce que suggère la requérante en son dernier mémoire, les griefs liés au caractère sérieux et objectif des éléments d'appréciation soumis au pouvoir adjudicateur ne pourraient, en toute hypothèse, aboutir à un constat de violation de la loi du 29 juillet 1991 précitée.

Pour le surplus, il y a lieu de relever que le courrier du 25 mars 2008, par lequel la partie adverse a communiqué à la requérante les motifs de son éviction, ainsi que ceux de l'attribution du marché litigieux à la firme J.M.V.-COLAS, contenait les extraits du rapport du bureau d'études relatifs à l'analyse des prix unitaires de l'offre de la requérante, de sorte que celle-ci a pu contester utilement la légalité de l'acte attaqué, comme l'attestent notamment les développements exposés à l'appui de la seconde branche du deuxième moyen.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être accueilli.

V. PREMIERE BRANCHE DU DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée et de l'article 110, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité. En une première branche, elle y fait valoir que le recours à l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité doit rester exceptionnel, compte tenu des lourdes sanctions y attachées puisque, non seulement il est évincé du marché public mais encore la commission d'agrégation des entrepreneurs est informée, hypothéquant ainsi la possibilité de maintien des agrégations, que l'article 110 du même arrêté royal détermine le cadre normal de recours à la faculté de contrôle puisqu'il exige la vérification de l'éventuelle anormalité des prix lorsque le pouvoir adjudicateur constate un écart de plus de quinze pour cent par rapport à la moyenne, qu'il était dès lors injustifié, alors que l'écart de son offre par rapport à la moyenne n'était que de 5,87 %, de l'inviter à justifier, dans un délai restreint, trente-six prix unitaires sur un marché en comptant le triple, qu'une telle demande détourne l'article 110 de sa finalité objective et que la partie adverse ne pouvait s'en prévaloir.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que la thèse de la partie requérante méconnaît le texte même de l'article 110 de l'arrêté royal du 8

janvier 1996, que le § 3 prescrit une exigence indépendante et supplémentaire du § 4, que le § 3 impose au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à justifier des prix proposés, indépendamment du type de marché, du nombre d'offres et de l'écart entre les montants des offres, lorsqu'il pense être en présence d'un ou de plusieurs prix apparemment anormaux, qu'il n'est pas question d'une moyenne mais d'une apparente anormalité, que le § 4 constitue une hypothèse supplémentaire obligeant le pouvoir adjudicateur à interroger le soumissionnaire dans les marchés publics de travaux en présence d'au moins quatre offres avec un écart de quinze pourcents à consulter le soumissionnaire concerné, qu'il pouvait donc être recouru au mécanisme de l'article 110, § 3, qui oblige le pouvoir adjudicateur à demander des justifications si les prix apparaissent anormaux, qu'une autre interprétation irait à l'encontre de l'article 96, § 4, du même arrêté royal selon lequel chaque poste du métré récapitulatif doit correspondre à sa valeur réelle, que la jurisprudence admet l'élimination d'un soumissionnaire même pour un poste d'importance minime.

Dans son mémoire en réplique, la requérante expose qu'il va de soi que l'absence d'un écart de plus de quinze pour cent ne peut faire interdiction au pouvoir adjudicateur d'inviter un soumissionnaire à justifier un ou plusieurs prix unitaires sur lesquels il planerait une suspicion objective d'anormalité significative de nature à mettre en péril la comparaison des offres et, ensuite, la bonne exécution du marché, que tel n'est pas le cas dans le contexte du marché public querellé, que l'attitude du pouvoir adjudicateur demandant la justification de trente-six prix unitaires n'est pas raisonnable en présence de soumissionnaires expérimentés et atteste de la méconnaissance, voire de l'incompétence, du bureau d'études qui a admis que soixante-trois des prix unitaires faisant l'objet d'une demande de justification ne présentaient pas un caractère anormal, que le détournement de l'article 110, § 3, est donc patent.

Dans son dernier mémoire, la requérante dénonce le fait que la suspicion vantée d'anormalités n'émanait nullement de la partie adverse, mais du bureau d'études, lequel n'avait pas consulté le pouvoir adjudicateur avant la mise en œuvre des demandes de justifications de prix. Elle s'interroge sur les critères d'appréciation retenus pour l'identification des postes suspects. Elle soutient enfin que le nombre abusif des demandes de justifications contrevient à l'esprit de la réglementation comme à sa finalité, tant il est évident qu'en considération de la très grande disparité des prix offerts par les soumissionnaires, il est toujours possible à un auteur de projet le soumissionnaire dont il acceptera les justifications au mépris du respect du principe d'égalité.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 est libellé comme suit :

- " Lorsque l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué, en adjudication publique ou restreinte, au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10 p.c. du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999.

Pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, l'autorité compétente tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours."

En ses paragraphes deux à quatre, l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est libellé comme suit :

- " § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.

§ 3. Toutefois, 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 se référant notamment :

1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lorsque le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

§ 4. En outre, en cas de marché public de travaux à passer par adjudication publique ou restreinte et pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées, toute offre dont le montant s'écarte d'au moins quinze p.c. en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'éventuelle anormalité de ce montant.

La moyenne visée à l'alinéa 1^{er} se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et, parmi les plus élevées, un nombre d'offres représentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre des offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

En présence d'une offre exigeant la vérification de l'éventuelle anormalité de son montant au sens du présent paragraphe, le pouvoir adjudicateur doit :

1° soit motiver formellement dans la décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre;

2° soit inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu au § 3. Si, après examen de ces justifications, le montant de l'offre est retenu comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur doit, par dérogation au § 2, considérer l'offre comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit."

Il ne ressort nullement de ces dispositions que le recours à la procédure de contrôle instituée par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doit garder un caractère exceptionnel.

Par ailleurs, de ce que la vérification du caractère éventuellement anormal d'un montant est imposée au pouvoir adjudicateur, dans les circonstances visées par l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, à savoir notamment lorsque le montant de l'offre s'écarte d'au moins quinze pour cent en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, il ne se déduit pas que le contrôle des prix, déclenché au titre de l'article 110, § 3, dudit arrêté, est subordonné à la vérification d'un écart minimal du montant de l'offre considérée comme apparemment anormalement basse ou élevée, au regard de moyennes que ne désigne d'ailleurs pas cette disposition.

En tant qu'il procède d'une interprétation erronée tant de la portée de ces dispositions, que des conditions dans lesquelles le contrôle des prix peut être organisé, le moyen manque en droit en cette branche.

Il n'y a pas lieu, enfin, d'avoir égard aux griefs déduits du défaut de consultation préalable du pouvoir adjudicateur par le bureau d'études, du choix des critères utilisés en vue de l'identification des postes jugés suspects, ainsi que du nombre important de demandes de justifications. Outre que la requérante les formule pour la première fois dans son dernier mémoire, elle n'expose pas en quoi les

manquements reprochés à l'acte attaqué constitueraient une violation des dispositions visées par le moyen.

VII. SECONDE BRANCHE DU DEUXIEME MOYEN ET TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

Au titre de seconde branche du deuxième moyen, la requérante fait valoir que, pour les postes 4 et 5, par référence au cahier spécial des charges, les déblais à évacuer sont rémunérés à l'adjudicataire sur foi d'un mesurage opéré sur chantier sans que le paiement des quantités soit soumis à la production de bons de pesées, que seul l'adjudicataire est responsable devant l'office wallon des déchets du respect des exigences de ce dernier, et que le risque allégué n'existe pas. Elle expose que, pour les postes 37 et 57, si les justifications apportées en urgence présentaient en apparence une erreur matérielle affectant la répartition des tâches à l'occasion du poste 57 ainsi que les quantités de béton prises en considération, le bureau d'études aurait dû constater que, pour ces postes intrinsèquement liés, l'addition des prix unitaires aboutissait à un prix global conforme à la moyenne du marché. S'agissant du poste 48, elle soutient que celui-ci intéresse une surface totale limitée à 110 m² d'une valeur de moins d'un millième du coût total, que la justification, même sommaire, devait être prise en considération. En ce qui concerne le poste 92, elle rappelle avoir fourni une justification détaillée distinguant les éléments constitutifs de ce poste, tandis que, sans proposer de critique concrète, le bureau d'études se réfère à sa propre estimation qu'il s'abstient de proposer comme de décomposer et affirme, sans démonstration, que ni le détail des prestations/matériaux ni certains prix unitaires ni les quantités mises en œuvre ne concordent avec la réalité et que cette pétition de principe ne constitue un motif valable de refus de la justification proposée.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse objecte que le bureau d'études n'a commis aucune erreur d'appréciation, que, selon l'article 96, § 4, précité, chaque poste du métré récapitulatif doit correspondre à sa valeur relative, que, pour ce qui concerne le poste 92 – bassin d'orage, il s'agit d'un élément central du réseau d'égouttage mis en place sur le territoire de la commune, que, de ce poste, dépendront la capacité d'absorption, la fiabilité et la résistance aux flux massifs de collecte, qu'une irrégularité touchant à ce poste est dès lors substantielle et entraîne l'irrégularité de l'offre, que le pouvoir adjudicateur a correctement évalué la justification apportée pour cet élément central, que le bassin à construire devait être en structure alvéolaire de polypropylène et présenter une capacité de 700 m³, que le prix proposé par la partie requérante est de 34.702,03 euros alors que le bureau d'études l'évaluait à 125.000 euros, que les autres soumissions dépassent l'estimation du

bureau d'études, que la justification apportée ne porte que sur 504 m³, qu'il est impossible de construire un bassin d'une capacité de 700 m³ en mettant en œuvre 504 m³ d'éléments structurels, qu'il faut autant d'éléments alvéolaires que de mètres cubes, que le bureau d'études n'a commis aucune erreur en considérant que les éléments de l'offre ne concordaient pas avec la réalité, que la partie requérante ne prétend pas et ne démontre pas que les matériaux et quantités prévus à sa soumission permettaient la réalisation de l'ouvrage, que, pour ce qui concerne les postes 4 et 5, le bureau d'études a analysé la justification proposée sans la rejeter en bloc, que la partie requérante, contrairement au cahier spécial des charges et à la réglementation relative aux déchets, n'établit pas que les terrains où elle entend épandre les déchets seraient des sites autorisés, qu'elle s'est limitée à indiquer qu'il s'agissait de « ses » terrains, que la partie requérante se limite à indiquer que le risque allégué n'existe pas sans fournir de preuve, que, pour ce qui concerne le poste 37 – éléments linéaires, la justification n'est pas admissible en droit car l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité impose que chaque poste du métré récapitulatif corresponde à sa valeur relative, que la partie requérante avance, sans démonstration chiffrée, que le bureau d'études aurait dû constater que l'addition des postes 37 et 57 amenait à un prix conforme à la réalité, que la partie requérante ne répond pas à la critique selon laquelle les travaux de fondations resteraient à la charge du pouvoir adjudicateur, que le bureau d'études a dès lors correctement analysé les justifications, que, pour ce qui concerne le poste 48 – béton discontinu, la partie requérante ne conteste pas que le béton utilisé ne correspond pas à celui prévu au cahier spécial des charges, qu'en raison de la destination de ce béton (calicules en voiries de surface), il est important qu'il soit riche et coloré, que le fait qu'il s'agisse d'un poste minime ne peut suffire à obliger le pouvoir adjudicateur à prendre en compte la justification apportée, que le Conseil d'Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur pouvait estimer opportun d'éliminer une offre ne contenant ne fût-ce qu'un prix anormalement bas quelle que soit l'importance de l'anomalie, que, pour ce qui concerne le poste 57 – bordure filet d'eau de type III, la partie requérante ne forme aucune critique à l'encontre de l'appréciation du bureau d'études, que la seule explication par rapport au prix d'un sous-traitant n'est pas admise par le Conseil d'Etat depuis longtemps et que le bureau d'études dès lors correctement analysé la justification pour écarter l'offre de la partie requérante.

La requérante réplique que les explications techniques de la partie adverse n'énervent en rien les justifications avancées, qu'elle maintient son argumentation, que les justifications apportées par l'attributaire sont techniquement inexactes et en inadéquation avec le cahier spécial des charges, que huit justifications de l'attributaire ne correspondent pas à la valeur réelle du poste ou aux prescriptions du cahier spécial des charges, que, pour les postes 10 et 11, l'attributaire justifie le

supplément pour déblais généraux en sol compact par la perte de rendement d'une même pelle hydraulique sans ajout d'équipement spécifique alors qu'il est impossible d'enlever une roche compacte sans pareil équipement, que, pour le poste 14, la justification de l'attributaire ne comprend pas le sable et ne fait référence qu'à l'ouverture de tranchée, qu'elle ne répond pas aux prescriptions du cahier spécial des charges et ne correspond pas à la réalité, que le non-remblaiement des tranchées met en péril le projet dans son ensemble, que, pour ce poste, cette soumission est de 86 % inférieure à l'estimation du bureau d'études, que, pour le poste 15, il s'agit du même cas de figure que le poste 14 avec cette fois 88 % de moins que l'estimation du bureau d'études, que, pour le poste 19, le prix de l'attributaire est de 81,75 % supérieur à l'estimation du bureau d'études, qu'il n'a pas été demandé à l'attributaire de justifier ce prix alors qu'elle a dû justifier le poste 56 car son prix était supérieur de 58 % à la moyenne des soumissions et de 69 % par rapport à l'estimation du bureau d'études, que le montant de ce poste 19 était estimé à 6875 euros et celui du poste 56 à 1500 euros, que, pour les postes 29 et 30, l'attributaire justifie le supplément pour déblais généraux en sol compact par la perte de rendement d'une même pelle hydraulique sans ajout d'équipement spécifique alors qu'il est impossible d'enlever une roche compacte sans pareil équipement, que, pour le poste 36, l'attributaire indique un prix de 27 €/m³ pour la fourniture sans justifier le transport alors que ce poste représente 6,18 % du montant total des travaux, que le bureau d'études a cependant écrit que les différents prix de l'attributaire ont été justifiés en ventilant les postes entre fournitures, prestations d'homme et de machines ainsi que marge bénéficiaire alors qu'il apparaît que, pour ce poste, la ventilation du coût du transport est manquante, que, pour le poste 72, le prix de l'attributaire est plus de cinq fois supérieur à l'estimation, que le bureau d'études a demandé une justification à cette entreprise mais à aucune autre, ne disposant ainsi d'aucun point de comparaison, que le rendement justifié est infime par rapport à la réalité des chantiers et ne correspond pas à la valeur réelle de ce poste, aussi petite soit cette prestation, que cette situation est contraire à ce que rappelle la partie adverse à propos de l'article 96, § 4, que, pour le poste 100, le prix de l'attributaire est inférieur de 38,5 % à la moyenne des prix et de 48 % à l'estimation du bureau d'études, que la justification ne montre aucune information sur l'identification du sous-traitant, qu'il s'agit uniquement de prix ajouté sur le devis estimatif, que, pour le poste 57, le mémoire en réponse indique que certains postes de sa soumission conservent un prix anormalement bas, qu'après vérification, le prix de ce poste proposé est de 27,95 euros et celui de l'estimation valorisée de 17,50 euros, qu'il est troublant de constater que tous les pourcentages comparatifs sont faits par rapport à la réponse et à ses prix sans tenir compte de l'analyse finale des écarts de l'attributaire par rapport à la moyenne des soumissions et à l'estimation, que la dispersion est sensiblement égale avec les prix de l'attributaire ainsi qu'en atteste le tableau joint à son mémoire, que, dans son rapport d'attribution, le bureau d'études fait plusieurs fois

référence à des écarts par rapport à la moyenne des soumissions et qu'elle se trouve dans le même cas de figure que pour les postes 10, 11, 14, 15, 19, 29, 30, 72 et 100 de l'attributaire.

La requérante soulève, enfin, un troisième moyen, pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et du principe général d'égalité de traitement des soumissionnaires, aux termes duquel, en substance, elle expose que son offre était la plus basse parmi celles en lice, que la décision motivée, telle que communiquée par la partie adverse, se limite à affirmer, par une simple référence au rapport du bureau d'études qu'elle n'intègre pas dans ses propres motifs, que sa soumission serait irrégulière et nulle au motif que certains postes ne concordent pas avec la réalité et que certains prix unitaires conservent un caractère anormalement bas sans préciser de quels prix il s'agit ni détailler les considérations de l'auteur du projet, qu'une simple référence à un document extrinsèque à la décision proprement dite ne constitue pas une motivation valable et qu'il en est d'autant plus ainsi que le rapport du bureau d'études apparaît entaché, comme cela sera exposé au deuxième moyen, d'erreurs et de partialité.

La partie adverse répond en substance qu'il ressort clairement du dossier administratif que le bureau d'études a vérifié certains prix unitaires de l'attributaire et que les soumissionnaires ont été traités de manière égale.

La partie requérante réplique en renvoyant à la deuxième branche du deuxième moyen établissant la partialité fautive dans la comparaison des justifications respectives des parties.

Dans les développements son dernier mémoire qu'elle consacre tant à la seconde branche du deuxième moyen qu'au troisième moyen, la partie adverse revient notamment sur les justifications de prix avancées par l'attributaire du marché et qui font débat entre les parties, en faisant état de considérations, notamment financières et techniques, qui, à son estime, démontrent qu'elle était autorisée à accepter les justifications soumises par l'attributaire.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les moyens dénoncent en substance la méconnaissance, par la partie adverse, du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, dans l'examen des justifications de prix demandées à la requérante et à l'attributaire du marché litigieux dans le cadre de la procédure initiée en vertu de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Sans qu'il soit question pour le Conseil d'Etat, au titre de l'examen de ces moyens, de substituer son appréciation à celle qu'a portée la partie adverse, et si, par ailleurs, il ressort des éléments exposés dans le rapport du bureau d'études que la partie adverse a pu déclarer irrégulière l'offre de la requérante, il s'impose néanmoins de relever entre autres que, s'agissant notamment des prix afférents aux postes 10 et 11, 14 et 15, 29 et 30, ainsi que 36, et nonobstant les interrogations évidentes que laissaient subsister les justifications communiquées par l'attributaire, la normalité des prix ainsi justifiés a été acceptée à la faveur d'une motivation qui ne rend possible aucun contrôle juridictionnel effectif. De plus, en motivant cette acceptation par les considérations que "tous les postes demandés ont été justifiés" et que "les différents prix apparemment anormaux ont été justifiés en ventilant les postes entre fourniture, prestations d'hommes et de machines et marge bénéficiaire. Aucune anomalie n'a été constatée", le bureau d'études, dont la partie adverse s'est approprié les conclusions, a usé d'une formule stéréotypée qui n'atteste pas le caractère circonstancié des appréciations portées sur les prix afférents aux trente-trois postes sur lesquels portaient les demandes de justification adressées à l'attributaire du marché.

Dans ces circonstances qui font craindre que l'attributaire du marché litigieux a pu – au contraire de la requérante – bénéficier d'une mansuétude particulière, il ne peut être raisonnablement soutenu que ces deux soumissionnaires ont été traités de manière égale, de sorte que le deuxième moyen, en sa seconde branche, et le troisième moyen sont fondés.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est annulée la décision du 18 décembre 2007 du collège communal de la commune de WANZE attribuant le marché relatif à la réalisation de travaux d'aménagement des nouvelles voiries et du réseau d'égouttage dans le périmètre du P.C.A. à la firme JMV COLAS BELGIUM pour un montant de 1.918.909,96 euros T.V.A.C.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
six mars deux mille douze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.