**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 223.475 du 15 mai 2013

G./A.191.909/VI-18.159

En cause : **la société anonyme ACH CONSTRUCT,**
anciennement dénommée SINTRA CONSTRUCT,

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

contre :

**la ville de Charleroi**,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

---

**LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 23 mars 2009, la société anonyme ACH CONSTRUCT, anciennement dénommée SINTRA CONSTRUCT, demande l'annulation de la délibération du collège communal de la ville de Charleroi prise le 23 décembre 2008 par laquelle celui-ci décide :

" 1. d'approuver les conclusions du rapport d'analyse des offres rédigé par TPF Engineering;
2. d'attribuer le marché de travaux de réhabilitation de la piscine Hélios à Charleroi pour le montant rectifié de € 6.156.298,57 HTVA, soit € 7.449.121,27 TVAC à la société momentanée DRUEZ-DUCHENE[...]".

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 chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a rédigé un rapport.

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

Une ordonnance du 12 février 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 13 mars 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Bernard DEROUAUX, 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

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Le marché public litigieux est un marché de travaux, passé par appel d'offres général, qui est relatif à la réhabilitation de la piscine Hélios à Charleroi et qui est régi par le cahier spécial des charges n° 01/2008/05.

III. 2. Le 24 septembre 2008, lors de la séance d'ouverture des offres, quatre soumissions sont déposées par :

- la société momentanée Druez et Duchêne : 7.139.198,95 € T.V.A.C.;
- la société anonyme Lixon : 7.937.940,41 € T.V.A.C.;
- la société momentanée Franki et Visser & Smit Hanab : 8.014.200,19 € T.V.A.C.;
- la société anonyme Sintra Construct : 8.439.678,18 € T.V.A.C.

III. 3. Le rapport d'analyse des offres est rédigé par la société T.P.F. Engineering et porte la date du 5 décembre 2008 sur les pages 2 à 23, et du 5 novembre 2008 sur les pages 24 à 128.

Le rapport fait apparaître que :

- Concernant le contrôle des prix apparemment anormaux, le bureau T.P.F. Engineering a demandé, à des dates différentes, des justifications de prix à chacun des quatre soumissionnaires.
- Concernant le contrôle des prix de la requérante, la demande par recommandé est datée du 2 décembre et a été reçue le 5 décembre 2008; elle se termine de la manière suivante : "Vu l'urgence, nous attendons vos remarques pour le 05 décembre, par mail (…), nous vous prions d'agréer…".

La requérante a fait parvenir ses justifications (7 pages) par pli recommandé daté du 5 décembre 2008, avec la mention finale : "Comme demandé, nous vous envoyons nos remarques vu l'urgence pour le 5 décembre, en dérogation avec l'art. 110 § 3 de l'A.R. du 26/01/1996.".

Le rapport d'examen des offres comporte l'analyse suivante :

" 5.1.3. Justification des prix,

1. L'entrepreneur (DRUEZ & DUCHENE), justifie l'ensemble des prix jugés anormalement bas ou anormalement hauts et déclare les maintenir en l'état.

La justification des prix tient compte :

• du prix remis par le sous-traitant, fourniture et main d'œuvre,
• du coefficient sur le sous-traitant : 10 %,
• du coefficient d'entreprise (frais d'encadrement de chantier) : 5 %,
• du coefficient d'entreprise (frais généraux, risque et bénéfice) :10 %.

Nous considérons que la justification de ces prix est recevable.

[...]

5.3.3. Justification des prix,

1. L'entrepreneur (SINTRA CONSTRUCT), justifie les prix jugés anormalement bas ou anormalement hauts et déclare les maintenir en l'état. Il s'agit du prix des travaux qui seraient exécutés par l'entreprise elle-même.

La justification de ces prix tient compte :

• du temps mis pour l'exécution de ce travail,
• de la fourniture du matériel nécessaire à ce travail,
• Des frais généraux + le bénéfice.

2. L'entrepreneur (SINTRA CONSTRUCT), déclare maintenir en 1'état les prix remis par un sous-traitant sans plus d'explication.

3. En ce qui concerne le poste 7.6.1.2. l'entrepreneur déclare avoir oublié le coût de la fourniture et rajoute un montant de 34.617 € au montant de ce poste.

Nous considérons que la justification de ces prix n'est pas recevable et non-conforme avec l'esprit de l'A.R. du 26/01/1996, article 110 § 3 et, par ailleurs, rappelé dans le courrier qui a été envoyé aux quatre entreprises.

Cette entreprise est donc éliminée pour ce motif, et également pour la modification de son offre dans le poste 7.6.1.2.".

Le rapport d'examen des offres comporte la conclusion suivante :

" 11.2. Conclusions

Les entreprises SINTRA CONSTRUCT sont éliminées pour les motifs suivants :

- Justification des prix (anormalement hauts et bas) jugés non-conforme avec l'esprit de l'A.R. du 29/01/96, art.110 § 3
- Modification d'un prix après ouverture des soumissions

(voir chapitre 5.3.3)".

III. 4. Le 23 décembre 2008, la partie adverse décide "d'approuver les conclusions du rapport d'analyse des offres rédigé par TPF Engineering" et "d'attribuer le marché de travaux de réhabilitation de la piscine Hélios à Charleroi pour le montant rectifié de € 6 156 298,57 HTVA, soit € 7 449 121,27 TVAC à la société momentanée DRUEZ-DUCHENE".

Il s'agit des décisions attaquées.

IV. SECOND MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen pris de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de l'article 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.

Dans une deuxième branche, la partie requérante invoque la violation de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité qui imposerait, de manière impérative, que soit laissé aux soumissionnaires un délai de réponse minimal de 12 jours, indispensable à la présentation de justifications cohérentes et étayées.

Elle rappelle que la lettre du bureau T.P.F. Engineering du 2 décembre 2008, ne laissait qu'un délai dérisoire de réponse, compte tenu du grand nombre de postes à justifier, alors que l'urgence invoquée ne se justifiait en aucune manière, compte tenu de la date d'ouverture des offres et du délai de validité de celles-ci.

Dans une troisième branche la partie requérante fait valoir que :

" Il est de jurisprudence et de doctrine constantes que le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder, dans le cadre de l'article 110 de l'arrêté royal, à un examen sérieux et objectif des justifications qui lui sont proposées.

Tel ne fut assurément pas le cas en l'espèce, dès l'instant où, notamment :

- le «rapport comparatif des offres» dressé par la société anonyme T.P.F. Engineering est daté du 5 décembre 2008, soit du jour même de la réception de la réponse de la société anonyme Sintra, une telle simultanéité rendant d'évidence impossible une analyse valable;

- au lieu de contrôler, poste par poste, les explications fournies par les soumissionnaires, le Bureau d'études choisi par la partie adverse s'est limité à formuler des considérations générales.

Celles-ci ne sont pas admissibles, dans la mesure par exemple où l'on n'aperçoit pas le motif pour lequel la référence à l'offre d'un sous-traitant (majorée, dans le cas de la requérante, de marges clairement mentionnées) ne serait pas acceptable, sauf la possibilité, dans le chef de l'auteur de projet, de démontrer l'anormalité des prix offerts par le sous-traitant, ce qui ne fut pas fait en l'occurrence;

- la mise en parallèle des commentaires, tels que reproduits ci-avant, ayant conduit la société anonyme T.P.F. Engineering à conclure à la «recevabilité» des justifications de la société momentanée adjudicataire, mais à la «non-conformité» de celles de la requérante, atteste de ce que celles-ci n'ont pas été appréciées de la même manière, rompant ainsi la nécessaire égalité des concurrents.

Le second moyen est donc également fondé en sa troisième branche.".

B. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse reproduit tout d'abord in extenso l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Elle rappelle ensuite les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine concernant cette disposition. Elle rappelle également les faits et le contenu du rapport d'examen des offres, et conclut :

" Partant, dans l'hypothèse où une entreprise ne justifie pas les prix suite à une invitation à elle adressée en vertu de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier et en outre, modifie postérieurement à l'ouverture des offres un prix de sa soumission, le pouvoir adjudicateur pouvait ou devait légalement déclar[er] son offre irrégulière.

Quant à la date du rapport (le 5 décembre), il s'agit d'une erreur matérielle comme l'atteste la déclaration sur l'honneur des auteurs de ce document.

Partant, le second moyen doit être déclaré non fondé car manquant en fait et en droit.".

C. Mémoire en réplique

La partie requérante rappelle le contenu de la deuxième branche qui "reposait sur le constat qu'en imposant à la société anonyme SINTRA CONSTRUCT, par la lettre de son auteur de projet datée du 2 décembre 2008, un délai dérisoire de réponse, compte tenu de surcroît du grand nombre de postes évoqués par cet envoi, que l'urgence invoquée ne justifiait en aucune manière, dès l'instant où il avait été procédé à l'ouverture des offres plus de deux mois auparavant, tandis que l'article 1.16 du Cahier Spécial des Charges avait porté à 240 jours de calendrier le délai d'engagement des soumissionnaires, venant donc à expiration le 23 mai 2009 seulement, la partie adverse a clairement contrevenu a l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui impose, de manière impérative, que soit laissé aux soumissionnaires un délai de réponse minimal de 12 jours de calendrier, indispensable à la présentation de justifications cohérentes et étayées.".

Elle indique que :

" La partie adverse ne répond nullement à cette seconde branche du moyen, tandis que la consultation du dossier administratif a mis en évidence le fait qu'en violation avec le principe de nécessaire égalité entre les soumissionnaires, au moins l'adjudicataire et la société momentanée Franki — Visser & Smit Hanab bénéficièrent, eux, des délais de rigueur imposés au pouvoir adjudicateur par l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996".

Après avoir reproduit l'énoncé de la troisième branche, contenu dans la requête, la partie requérante discute l'affirmation de la partie adverse selon laquelle :

" Quant à la date du rapport (le 5 décembre), il s'agit d'une erreur matérielle comme l'atteste la déclaration sur l'honneur des auteurs de ce document".

La requérante indique que "l'attestation évoquée a trait à la «remise» du rapport et non à sa «clôture»"; que "la date du 5 décembre 2008, figurant en-tête du (second) rapport, mais également sur ses 23 premières pages, fait foi" et qu'"en toute hypothèse, la prise en considération de la date du 10 décembre 2008 n'aurait offert qu'un délai d'analyse (des justifications de deux soumissionnaires...) de deux jours ouvrables supplémentaires, encore insuffisant".

La partie requérante fait valoir que :

" (...) l'auteur de projet n'a pris la peine d'examiner aucune justification de prix de manière concrète, et ce quelque soit le soumissionnaire dont elle émanait".

Comparant ensuite la motivation formulée dans le rapport d'analyse des offres concernant la justification des prix apparemment anormaux, fournie par l'attributaire DRUEZ & DUCHÊNE et par la requérante, elle fait valoir que :

" Cette différence de traitement manque de la moindre objectivité et n'est nullement acceptable, dès l'instant où, à la différence de la s.a. Sintra Construct, qui a fourni le détail des très nombreux postes réalisés par ses soins, l'adjudicataire a justifié tous les postes pour lesquels il était interrogé sauf deux (le rachat du matériel et la fourniture du débitmètre débit total grand bassin) sur base de «prix sous-traitants», par les prix de sous-traitants — apparemment non identifiés, simplement éclatés, sans justifications plus pertinentes, en coûts de fourniture, coûts de main d'œuvre et marges diverses...".

La requérante établit enfin, au départ de la décision d'attribution du marché, un tableau reprenant les postes de son offre jugés anormalement bas pour lesquels la justification fournie tenait au prix remis par son sous-traitant, avec en regard de chacun de ces postes le prix unitaire remis par l'attributaire; il en ressort, selon la requérante, que les prix remis par l'attributaire du marché étaient au total de 36,4 % inférieurs aux prix offerts pour les mêmes postes par la requérante, mais que la partie adverse a considéré comme anormalement bas.

La partie requérante évoque enfin dans le but de démontrer l'illégalité de la démarche menée par la partie adverse, le cas du poste 35.b.6) "Traitement de l'amiante — Revêtement amianté de profilés métalliques de faux-plafonds". Elle soutient qu'elle a dû justifier un prix anormalement bas, alors qu'elle avait fixé ce prix en soumission à 114.303,15 euros, tandis que l'adjudicataire, qui avait offert pour le même poste un prix inférieur de plus des deux tiers (36.060,31 euros) n'a pas été questionné à ce propos.

D. Derniers mémoires

Dans son dernier mémoire, la requérante ajoute que :

" Deuxième branche

La requérante soulignait ensuite, en la deuxième branche de son second moyen d'annulation, que «la partie adverse a(vait) clairement contrevenu à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui impose, de manière impérative, que soit laissé aux soumissionnaires un délai de réponse minimal de 12 jours de calendrier, indispensable à la présentation de justifications cohérentes et étayées».

C'est évidemment à bon droit que le rapport de l'Auditorat constate que «Le fait de n'avoir pas laissé à la partie requérante un délai au moins raisonnable, permettant à

celui-ci de prendre contact avec les sous-traitants lui ayant remis prix afin d'étoffer la justification des prix pour les postes en sous-traitance, présente un rapport direct avec le premier des deux motifs déterminant son éviction», soit la «justification des prix (anormalement hauts et bas) jugés non-conforme avec l'esprit de l'A.R. du 29/01/96, art. 110 § 3».

Ce défaut de respect d'un délai minimal, considéré par la doctrine, ainsi que le relève également le rapport de l'Auditorat, comme une exigence de forme substantielle, surprend d'autant plus au regard de la chronologie des demandes de justifications émises au nom de la Ville de Charleroi par son auteur de projet, la société anonyme TPF Engineering :

- la demande de justification de prix unitaires adressée à la société momentanée Druez-Duchêne le fut en date du 10 octobre 2008, sans que la date de réponse du futur adjudicataire puisse être déterminée à la lecture du dossier administratif;

- la demande de justification de prix unitaires adressée à la société momentanée Franki - Visser & Smit Hanab le fut par lettre recommandée du 7 novembre 2008, ce soumissionnaire ayant bénéficié d'un délai de réaction normal, puisque sa réponse fut datée du 18 novembre 2008;

- par contre, les demandes de justifications de prix unitaires ne furent adressées à la requérante, ainsi qu'à la société anonyme Lixon que les 2 et 3 décembre 2008 seulement.

Il convient encore de noter que le délai dérisoire de réponse imposé par la lettre adressée le 2 décembre 2008 à la société anonyme ACH Construct ne se justifiait nullement par l'urgence invoquée, dès l'instant où il avait été procédé à l'ouverture des offres plus de deux mois auparavant, tandis que l'article 1.16 du Cahier spécial des Charges avait porté à 240 jours de calendrier le délai d'engagement des soumissionnaires, venant donc à expiration le 23 mai 2009 seulement.

En ce qui concerne d'autre part le second motif d'éviction retenu par le pouvoir adjudicateur, soit la «Modification d'un prix après ouverture des soumissions (voir chapitre 5.3.3.)», il convient uniquement d'ajouter que dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, impliquant la prise en considération de multiples critères d'attribution détaillés par le Cahier spécial des Charges (le critère du prix ne venant, en l'occurrence, qu'en deuxième position...), la précision, au sens de l'article 115, avant-dernier alinéa, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, apportée par la requérante à propos du poste 7.1.6.2. de sa soumission n'autorisait nullement la Ville de Charleroi à considérer celle-ci comme irrégulière, et ce d'autant plus :

- que l'erreur commise et reconnue (prise en compte exclusive dans l'offre du coût de la main d'oeuvre, et oubli du coût de la fourniture, nécessairement prépondérant pour la mise en œuvre d'un groupe électrogène) ne pouvait en aucune hypothèse avoir une vocation spéculative, puisque ce poste du métré portait sur la mise en oeuvre d'une pièce unique;

- surtout, qu'il est apparu, à l'occasion de l'examen de pièces nouvelles produites par la Ville de Charleroi dans le cadre d'une procédure parallèle menée devant les juridictions civiles, que l'adjudicataire, la société momentanée Druez — Duchène, avait commis exactement la même erreur.

La société momentanée adjudicataire expose en effet, dans le cadre des justifications qu'elle avait été invitée à fournir, sous l'intitulé «7.6.1.2 Fourniture, pose et raccordement du GES3», poste pour lequel elle avait offert un prix de 2.077,99 € que :

«Le prix de ce poste a été établi sur base de l'offre de notre sous-traitant.
Interrogé par nos soins, celui-ci constate avoir omis d'intégrer dans le prix le coût de la fourniture de la pompe (37.760,4 € HTVA, hors coefficient sur sous-traitant et hors coefficient d'entreprise).
Toutefois, nous attirons votre attention sur le pourcentage infime d'environ 0,6 % que ce poste représente par rapport à la valeur totale du marché.
Ce poste ne déséquilibre donc pas l'économie du marché.
Pour autant que de besoin, nous vous confirmons donc notre engagement et réaffirmons en outre que le GES3 prévu est conforme aux spécifications du CSC».

Il apparaît dès lors hautement probable que, lors de l'élaboration de leurs soumissions respectives, la requérante et l'adjudicataire, la société momentanée Druez — Duchêne, ont consulté le même sous-traitant potentiel, dont les offres furent affectées d'une omission identique.

Il est par contre malaisément compréhensible, dans un tel contexte, que le pouvoir adjudicateur n'ait formulé aucune réserve relative à la régularité de la soumission de la société momentanée adjudicataire, tout en considérant qu'une même erreur, dont l'incidence minime n'apparaît pas raisonnablement contestable, justifiait l'écartement de l'offre de la requérante.

Troisième branche

La requérante faisait enfin grief au pouvoir adjudicateur, à l'occasion de la troisième branche de son second moyen d'annulation, de ne pas avoir procédé, dans le cadre de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, à un examen sérieux et objectif des justifications qui lui étaient proposées.

Le rapport de l'Auditorat confirme qu'à l'occasion de son examen des justifications, le Bureau d'études choisi par la partie adverse s'est limité à formuler des considérations générales, et relève que, dans une espèce analogue, Votre Conseil d'Etat, par un arrêt récent, n'a pas admis qu'un auteur de projet fasse usage de considérations générales pour accepter les justifications communiquées par l'attributaire, une telle motivation ne rendant possible aucun contrôle juridictionnel effectif, en ces termes :

«Sans qu'il soit question pour le Conseil d'Etat, au titre de l'examen des moyens, de substituer son appréciation à celle qu'a portée la partie adverse (...) 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 justifications 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 (...)» (Cons. d'Etat, VI$^{ème}$ ch., 6 mars 2012, arrêt 218.323, en cause S.A. Eurovia/commune de Wanze).

Enfin, au titre du devoir de minutie, le rapport de Monsieur le Premier Auditeur

s’étonne de ce que :

«(...) des postes tels que: 6.b, 11.b, 11.h, 27.b. 1 à 11, 27.c, 27.e, 27.h, ou 31.a, 31.f, pour lesquels l’auteur de projet a jugé nécessaire de demander des justifications aux quatre soumissionnaires, n'ont donné lieu à aucune comparaison des prix unitaires ainsi justifiés, mais seulement à des observations tout à fait générales semblant démentir l’utilité de la demande initiale».

Cet étonnement apparaît particulièrement légitime, lorsque l’on relève, en passant en revue les postes cités, que :

- pour l’article 6.b «Enlèvement de la végétation», la requérante avait offert un prix unitaire de 7,50 €/m² et la société momentanée adjudicataire un prix unitaire de l,27 €/m²; c’est le prix unitaire proposé par la société anonyme Sintra Construct qui fut jugé anormalement bas;

- pour l’article 11.b «Réparation en recherche des bétons», la requérante offrait un prix unitaire de 84 €/m² et l’adjudicataire un prix unitaire voisin de 99 €/m², le prix unitaire de la société anonyme Sintra Construct fit jugé anormalement bas, et le prix unitaire de la société momentanée Druez — Duchène justifié;

- pour l’article 11.h «Joint souple de dilatation résistant à l’eau de piscine», la requérante offrait un prix unitaire de 84 €/mct et l’adjudicataire un prix unitaire de 3l,81 €/mct; c’est le prix unitaire de la société anonyme Sintra Construct, presque trois fois plus élevé, qui fut seul jugé anormalement bas;

- pour l’article 27.c «Peinture intérieure, spéciale piscine, sur supports béton déjà peints avec tags», la société anonyme Sintra Construct offrait un prix unitaire de 18 €/m², et la société momentanée Druez — Duchène un prix unitaire sensiblement inférieur de 13,29 €/m², les mêmes prix et la même différence étant constatés pour le poste 27f «Peinture sur poutres sur plafond au-dessus de la piscine»;

- pour l’article 27.e «Sur plafonds style crépi, y compris poutres, dans les vestiaires et sanitaires», le prix unitaire de la société anonyme Sintra Construct était fixé à 16,20 €/m², alors que celui de la société momentanée adjudicataire, jugé lui correct, ne s’élevait qu’à 11,07 €/m²

- enfin, à l’article 27.h «Plafonds métalliques de la piscine, uniquement un nettoyage à l’eau ammoniaquée», la requérante offrait un prix unitaire de 8,52 €/m², tandis que le prix unitaire proposé par l’adjudicataire n’atteignait que la moitié de cette valeur, soit 4,65 €/m².

Sur les bases qui précèdent, l’Auditorat conclut donc que la deuxième branche et la troisième branche du moyen paraissent tout à fait fondées.

La requérante se réfère à ces conclusions, et sollicite en conséquence la poursuite de la procédure.".

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir que :

" Le moyen manque en fait et en droit.

L’article 110 de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que :

Art. 110.

§ 1er. L'attribution du marché s'opère sur la base du ou des critères d'attribution, après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats non exclus, effectuée par le pouvoir adjudicateur conformément aux règles de sélection qualitative.

§ 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 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.

§ 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 1er 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.

§ 5. Si l'offre est écartée en vertu des §§ 3 ou 4 en cas de marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur informe la Commission d'agréation des entrepreneurs, dans les quinze jours de la conclusion du marché. Il communique en outre à celle-ci les noms des soumissionnaires n'ayant pas fourni les justifications nécessaires dans le délai imparti.
Lorsque le montant estimé du marché atteint celui prévu pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur qui, en vertu du § 3, a rejeté une offre

anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique qui n'a pas été octroyée légalement en informe la commission européenne.
[…]

L'article 110 repris in extenso ci-dessus ne peut recevoir l'interprétation défendue par la partie requérante dans les trois branches de son deuxième moyen.

La jurisprudence de votre conseil, des tribunaux judiciaires et la doctrine unanime considère d'une part, que l'anormalité est une cause de nullité relative et non absolue de l'offre des soumissionnaires (M.A. Flamme et autres, Commentaire Pratique, 1996-1997, TIA, spéc. page 964-965), d'autre part, que l'article 110 impose avant d'écarter une offre en raison du caractère anormalement bas ou élevé des prix unitaires ou globaux, que le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications dans un délai de 12 jours calendrier en principe, et enfin, le Conseil d'Etat respecte le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur et n'exerce qu'un contrôle marginal (op.cit., spéc. page 1004).

Le contrôle de la normalité des prix par le pouvoir adjudicateur vise à «écarter les prix fantaisistes qui, en fait fausseraient le jeu normal de la concurrence» ou «pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de réaliser des spéculations abusives» (rapport au Roi de 1964, cité dans le Commentaire pratique, op.cit., spéc. page 965).

L'article 110, § 4 qui impose le contrôle des prix en adjudication en cas d'écart supérieur à une moyenne précisée dans la disposition ne peut être invoqué dans le cas d'espèce puisque la procédure choisie est un appel d'offres.

Dans son appréciation, 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».

Il convient de constater que le pouvoir adjudicateur a parfaitement respecté les dispositions de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Dans le cadre de la comparaison des offres, une demande de justification des prix jugés anormaux après une première analyse a été adressée aux quatre sociétés soumissionnaires.

La demande de justification précisait les postes qui apparaissaient comme anormalement bas ou anormalement élevés, en insistant sur le fait «qu'une simple confirmation de prix ou une vague justification ne suffit pas et que seules peuvent être prises en considération des justifications fondées sur des critères objectifs tels que ceux tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques choisies ou aux conditions dont ils disposent pour exécuter le marché» (conformément à l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996) (page 20/128 du rapport de comparaison des offres).

Le rapport de comparaison des offres recopie l'ensemble des questions qui ont été adressées aux entreprises et leurs réponses (à partir de la page 20/128 du rapport de comparaison des offres + les annexes à partir de la page 49/128, singulièrement à partir de la page 93/128, pour la réponse de la société momentanée FRANKI ET VISSER & SMIT HANAB).

Les auteurs du rapport de comparaison des offres analysent ensuite ces réponses pour conclure en ce qui concerne la société momentanée FRANKI ET VISSER & SMIT HANAB que (page 26/128 du rapport de comparaison des offres) :

> «Nous considérons que la justification de ces prix n'est pas recevable et non-conforme avec l'esprit de l'AR du 26/01/1996 (lire l'arrêté royal du 8 janvier 1996), article 110, § 3, et, par ailleurs, rappelé dans le courrier qui a été envoyé aux quatre entreprises.
>
> Cette entreprise est donc éliminée pour le motif».

Les auteurs de comparaison des offres ont porté le même jugement sur les justifications apportées par la société SINTRA, qui a été écartée pour le même motif (page 28/128 du rapport de comparaison des offres), et en raison de la circonstance qu'elle avait modifié un prix après l'ouverture des offres (page 44/128 du rapport de comparaison des offres).

Le rapport de comparaison des offres indique clairement que :

«5.3.3. Justification des prix

1. L'entrepreneur (SINTRA CONSTRUCT), justifie les prix jugés anormalement bas ou anormalement hauts et déclare les maintenir en l'état Il s'agit du prix des travaux qui seraient exécutés par l'entreprise elle-même.

La justification de ces prix tient compte :

• du temps mis pour l'exécution de ce travail,
• de la fourniture du matériel nécessaire à l'exécution de ce travail,
• Des frais généraux + le bénéfice.

2. L'entrepreneur (SINTRA CONSTRUCT), déclare maintenir en l'état les prix remis par un sous-traitant sans plus d'explication.

3. En ce qui concerne le poste 7.6.1.2. l'entrepreneur déclare avoir oublié le cout de la fourniture et rajoute un montant de 34.617 € au montant de ce poste.

Nous considérons que la justification de ces prix n'est pas recevable et non-conforme avec l'esprit de l'A.R. du 26/01/1996, article 110 § 3 et, par ailleurs, rappelé dans le courrier qui a été envoyé aux quatre entreprises.

Cette entreprise est donc éliminée pour ce motif, et également pour la modification de son offre dans le poste 7.6.1.2.»

La décision d'attribution indique clairement que :

«Attendu que l'offre de Sintra doit également être déclarée irrégulière aux motifs que :

- pour les postes 21.a5, 27.b.1 à 11/c/d/e/f/g2/b, 30.m, 31a/f/h, 35.b de 1 à 7, 39a, 40d, 1.1.5.10.5.1.3, 7.a/d/n/p/r2/s plancher/u, 11.a, 21.al/a4/b5/cl/c4/f1/f4, 24.c, 30.i.3/i4/i5, 30.0, 31.e, 1.3.1.4.1, l'entrepreneur déclare maintenir les prix du sous-traitant sans les justifier;
- pour le poste 7.6.1.2., l'entrepreneur déclare avoir oublié le coût de la fourniture et demande la correction du prix;».

Partant, dans l'hypothèse où une entreprise ne justifie pas les prix suite à une invitation à elle adressée en vertu de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier et en

outre, modifie postérieurement à l'ouverture des offres un prix de sa soumission, le pouvoir adjudicateur pouvait ou devait légalement déclarer son offre irrégulière.

Quant à la date du rapport (le 5 décembre), il s'agit d'une erreur matérielle comme l'atteste la déclaration sur l'honneur des auteurs de ce document.

Enfin, si le délai de 12 jours calendrier n'a pas été tout à fait respecté par la partie adverse, il convient de noter que la partie requérante, lorsqu'elle a reçu le courrier de demande de justification de prix, n'a pas jugé bon de demander à la partie adverse plus de temps pour y répondre. Il est dès lors hautement spéculatif de conclure que la réponse eut été différente si la partie requérante avait eu plus de temps pour répondre.

Partant, le second moyen doit être déclaré non fondé car manquant en fait et en droit.".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Deuxième branche

L'article 110, § 3, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit que : "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.".

En l'espèce, la partie adverse n'a pas respecté le délai de douze jours, prescrit par l'article 110, § 3, alinéa 1er, précité. La demande, qui fut transmise par lettre recommandée, datée du 2 décembre et reçue le 5 décembre 2008, fixait comme délai pour fournir les justifications le 5 décembre 2008. La requérante a fait parvenir ses justifications par pli recommandé daté du 5 décembre 2008.

La partie adverse n'a donc pas accordé à la requérante le délai nécessaire pour justifier valablement ses prix. Elle n'a donc pu déclarer légalement son offre irrégulière.

La deuxième branche du moyen est fondée.

B. Troisième branche

Comme le soutient la partie requérante, l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, oblige le pouvoir adjudicateur qui a décidé d'interroger les soumissionnaires concernant le caractère apparemment anormal de certains prix

unitaires, à procéder à un examen sérieux et objectif des justifications qui lui sont proposées, les causes de justification admissibles des prix anormalement bas étant d'ailleurs définies à l'article 110, § 3, précité.

En l'espèce, la justification admise par l'auteur de projet pour l'adjudicataire, la société momentanée DRUEZ-DUCHENE, est une simple décomposition de chaque prix unitaire à justifier, sans rapport avec les justifications définies par l'article 110, § 3, alinéa 3 :

" 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. ".

La troisième branche du moyen est fondée.

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

**Article 1er.**

Sont annulées les décisions du collège communal de la ville de Charleroi du 23 décembre 2008 d'approuver les conclusions du rapport d'analyse des offres rédigé par T.P.F. Engineering et d'attribuer le marché de travaux de réhabilitation de la piscine Hélios à Charleroi pour le montant rectifié de 6.156.298,57 euros H.T.V.A., soit 7.449.121,27 euros T.V.A.C. à la société momentanée DRUEZ-DUCHENE.

**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 quinze mai deux mille treize par :

| | | |
|---|---|---|
| MM. | Paul LEWALLE, | Conseiller d'Etat, Président f.f., |
| | Yves HOUYET, | Conseiller d'Etat, |
| | David DE ROY, | Conseiller d'Etat, |
| | Vincent DURIEUX, | Greffier. |

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. Paul LEWALLE.