CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 90.449 du 25 octobre 2000

A.81.174/VI-14.847

En cause : **1. la S.A. Maurice DELENS,**
2. la S.A. Entreprises générales Louis DUCHENE,
ayant élu domicile chez
Mes DELVAUX et HENRY, avocats,
place des Nations-Unies, 7,
4020 Liège,

contre :

la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures (SOFICO),
rue du Canal de l'Ourthe, 9 b3,
4031 Angleur.

Partie intervenante :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 novembre 1998 par la S.A. Entreprises Maurice DELENS et la S.A. Entreprises Générales Louis DUCHENE qui demandent l'annulation de "la décision prise le 30 juin 1998 par la Société Wallonne de Financement Complémentaire des Infrastructures, en abrégé SOFICO, d'attribuer à l'A.M. GALERE-DE WAELE le marché de travaux de construction du pont-cadre du Pavé du Roeulx et d'un quai public relevant de la modernisation du canal du Centre, travaux régis par le cahier spécial des charges n° 221-97-D.88 suite à la procédure d'adjudication publique du 11 juin 1998";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 13 mars 2000 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 5 septembre 2000, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 11 octobre 2000;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Mes DELVAUX et VLASSEMBROECK, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me VAGMAN, avocat, comparaissant pour la partie adverse et la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

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

1. Par décret du 10 mars 1994, la partie intervenante a créé la SOFICO, personne morale de droit public dotée de la personnalité juridique, et l'a chargée du financement et de la réalisation de diverses infrastructures autoroutières ainsi que de leur gestion et de leur exploitation. L'article 6 du décret précité permet au

Gouvernement de la partie intervenante de faire bénéficier la partie adverse de l'assistance technique de ses services. Le champ d'action de la partie adverse a ensuite été étendu aux travaux du canal du Centre.

2. Le 31 janvier 1997, le conseil d'administration de la partie adverse décide de recourir à la procédure d'adjudication publique afin d'attribuer le marché de travaux relatifs à la réalisation du pont-cadre du Pavé du Roeulx et d'un quai public.

3. Le cahier spécial des charges (lequel précise qu'il s'agit d'un marché mixte à bordereau de prix et à prix global, portant sur des travaux et attribué selon le procédé de l'adjudication publique) et divers avis de marché sont ensuite émis.

4. Le 11 juin 1998, les services techniques de la partie intervenante recueillent quatorze offres dont les deux plus basses sont celle de la partie requérante pour un montant TVAC de 172.812.038 BEF et celle de l'association momentanée GALERE-DEWAELE pour un montant de 152.377.392 BEF.

5. Le 15 juin 1998, les services de la partie intervenante (direction générale des voies hydrauliques de Mons - D221) établissent un tableau comparatif des montants mentionnés dans les offres recueillies. Ce tableau indique que les prix proposés par les soumissionnaires pour dix-neuf postes de l'offre présentent des différences susceptibles d'indiquer un caractère apparemment anormal.

6. Le 22 juin 1998, la direction des voies hydrauliques de Mons demande à l'association momentanée GALERE-DEWAELE de justifier ses prix unitaires pour quinze postes.

7. Le 24 juin 1998, l'inspecteur général des ponts et chaussées expose à la direction des voies hydrauliques de Mons que, pour les postes principaux de l'adjudication ayant pu être examinés sur la base des données statistiques du bureau des prix (74,46% du total de l'offre la plus basse), il constate par rapport à son estimation rectifiée établie à 128.794.317 BEF, une surévaluation globale de 8,60%, que l'offre de l'association momentanée GALERE-DEWAELE se situe à 3,33% sous cette estimation et ne s'écarte que de 2,22% de son estimation rectifiée généralisée, que, dans l'offre précitée, les deux postes à prix anormalement élevés sont d'une très faible importance (0,97%), qu'en fonction de ces critères, la conjonction des deux paramètres l'amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable et les postes à prix suspect comme n'étant pas de nature à mettre l'économie du marché en péril, que cette offre pourrait être acceptée sans qu'une demande de justification soit nécessaire en sorte que les justifications demandées doivent être considérées comme inutiles et non-avenues, que, même si le montant global de l'offre la plus basse est inférieur de plus de 15% à la moyenne des soumissions, il ne lui paraît pas utile, en citant le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de demander à l'entrepreneur la justification du montant global de l'offre car il dispose d'éléments lui permettant d'établir une justification du prix comme étant normal, éléments tenant à l'examen de 74.46% de l'offre dont il ressort que les prix remis sont en réalité conformes à la normale et non pas bas comme le laisse supposer l'application à la lettre de l'arrêté royal précité et conclut que l'administration dispose de tous les éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre de l'association momentanée GALERE-DEWAELE n'est pas anormalement bas en sorte que l'offre pourrait être acceptée directement.

8. Le 26 juin 1998, la direction générale des voies hydrauliques de la partie intervenante indique à la partie adverse qu'elle a retenu toutes les sociétés soumissionnaires sur la base de la sélection qualitative, que l'association momentanée GALERE-DEWAELE a remis l'offre régulière la plus basse, que ses prix peuvent être considérés comme normaux, propose d'approuver cette offre et joint un rapport d'adjudication dont il appert que l'offre la plus basse n'est inférieure que de 10,4% par rapport à l'estimation administrative mais de 18% par rapport à la moyenne pondérée des offres déposées tout en soulignant que le bureau des prix ne considère aucun prix comme anormal.

9. Le 30 juin 1998, le conseil d'administration de la partie adverse attribue le marché à l'association momentanée GALERE-DEWAELE. Cette décision est rédigée comme suit :

" Vu la directive 93/37/Conseil d'Etat du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, notamment les articles 1er, 7, 11, 17, 18 à 30;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment les articles 14 et 15;

Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment les articles 16 à 20 et 110 à 113;

Vu la délibération du Conseil d'Administration du 31 janvier 1997 (point nº 4) approuvant le recours à la procédure d'adjudication publique avec l'avis de marché à insérer au JOCE et selon le prescrit de la directive 93/37 Conseil d'Etat, pour le marché relatif à la réalisation du pont-cadre du pavé du Roeulx et d'un quai public;

Vu l'avis de pré-information publié au Supplément nº S154 du JOCE du 9 août 1997 (avis nº 97/S154-99321);

Vu l'avis de marché publié au supplément S87 du 6 mai 1998 (avis nº S87-55286/FR);

Vu l'avis rectificatif nº 1 publié au supplément S91 du JOCE du 12 mai 1998 (avis nº 98/S91-59178/FR);

Vu le rapport de la Direction des Voies hydrauliques de Mons transmis par la DG2 le 26 juin 1998;

Considérant que l'ouverture des soumissions, selon les données extraites du procès-verbal, a donné les résultats suivants :

(...)

Considérant les critères de sélection qualitative visés au point nº11 de l'avis de marché précité et repris au titre 1 chapitre 2 de la première partie du cahier spécial des charges nº 221197/D88 régissant le marché dont objet;

Considérant qu'après examen des critères précités, toutes les données reçues ont été intégrées dans le tableau récapitulatif figurant en annexe et faisant partie intégrante de la présente décision;

Qu'il appert en conclusion de cette analyse que toutes les sociétés ou associations momentanées susmentionnées sont sélectionnées;

Considérant que le classement des offres sélectionnées donne, dans l'ordre arithmétique le résultat suivant :

1. A.M. GALERE-DEWAELE
2. A.M. DELENS-DUCHENE

Considérant que l'A.M. GALERE-DEWAELE a remis l'offre la plus basse pour un montant de 152.377.902 francs TVAC, soit 125.932.150 francs HTVA;

Que si le montant global de l'offre A.M. GALERE-DEWAELE est inférieur de plus de 15% à la moyenne des soumissions dont le calcul est prévu à l'article 110 § 4 de l'A.R. du 08.01.1996, il est apparu toutefois inutile de demander à l'entrepreneur la justification du montant global de l'offre;

Qu'en l'espèce, en effet, le Bureau des Prix a examiné 74,46% du total de l'offre la plus basse;

Que les statistiques montrent que les prix remis sont en réalité conformes à la normale et non pas bas;

Qu'en résumé, l'Administration a tous les éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre A.M. GALERE-DEWAELE n'est pas anormalement bas;

Considérant que cette offre est régulière et que tous ses prix unitaires peuvent être considérés comme normaux.

Pour ces motifs,

Le Conseil d'Administration, après en avoir délibéré, décide, à l'unanimité d'attribuer le marché précité à l'A.M. GALERE-DEWAELE pour un montant de 125.932.150 BEF HTVA et d'engager cette même somme à charge de l'article t 2 Conseil communal 020201 010500.

Il charge le Président et l'Administrateur délégué de prendre les mesures requises en exécution de la présente décision".

Il s'agit de l'acte attaqué.

10. Le 2 juillet 1998, l'association momentanée GALERE-DEWAELE répond à la demande de justification des prix du 22 juin 1998. L'administration, à une date inconnue, conclut que ces prix sont bas mais ne remettent pas en cause l'équilibre du marché et que le montant de l'offre n'est pas anormalement bas.

11. Le 6 juillet 1998, la décision d'attribution est notifiée à l'association momentanée GALERE-DEWAELE et la partie requérante est informée que son offre n'a pas été retenue.

12. Le 18 septembre 1998, la partie requérante demande une copie de la décision d'attribution qu'elle obtient le 25 septembre 1998.

Considérant que les requérantes prennent un premier moyen "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, de l'article 110 de l'arrêté royal n° 1 du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, du principe général de bonne administration et en particulier du devoir de minutie dans l'appréciation par le pouvoir adjudicateur de la réalité des faits et dans l'examen de la portée et de la validité des offres reçues, spécialement quant à leur conformité par rapport aux prescriptions du cahier spécial des

charges, du principe d'égalité entre soumissionnaires, ainsi que de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat notamment pour violation des formes et excès de pouvoir"; que, dans une première branche, elles reprochent à la partie adverse de n'avoir pas procédé à une vérification approfondie de l'offre quant à son montant global et ses prix unitaires, et de n'avoir pas justifié sa décision par des motifs pertinents et adéquats; que, dans une deuxième branche, elles soutiennent qu'un contrôle par simple référence à des données statistiques n'était pas en l'espèce adéquat, dès lors que les travaux, objet du marché litigieux, se caractérisaient par diverses particularités tenant à la nature du sol, à la profondeur de l'ouvrage à réaliser, et à leur très court délai d'exécution; que, dans une troisième branche, elles reprochent à la partie adverse de n'avoir pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière circonstanciée et d'avoir procédé par pure affirmation sans vérifier la conformité de l'offre au cahier spécial des charges; que, dans une quatrième branche, elles soutiennent que la partie adverse aurait "dû détecter les postes «faisant la différence» et, en conséquence, s'interroger sur le caractère normal ou non des prix de ces postes et, en particulier, dans ce cadre, sur la possibilité pour ces prix de permettre une exécution conforme et ce, dans le respect non seulement du principe d'égalité entre soumissionnaires, mais aussi de l'objet même des travaux à réaliser"; que, dans leur mémoire en réplique, elles ajoutent que la partie adverse "devait également, si elle arrivait à la conclusion que les prix étaient apparemment anormaux, interroger l'A.M. GALERE-DE WAELE sur la justification de ceux-ci et, une fois les justifications reçues, indiquer les raisons pour lesquelles elle les considérait en fin de compte comme étant normaux"; qu'elles y ajoutent encore, à titre subsidiaire, que, dans l'hypothèse où le Conseil viendrait à considérer que la SOFICO ne devait pas attendre la justification de certains prix pourtant demandée, elles sollicitent la désignation d'un expert ayant pour

mission "de donner un avis circonstancié et motivé sur le point de savoir si les références statistiques étaient, en l'espèce, raisonnablement pertinentes, compte tenu de la nature du marché, de son objet et de ses contraintes particulières";

Considérant, sur les quatre branches réunies qui élèvent en fait un grief identique exprimé sous différents points de vue, qu'il est constant qu'en l'espèce le montant global de l'offre de l'A.M. GALERE-DE WAELE était inférieur de plus de 15% à la moyenne visée par l'article 110, § 4, 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; que cette même disposition, telle qu'applicable au moment où l'acte attaqué a été adopté, exigeait de la partie adverse "la vérification de l'éventuelle anormalité de ce montant", et non d'emblée, comme le soutiennent les requérantes, une invitation adressée au soumissionnaire concerné à fournir les justifications éventuelles, une telle invitation n'étant requise du pouvoir adjudicateur qu'avant d'écarter éventuellement une telle offre;

Considérant que la partie adverse a procédé à cette vérification de l'éventuelle anormalité du montant de l'offre de l'A.M. GALERE-DE WAELE en soumettant celle-ci au bureau des prix;

Considérant que les requérantes ne critiquent la vérification ainsi opérée, qu'en tant qu'elle procéda par la méthode statistique; que, selon elles, cette méthode ne permettait pas une vérification approfondie (première branche); qu'elle était inadéquate compte tenu des particularité des travaux à réaliser (deuxième branche); qu'elle ne permettait pas de vérifier si un prix inférieur de plus de 15% permettrait néanmoins une exécution des travaux conforme aux stipulations du cahier spécial des charges (troisième branche); qu'enfin, elle ne permettait

pas un examen sérieux des prix unitaires, notamment quant aux postes "faisant la différence";

Considérant qu'il ne paraît pas inadéquat de vérifier la "normalité" d'un prix par la "méthode statistique"; qu'au demeurant, les requérantes n'établissent pas en quoi la méthode usitée aurait été inadéquate et n'aurait pas permis une vérification approfondie; qu'elles font valoir certaines particularités négatives des travaux à réaliser, sans soutenir pour autant que ceux-ci ne présentaient que des particularités négatives; qu'elles n'établissent en tous cas pas concrètement, ni quant au montant global de l'offre, ni quant au prix d'un poste particulier, que la vérification opérée in casu par la méthode statistique aurait été manifestement erronée; qu'elles se bornent à de simples allégations; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux premières branches;

Considérant, sur la troisième branche, que la critique, à nouveau abstraite, se fonde sur l'hypothèse avérée d'un prix anormal de plus de 15%; que les requérantes s'abstiennent de démontrer concrètement que, ne serait-ce qu'à propos d'un poste des travaux, le prix remis par l'adjudicataire ne permettait pas une exécution conforme aux exigences du cahier spécial des charges; que, par ailleurs et surtout, les requérantes perdent de vue que la partie adverse disposait de divers éléments lui permettant de tenir les prix de l'offre GALERE-DE WAELE pour normaux: d'une part, ses références statistiques et, d'autre part, la rectification d'une surévaluation des prix de 8,6%, rectification qui montrait que les prix de l'offre GALERE-DE WAELE se situaient 2,22% sous l'évaluation générale rectifiée; que c'est la conjonction de ces divers éléments qui permit de considérer que l'offre la plus basse était globalement acceptable, que ses prix étaient conformes à la réalité et que, dès lors, la question d'une exécution conforme aux exigences du cahier

spécial des charges ne se posait pas; que cette troisième branche du moyen n'est pas fondée;

Considérant, sur la quatrième branche, que les requérantes, à nouveau par une critique purement abstraite, allèguent que des postes "faisant la différence" auraient dû amener la partie adverse à s'interroger sur le caractère normal ou non du prix desdits postes; que, dès lors qu'elles s'abstiennent d'indiquer quels sont ces postes "faisant la différence", et quels éléments leur permettent de conclure au caractère anormal de leur prix, cette branche du moyen ne peut être dite fondée;

Considérant, quant à la demande de désignation d'un expert, qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation, fût-elle éclairée par l'avis d'un expert, à celle de l'autorité compétente; que cette demande ne saurait être accueillie;

Considérant que les requérantes prennent un deuxième moyen "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 25 de l'arrêté royal nº 1 du 8 janvier 1996, et des articles 1 et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; que, selon elles, "le caractère non anormalement bas du montant de l'offre et normal des prix unitaires ne se fonde pas sur une démonstration concrète et adaptée in specie, laquelle s'imposait en particulier en l'espèce compte tenu de l'importance de l'écart par rapport au deuxième classé, par rapport à la moyenne des prix remis et, par ailleurs, compte tenu de la nature des travaux à réaliser et de leurs contraintes";

Considérant que ce moyen critique essentiellement la motivation de l'acte attaqué; que celui-ci précise notamment que "les statistiques montrent que les prix remis sont en réalité conformes à la normale et non pas bas"; que cette motivation, confortée par les pièces du

dossier administratif, constitue une motivation adéquate conforme au voeu de la loi; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que les requérantes, dans leur mémoire en réplique, prennent un troisième moyen nouveau "de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 25 de l'arrêté royal nº 1 du 8 janvier 1996, et des articles 1 et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; qu'elles reprochent à la décision attaquée de ne pas mentionner les motifs pour lesquels la partie adverse n'a pas attendu, avant de prendre sa décision, que l'A.M. GALERE-DE WAELE réponde à la demande de justification de prix unitaires qu'elle lui avait adressée en application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

Considérant que le moyen, dont les requérantes n'ont pu percevoir l'éventuelle pertinence qu'à la lecture du dossier administratif, est recevable;

Considérant que la motivation requise par la loi ne vise que les éléments de fait et de droit qui ont déterminé la décision;

Considérant qu'en énonçant que "le Bureau des prix a examiné 74,46 % du total de l'offre la plus basse", que "les statistiques montrent que les prix remis sont en réalité conformes à la normale et non pas bas", et que "en résumé, l'Administration a tous les éléments probants ...", l'acte attaqué motive à suffisance qu'"il est apparu inutile de demander à l'entrepreneur la justification du montant global de l'offre", et donc d'attendre la justification pourtant demandée; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 19.000 francs, sont mis à charge des requérantes à concurrence de 7.000 francs chacune et à charge de la partie intervenante à concurrence de 5.000 francs.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt-cinq octobre deux mille par :

MM.	CLOSSET,	président de chambre,
	HANSE,	conseiller d'Etat,
	LEWALLE,	conseiller d'Etat,
	HARMEL,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

P. HARMEL. Ch.-L. CLOSSET.