

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.238 du 30 octobre 2012

G./A.206.552/VI-19.720

En cause : **1. la société anonyme GALERE,
2. la société anonyme BETONAC,**

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

1. la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

2. le Port autonome de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 octobre 2012, la société anonyme GALERE et la société anonyme BETONAC sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision signée le 19 juillet 2012 par le Port autonome de Liège et le 28 août 2012 par la Région Wallonne, représentée par son Ministre des Travaux publics, de l'Agriculture, de la Ruralité, de la Nature, de la Forêt et du Patrimoine, par laquelle le Port autonome de Liège et la Région Wallonne attribuent à la SM ELOY-ERAERTS-KUMPEN le marché relatif à la réalisation d'une plate-forme multimodale en rive droite du Canal Albert, régi par le cahier spécial des charges n° MT-02.06.01 – 12B15."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 octobre 2012 à 11 heures.

Les parties adverses ont fait parvenir chacune une note d'observations et leur dossier administratif.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes André DELVAUX, Renaud SIMAR et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Olivier DI GIACOMO, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, Me Nathalie FORTEMPS, avocat, comparaissant pour la deuxième partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, 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

Le marché litigieux s'inscrit dans un projet appelé "Liège Trilogiport" et qui constituera un "village logistique au cœur de l'Europe".

Plus précisément, le présent marché consiste dans des travaux d'aménagement primaire du site : terrassement, écoulement des eaux, fondations et revêtements, voirie, voie ferrée et travaux d'appropriation au port d'Hermalle, à la rue d'Argenteau ainsi que pour le Ravel local.

Le mode d'attribution et de passation du marché est celui de l'adjudication publique. Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 12 avril 2012 et au Journal officiel de l'Union européenne le 14 avril 2012.

Au total, il est estimé à 23,7 millions d'euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS

En extrême urgence, la question de la recevabilité fait l'objet d'un examen prima facie.

Il résulte des pièces communiquées par les parties requérantes et les justifications apportées par celles-ci à l'audience que le recours est prima facie recevable.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Parties requérantes

Les parties requérantes prennent un second 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, des articles 88, 89, 96 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, de l'article E.1.1 du cahier spécial des charges y relatif, du principe patere legem quam ipse fecisti, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles exposent ce qui suit :

" [...]

18. Le rapport d'analyse des offres indique, en page 4, quant au choix de la méthode d'analyse de la régularité des prix des offres des soumissionnaires :

«Les prix des terrassements des collecteurs de grand diamètre sont sensiblement plus bas que ceux des autres soumissionnaires. Par contre, le prix des collecteurs est lui plus élevé. Ces travaux devant être exécutés dans la nappe phréatique, le coût des rabattements de nappe est conséquent et pourrait avoir été valorisé par les soumissionnaires dans les postes de terrassement et/ou pose de collecteurs. Nous avons donc procédé à une analyse globale des postes d'écoulement des eaux. Les résultats sont les suivants :

	Estimation	Eloy	Galere	ABTech	Baguette
Terrassements	1.187.641	439.135	724.801	1.341.546	2.768.783
Collecteurs	2.667.905	3.006.505	2.400.454	2.865.569	2.678.652
Chambres de visite	322.150	627.107	605.856	841.552	863.918
TOTAL	4.177.696	4.072.747	3.731.111	5.048.667	6.311.353

Sur base de l'analyse globale, on constate que les prix ELOY-ERAERTS-KUMPEN sont de 12 % inférieurs à la moyenne pondérée et à 97 % de l'estimation».

Il ressort du début de cet extrait du rapport d'analyse et du tableau qu'il intègre que les parties adverses ont présumé que la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN s'est trompée de postes pour l'imputation du coût des travaux relatif à la nappe phréatique.

Les pouvoirs adjudicateurs ont donc choisi une méthode d'analyse de la régularité des prix retenant une répartition prétendument erronée faite par la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN du coût des travaux relatifs à la nappe phréatique au sein des postes du mètre.

En utilisant cette méthode d'analyse globale des postes terrassements, collecteurs et chambres de visite, au lieu d'une analyse poste par poste, les pouvoirs adjudicateurs ont gommé le caractère manifestement anormal des prix des postes terrassements et collecteurs proposés par la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN, favorisant ainsi cette dernière.

Par ailleurs, alors que les pouvoirs adjudicateurs identifient, dans le rapport d'analyse, plusieurs prix qui s'écartent très nettement des prix des autres soumissionnaires, concernant notamment les postes «terrassement des collecteurs» et «pose des collecteurs» mais aussi au poste «béton pour fond et berges du ruisseau», ils ont présumé que ces prix relevaient d'erreurs de la part de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN et ont décidé de ne pas lui demander de justifications.

Alors que

Première branche : violation de l'obligation de contrôle des prix en son principe et par le choix d'une méthode d'analyse de la régularité des prix masquant le caractère anormal de certains prix.

19. Selon la jurisprudence de votre Conseil, le caractère anormal des prix s'apprécie poste par poste (C.E. n° 214.047 du 22 juin 2011, MCP-OOO 3/2011 - p. 357).

En tout état de cause, à supposer que le contrôle des prix anormaux puisse reposer sur l'analyse de plusieurs postes à la fois, le choix d'une méthode plus globale doit reposer sur des motifs admissibles et respecter le principe d'égalité entre soumissionnaires.

20. En l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs sont partis de l'examen de l'offre de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN, et plus particulièrement de la façon dont ils ont présumé qu'elle avait réparti le coût des travaux concernant la nappe phréatique dans le poste de la pose des collecteurs, pour confectionner une méthode d'analyse «sur mesure» de la régularité des prix, et ont appliqué cette méthode favorisant l'adjudicataire par rapport à tous les autres soumissionnaires.

En procédant à cette analyse globale «sur mesure», les pouvoirs adjudicateurs ont tout simplement gommé l'anormalité des prix de l'adjudicataire.

En effet, en constatant l'écart important, comme ils le relèvent eux-mêmes dans le rapport d'analyse des offres, entre les prix de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN et les prix remis par les autres soumissionnaires pour les deux postes litigieux, ils auraient dû demander à cette dernière les justifications nécessaires.

En outre, les pouvoirs adjudicateurs adoptent le même raisonnement pour d'autres prix : ils identifient, dans le rapport d'analyse des offres, des prix relatifs au béton qui s'écartent très nettement des prix des autres soumissionnaires :

- Postes 146 et 147 de la partie à charge du SPW : ces postes concernent des bétons pour fond et berges de ruisseau. Les prix de 12,49 €/m³ et 19,8 €/m³ laissent penser que l'entreprise a confondu les m² et les m³. Il n'y a pas selon nous d'intention spéculative, et l'importance relative de ces postes ne nécessite pas d'interroger le soumissionnaire qui devra assumer ses prix.

Toutefois, au lieu de demander les justifications qui s'imposent dans le cadre du contrôle des prix anormaux, ils ont présumé que ces prix résultaient d'une erreur de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN, gommant de la sorte leur caractère sensiblement anormal.

Votre conseil a déjà jugé que lorsqu'une soumission comporte un prix unitaire qui s'écarte très fortement de la moyenne des autres prix remis, le pouvoir adjudicateur ne saurait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, décider de ne pas demander de justification pour ce poste (C.E., n° 155.095, 16 février 2006, n.v. Betonac).

En conséquence, en n'analysant pas le caractère anormal des prix poste par poste et en faisant le choix d'une méthode d'analyse globale favorisant un soumissionnaire en gommant le caractère anormal de ses prix, les parties adverses ont commis une erreur manifeste d'appréciation et ont violé les dispositions relatives au contrôle de la régularité des prix, ainsi que le principe de l'égalité entre soumissionnaires.

21. En outre, dès lors que la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN n'aurait pas été en mesure d'apporter les justifications admises par la réglementation sur les marchés publics et par la jurisprudence, les pouvoirs adjudicateurs devaient constater l'anormalité des prix de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN et écarter son offre.

Deuxième branche : violation de la règle de la valeur relative de chaque poste entraînant une violation de l'obligation de contrôle de l'offre.

22. Par ailleurs, comme exposé au point 16, il n'appartenait pas aux parties adverses de «présumer» que les coûts liés à l'ensemble des sujétions précitées étaient inclus dans les prix des postes terrassement des collecteurs de l'offre de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN.

Ce faisant, elles ont violé le prescrit de l'article 96, §4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, n'ont pas respecté l'offre telle qu'elle a été déposée et ont irrégulièrement contourné leur obligation, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 6° ch., n° 220.718, 24 septembre 2012, s.a. TWT/ONEM), dès lors qu'[elles] [avaient] constaté l'existence d'un prix anormal, d'écarter l'offre en cause après avoir interrogé le soumissionnaire, considérant sans doute qu'aucune justification n'était possible.

23. En conséquence, en s'attachant à contourner le constat de prix anormaux par la présomption que les sujétions liées à la présence d'une nappe aquifère étaient valorisée dans les prix de pose des collecteurs, les pouvoirs adjudicateurs [ont] également commis une erreur manifeste d'appréciation et ont violé les dispositions relatives au contrôle de la régularité des prix, ainsi que le principe de l'égalité entre soumissionnaires."

B. Première partie adverse

La première partie adverse répond comme suit, sur les deux branches réunies du second moyen :

- " 17. Il est de jurisprudence constante qu'en vertu de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de mettre en œuvre ou non la procédure de contrôle de prix unitaires apparemment anormaux. Ainsi que Votre Conseil l'a déjà souligné, ce pouvoir d'appréciation est «particulièrement étendu». Il va de soi que dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation, le Conseil d'Etat ne saurait substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

C'est encore en ce sens que le Conseil d'Etat s'est prononcé dans son arrêt n° 209.131 du 24 novembre 2010 (s.a. BETONAC) : «Het bestuur beschikt hierbij over een ruime discretionaire bevoegdheid, des te meer nu er geen wettelijke of reglementaire definitie voorhanden is van het begrip "abnormaal lage prijs". De Raad van State mag zijn oordeel over de invulling van dit begrip niet in de plaats stellen van dat van het aanbestedende bestuur maar dient zich te beperken tot een wettigheidscontrole».

Il a encore été considéré qu'«il n'apparaît pas que les dispositions précitées obligent le pouvoir adjudicateur à procéder à la vérification d'un prix. Ces mêmes dispositions ne déterminent aucun critère imposant de qualifier un prix de normal ou d'anormal» ou encore que «la législation et la réglementation applicables laissent au pouvoir adjudicateur un large pouvoir d'appréciation quant à la nécessité de vérifier, dans son propre intérêt, les prix offerts par un soumissionnaire».

Ce n'est que s'il considère qu'une offre contient des prix apparemment anormaux et qu'il veut écarter celle-ci pour ce motif, que le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire en cause à fournir les justifications nécessaires de ses prix.

En d'autres termes, si, après examen, le pouvoir adjudicateur considère les prix – *prima facie* considérés bas ou hauts – comme normaux, l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne trouve pas à s'appliquer.

18. En l'espèce, la première partie adverse a, dans un premier temps, détecté des prix, dans la soumission de la S.M. ELOY-ERAERTS-KUMPEN, plus bas et plus hauts que dans les autres offres. Les prix plus bas concernent les travaux de terrassement des collecteurs et les prix plus hauts portent sur les travaux de pose des collecteurs.

Ces travaux étant intimement liés sur le plan technique, la première partie adverse a décidé d'examiner le caractère anormal des prix au regard de l'ensemble des travaux d'écoulement des eaux. Comme il a été exposé plus haut, les terrassements de collecteurs et la pose de ceux-ci constituent, en effet, un «tout», un ensemble cohérent de travaux :

- en matière de réseaux enterrés, l'on commence tout d'abord par le terrassement, c'est-à-dire que l'on creuse, déblaye et transporte de la terre en vue de constituer la tranchée qui accueillera les canalisations;
- pour des excavations importantes, il est, en outre, nécessaire de blinder la tranchée, c'est-à-dire de placer des écrans qui empêchent l'éboulement des terrains;
- lorsqu'il est creusé en-dessous de la nappe phréatique, comme en l'espèce, il est également nécessaire de rabattre la nappe;
- ensuite, les canalisations sont posées;
- enfin, l'on remblaye et le blindage est enlevé.

Dans la mesure où ces travaux correspondent à une unité de travaux techniquement cohérente et où l'article E.1.1 laissait la latitude aux soumissionnaires d'intégrer les coûts de rabattement dans les postes de terrassements et/ou de pose de collecteurs, il s'avérerait plus pertinent de vérifier le caractère normal des prix au regard de l'ensemble de ces postes.

A l'issue de cette vérification par groupe de postes, la première partie adverse n'a détecté aucun prix anormal, ceux-ci ne s'écartant pas raisonnablement de la moyenne pondérée des autres offres. Elle n'était, par conséquent, pas tenue de faire application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et d'interroger la S.M. ELOY-ERAERTS-KUMPEN.

19. Les parties requérantes critiquent, en réalité, la méthode que la première partie adverse a choisi d'appliquer, à savoir une vérification des prix par groupe de postes.

L'on ne voit pas en quoi le choix d'une telle méthode serait de nature à méconnaître les principes et dispositions invoqués au moyen.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs déjà admis l'utilisation d'une telle méthode. Dans une affaire l'opposant à la Région flamande, la S.A. BETONAC formait un moyen similaire au deuxième moyen ici. Le pouvoir adjudicateur avait constaté que les prix unitaires proposés par un soumissionnaire étaient soit plus hauts, soit plus bas que la moyenne des offres, mais n'avait pas mis en œuvre la procédure de vérification des prix prévue à l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dans la mesure où ces prix, analysés par «groupe de postes», n'étaient pas anormaux. La S.A. BETONAC soutenait que la Région flamande ne pouvait procéder à telle méthode d'analyse des prix et devait, en réalité, examiner les prix poste par poste.

Dans son arrêt n°116.055 du 18 février 2003 (s.a. BETONAC et ASWEBO), le Conseil d'Etat a considéré ce moyen non sérieux au terme du raisonnement suivant :

«Overwegende dat krachtens het artikel 110, § 2, van het meervermelde besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid een offerte als onregelmatig en derhalve onbestaande kan beschouwen, onder meer wanneer deze bestanddelen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen; dat krachtens artikel 110, § 3, van hetzelfde besluit een overheid een offerte ook kan afwijzen wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen, maar moet zij, vooraleer dit te doen, de betrokken inschrijver per aangetekende brief uitnodigen hierover binnen een termijn van in principe twaalf kalenderdagen de nodige verantwoordingen te verstrekken; dat voorts blijkens dat artikel 110, § 3, de overheid bij het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen motiveringen in aanmerking kan nemen die gesteund zijn op objectieve factoren zoals zuinigheid in het bouw- of productieproces of in de dienstverlening, gekozen technische oplossingen of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of de originaliteit van het product, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt;

Overwegende dat te dezen en in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat het bestuur geen der opgegeven eenheidsprijzen uitdrukkelijk kwalificeert als abnormaal, wel wijst op de grote afwijkingen van bepaalde belangrijke posten inzake doorlopend gewapend beton en asfalt ten opzichte van de raming en de gemiddelde prijzen, maar meent dat de prijzen aanvaardbaar zijn onder meer aangezien blijkbaar de diverse aannemers voor samenhangende posten -die tot een "cluster" behoren- een inschrijver voor de ene post soms laag inschrijft maar voor een andere hoog, terwijl een andere inschrijver net het omgekeerde doet, zodat er grote verschillen zijn tussen individuele eenheidsprijzen maar minder

wanneer deze prijzen in een cluster worden beschouwd; dat voorts voor de afwijking ten opzichte van de raming aanvullend wordt verwezen naar de impact van het schaafeffect en de invloed van recyclage; dat aldus op het eerste gezicht niet lijkt te zijn aangetoond dat die handelwijze en deze beoordeling schending zouden inhouden van de in het middel aangevoerde bepalingen of van de materiële motiveringsverplichting, te meer daar niet lijkt te zijn aangetoond hoe dit systeem door de THV Van Broekhoven speculatief zou kunnen zijn aangewend -zoals verzoekende partijen zonder concrete motivering affirmeren- of leidt tot prefinanciering, aangezien de bedoelde eenheidsprijzen ook volgens de verzoekende partijen essentiële elementen van het werk lijken te betreffen en niet wordt aangetoond dat, zoals de verzoekende partijen betogen, op bepaalde -lage- posten door de THV Van Broekhoeven geen beroep zal worden gedaan; dat voorts dient te worden opgemerkt dat de gunningscommissie de in het geding zijnde opmerkingen over de prijzen in het algemeen lijkt te maken en niet enkel voor de gekozen offerte zodat zelfs de vraag rijst welk belang de verzoekende partijen bij dit middel hebben dat dan ook voor hun offerte zou gelden; dat aldus het middel niet ernstig is;» [...]

Le Conseil d'Etat a confirmé qu'une telle méthode pouvait être utilisée dans son arrêt n° 206.395 du 2 juillet 2010 (s.a. BESIX et DESIRE STADSBADER-FLAMAND) :

«In de mate de verzoekende partijen in het algemeen aanvoeren dat de prijsverantwoording en ook het prijsonderzoek wat betreft abnormale eenheidsprijzen dient te gebeuren op het niveau van de post zelf en dat die niet verantwoord kunnen worden door te verwijzen naar een groter geheel van diverse samenhangende posten en de totaalprijs van dat geheel, lijken zij niet te kunnen worden bijgevalen. De verzoekende partijen tonen niet aan dat dergelijke werkwijze op zich een schending van artikel 110, § 3, van het KB van 8 januari 1996, uitmaakt. Daar voornoemd artikel 110, § 3, inhoudt dat een offerte ook wegens abnormale eenheidsprijzen kan en soms moet worden afgewezen en dus veeleer lijkt uit te gaan van een onderzoek en verantwoording per post, lijkt wel prima facie aangenomen te kunnen worden dat uit het dossier en de bestreden beslissing moet blijken waarom in een bepaald geval de verantwoording van een eenheidsprijs aan de hand van een clustering met andere eenheidsprijzen wordt aanvaard» [...]

Du reste, les parties requérantes admettent elles-mêmes, dans leur requête, qu'il peut être fait recours à une méthode plus globale qui reposerait sur des motifs admissibles et respecterait le principe d'égalité. Force est de constater que c'est bien le cas en l'espèce.

20. En ce qui concerne les postes 146 et 147 du métré à charge du SPW, ils portent sur les montants suivants :

Poste 146 – J3112 – J.3. – Petit ouvrage en béton et béton armé construit en place ;
béton classe C16/20 (pour fossés)
QP : 300 m³
Prix unitaire : 12,49 EUR
Prix total : 3.747 EUR

Poste 147 – J3114 – J.3. – Petit ouvrage en béton et béton armé construit en place ;
béton classe C30/37 (pour fossés)
QP : 180 m³
Prix unitaire : 19,80 EUR
Prix total : 3.564 EUR

Le montant total de ces deux postes s'élève à 7.311 EUR hors TVA. Ils représentent donc 0,03 % du montant total du marché (qui est de 19.440.428 EUR hors TVA).

Si l'on prend en considération l'offre des parties requérantes, le montant cumulé de ces deux postes représentent 0,2 % du montant total de son offre.

Dans ces conditions, la première partie adverse a pu, sans commettre aucune erreur et, a fortiori, aucune erreur manifeste d'appréciation, décider qu'il «n'y a pas selon nous d'intention spéculative, et l'importance relative de ces postes ne nécessite pas d'interroger le soumissionnaire qui devra assumer ses prix».

Le Conseil d'Etat a déjà décidé en ce sens dans une situation similaire (C.E., 12 mars 2012, n° 218.426, s.a. C.F.E.). L'Etat belge avait considéré qu'un poste d'un mètre était anormalement bas (en comparaison avec la moyenne des prix introduits par les autres entrepreneurs). Le pouvoir adjudicateur avait cependant estimé qu'il n'était pas indiqué de demander une justification du prix notamment parce qu'«au niveau du pourcentage, le poste 28 ne représente qu'une partie minimale de la grandeur de la totalité du marché».

Votre Conseil a considéré que cette motivation était tout à fait valable et que «la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant, en l'espèce, que le montant du poste 28 représentait une part minimale du marché. La motivation de la décision attaquée n'est pas illicite sur ce point» [...].

Cette solution de bon sens trouve appui également dans la doctrine spécialisée. Dans le Commentaire pratique de M.-A. FLAMME, l'on peut ainsi lire que «Si à la suite du contrôle des prix (dans une adjudication de travaux d'au moins quatre offres), il apparaît que tel prix unitaire ou global est retenu comme anormal, l'administration peut considérer la soumission comme irrégulière. Il s'agit là d'une faculté, une possibilité d'appréciation, ménagée à l'administration afin d'éviter qu'elle doive, par exemple, automatiquement écarter une soumission relative à un marché important qui contiendrait un prix unitaire d'une incidence mineure mais considéré comme anormal» [...].

Force est dès lors de constater [que] la manière dont le pouvoir adjudicateur a procédé au contrôle des prix ne viole ni l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, ni les articles 88, 89, 96 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ni le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Elle ne méconnaît pas davantage l'article E.1.1 du cahier spécial des charges ou le principe *patere legem quam ipse fecisti*, les documents du marché ne contenant d'ailleurs aucune disposition en matière de contrôle des prix.

Il y a dès lors lieu de considérer le deuxième moyen comme non sérieux."

C. Seconde partie adverse

Quant à la seconde partie adverse, elle développe les arguments suivants :

- " 1. Contrairement à ce qui est affirmé, le rapport d'analyse ne présume pas que le bénéficiaire de l'acte attaqué se serait trompé de poste pour l'imputation du coût des travaux relatifs à la nappe phréatique.

Comme expliqué dans le cadre du premier moyen, le coût des travaux relatifs à la nappe phréatique pouvait bien, selon le cahier spécial des charges, être ventilé entre deux postes, les prix unitaires de terrassements de collecteurs et le prix des ouvrages à construire.

2. Il a déjà été jugé par un arrêt du 2 juillet 2010 (n° 206.395) que «les parties requérantes invoquent, de manière générale, que la justification du prix ainsi que l'examen du prix, en ce qui concerne les prix unitaires anormaux, doivent être

effectués au niveau du poste même et que ceux-ci ne peuvent être justifiés en faisant référence à un groupe plus vaste de divers postes correspondant et au prix total de cet ensemble (regroupement de prix unitaires) et, dans cette mesure, elles s'avèrent ne pouvoir être suivies. Les parties requérantes ne démontrent pas qu'une telle procédure constitue en soi une violation de l'article 110, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics» (sommaire).

Le contrôle des prix s'est effectué sur base des trois postes, terrassements, collecteurs et chambres de visite, de manière justifiée.

Ainsi, et comme déjà évoqué, les dispositions du cahier spécial des charges permettent bien au soumissionnaire de répartir les coûts globaux liés à la présence de la nappe aquifère sur les terrassements et sur les ouvrages.

Une appréciation globale des trois postes (terrassements, collecteurs et chambres de visite) permettait donc de comparer effectivement les offres reçues mais aussi de contrôler les prix.

Cette appréciation est également fondée sur le plan technique puisque terrassements, interventions liées à la nappe phréatique, pose de collecteurs et de chambres de visite forment un tout.

Il ne peut partant être fait grief au pouvoir adjudicateur ni d'avoir entendu, ni d'avoir abouti à favoriser une offre.

Pour les mêmes motifs, il ne saurait être fait grief à l'acte attaqué d'avoir méconnu l'offre déposée eu égard à l'appréciation globale qui a été effectuée. Aucune erreur manifeste d'appréciation ne saurait donc être reprochée à l'autorité de ne pas avoir retenu le prix comme un prix anormalement bas au sujet duquel elle se devait d'interroger le soumissionnaire.

3. Les postes 146 et 147 relatifs aux bétons pour fond et berges de ruisseaux, pour lesquels sont mentionnés des prix unitaires de 12,49 et 19,80 € pour des quantités en m³, donnent un prix de 3.747 € et 3.564 €, soit au total 7.311 € HTVA sur une offre de 19.440.428 € HTVA, ce qui représente 0,037 % de l'offre.

Tenant compte de la faible importance de ces postes par rapport au montant total de la soumission, laquelle au surplus devait se détailler en 800 postes, il ne saurait être reproché à la partie adverse de ne pas avoir interrogé le soumissionnaire sur le prix prétendument anormal de son prix (voy. implicitement C.E., 28 janvier 2011, n° 212.603).

4. Les deux branches du deuxième moyen sont dépourvues de sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

1. Le cahier spécial des charges comporte quatre parties : les clauses administratives, les clauses techniques, le métré estimatif et le métré récapitulatif.

La rubrique E.1.1. des clauses techniques, relative au "Rabattement provisoire de la nappe aquifère", prévoit ce qui suit :

" Au droit de la darse, la nappe aquifère fluctue entre les niveaux 52.60 et 53.00, en dehors des périodes de crue de la Meuse. En remontant vers le pont d'Hermalle, le gradient de la nappe est de l'ordre de 10 cm par 100 m.

L'ordre de grandeur du coefficient de perméabilité des graviers dans la zone est de 10^{-3} m/s.

Le niveau fini d'une grande partie des voiries se situe +/- au niveau 56.00, ce qui signifie que de nombreux tronçons de collecteurs d'eaux de ruissellement et des eaux usées sont sous le niveau de la nappe. L'entrepreneur est tenu d'inclure dans ses pris unitaires de terrassement de collecteurs l'ensemble des sujétions liées à la présence de cette nappe aquifère.

Pour tous les ouvrages situés sous le niveau de la nappe, l'attention de l'entrepreneur est attirée par la nécessité de rabattre provisoirement le niveau de cette nappe lors des travaux de construction des ouvrages. Le coût du rabattement est à inclure dans le prix des ouvrages à construire".

Pour ce qui concerne le métré estimatif, il est divisé en deux parties, l'une conçue par la première partie adverse, l'autre par la seconde partie adverse. Dans la Division 1 "Aménagements généraux", composée de dix chapitres, chacun de ceux-ci contient une multitude de postes. La plupart de ces postes sont exprimés en quantité présumée, chaque poste donnant lieu à un mesurage après exécution. L'estimation totale est le résultat de l'addition de tous les montants obtenus en multipliant, pour chaque poste, la quantité présumée par le prix unitaire évalué au cours du marché.

Dans le cas présent, il faut relever que les chapitres relatifs aux terrassements portent la mention "y compris blindage et rabattement".

Pour ce qui concerne le métré récapitulatif, chaque soumissionnaire doit indiquer, pour chacun des postes, un prix unitaire qui le lie. Le montant total de sa soumission est le résultat de l'addition de tous les montants obtenus en multipliant, pour chaque poste, la quantité présumée par le prix unitaire indiqué.

En l'espèce, il y a lieu d'observer que les chapitres relatifs aux terrassements mentionnent ce qui suit : "y compris blindage et rabattement".

2. Le rapport d'analyse des offres, auquel se réfèrent les décisions attaquées, se fonde sur une supposition :

" Le coût des rabattements de nappe ... pourrait avoir été valorisé par les soumissionnaires dans les postes de terrassement et/ou pose de collecteurs".

Cet élément de justification ne correspond ni aux prescriptions du cahier spécial des charges ni à l'énoncé de l'offre émanant de l'attributaire du marché.

3. Par ailleurs, l'argumentation selon laquelle terrassement, écoulement des eaux, drainage, tuyaux de béton et chambres de visite forment un tout ou en d'autres termes, une unité de travaux techniques, n'est pas pertinente. En effet, si la

cohérence des nécessités techniques doit être prise en compte pour la bonne réalisation des travaux, c'est au stade de la conception du cahier spécial des charges qu'il faut apprécier cette cohérence et non lors de la comparaison des offres.

L'article 96, § 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 prévoit ce qui suit :

" Les prix unitaires et les prix globaux des postes du métré récapitulatif doivent être établis d'une manière qui corresponde à la valeur relative de chacun des postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, doivent être répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci."

Il s'ensuit que les soumissionnaires doivent s'engager sur des prix unitaires forfaitaires et qu'ils sont en concurrence, non seulement sur le prix total de leur offre, mais également sur les prix unitaires. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires impose que pour chaque poste et pour chacun des soumissionnaires, il doit s'agir des mêmes prestations sans quoi aucune comparaison des prix unitaires et a fortiori, aucun contrôle de ceux-ci, ne sont possibles.

Ces principes et règles n'ont pas été respectés en l'espèce.

4. Enfin, l'argumentation du "clustering" c'est-à-dire, de la vérification des prises unitaires non poste par poste mais par groupe de postes, n'est pas acceptable non plus.

En effet, en l'espèce, non seulement, aucun contrôle des prix unitaires n'a été fait mais encore, ce ne sont pas trois postes mais trois chapitres distincts : terrassements collecteurs et chambres de visite, qui ont été regroupés.

5. Il s'ensuit que le second moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

Les parties adverses n'ont fait valoir aucun argument à ce propos.

VII. CONFIDENTIALITE

Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des offres des différents soumissionnaires dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige.

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

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution des décisions signées le 19 juillet 2012 par le Port autonome de Liège et le 28 août 2012 par la Région Wallonne, représentée par son Ministre des Travaux publics, de l'Agriculture, de la Ruralité, de la Nature, de la Forêt et du Patrimoine, par laquelle le Port autonome de Liège et la Région Wallonne attribuent à la S.M. ELOY-ERAERTS-KUMPEN le marché relatif à la réalisation d'une plate-forme multimodale en rive droite du Canal Albert, régi par le cahier spécial des charges n° MT-02.06.01 – 12B15.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres de la société momentanée GALERE-BETONAC et de la société momentanée ELOY-ERAERTS-KUMPEN sont soustraites à la connaissance des parties à ce stade de la procédure.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Frédéric QUINTIN,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Frédéric QUINTIN.

Odile DAURMONT.