

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.635 du 26 février 2013

G./A.207.826/VI-19.888

En cause : **la société anonyme BATIMENTS ET PONTS
CONSTRUCTION,**

ayant élu domicile chez
Mes Julien TRICOT et
Jean-François DERROITTE, avocats,
Large Voie, n° 226,
4040 Herstal,

contre :

la province de Liège,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST,
2. la société anonyme ENTREPRISES GILLES MOURY,**
ayant formé une société momentanée WUST et MOURY,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 31 janvier 2013, la société anonyme BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 20 décembre 2012 par la Province de LIEGE ayant pour objet d'écarter du marché n° 5H113 relatif à la construction d'un Bâtiment scolaire et de ses accès; démolitions des installations existantes – construction du Campus de Verviers pour les besoins de la Haute école paramédicale de la Province de Liège, l'offre de la requérante jugée irrégulière et

d'attribuer ledit marché à un autre soumissionnaire, la société momentanée WUST-MOURY".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 1^{er} février 2013, notifiée par télécopie aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 février 2013 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST et la société anonyme ENTREPRISES GILLES MOURY, ayant formé une société momentanée WUST et MOURY, ont introduit, le 13 février 2013, une requête en intervention.

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

Mes Julien TRICOT et Jean-François DERROITTE, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Selon un avis publié le 5 octobre 2012, la partie adverse met en adjudication publique le marché public de travaux ayant pour objet la construction du campus à Verviers pour les besoins de la haute école paramédicale de la province de Liège, portant la référence 5H113.

III. 2. Sept soumissionnaires déposent une offre.

A l'ouverture des offres, et tel qu'il ressort du document référencé 2012-16540-R-001, le classement est le suivant :

"

1. Bâtiments et Ponts Construction SA	7.030.651,33 €
2. A.M. WUST – Gilles MOURY	7.239.931,34 €
3. A. M. FRANKI – GALERE	7.316.191,11 €
4. A.M. BERNARD CORDEEL	7.497.717,28€
5. A.M. DUCHENE-DE GRAEVE	7.598.673,87€
6. A.M. T.W.T.-ROEGIERS	7.741.503,96€
7. BATITEC SA	9.015.336,23€

"

III. 3. Après correction par le pouvoir adjudicateur des erreurs arithmétiques, des omissions et des erreurs dans le métré, le classement des offres reste inchangé en ce qui concerne la requérante et la société momentanée constituée des intervenantes. Seul le montant des offres varie.

Le montant de l'offre de la requérante s'élève désormais à 7.141.670,22 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

III. 4. Lors de l'examen des offres auquel elle se livre, la partie adverse relève dans celle de la requérante des postes présentant un prix apparemment anormalement bas. Elle constate également que certaines des fiches techniques produites par cette dernière ne permettent pas de déterminer le matériel proposé pour réaliser le marché.

Dans un courrier du 22 novembre 2012, elle invite la requérante à justifier les prix unitaires qui lui sont apparus comme étant apparemment anormalement bas et sollicite de sa part communication de certaines fiches techniques :

" Après vérification et correction des offres relatives aux travaux repris en objet, il apparaît que des précisions doivent être apportées à votre offre. Ces précisions concernent des justifications de prix unitaires et la présentation des fiches techniques.

En effet, il apparaît que des prix unitaires de votre offre présentent un caractère apparemment bas par comparaison aux autres prix déposés, et ce en application 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.

1/ Prix unitaires apparemment anormalement bas :

Concrètement, pour les postes listés ci-dessous, je vous invite à me fournir, pour chaque poste, des justifications fondées sur des critères objectifs tels qu'ils sont précisés à l'article 110 § 3 de l'arrêté susvisé, sur la présentation d'une ventilation du prix unitaire en regard du descriptif du cahier des charges et la présentation de fiches techniques reprenant les performances.

Partie A : Architecture

21.28 BARDAGE EN ZINC et SUPPORT BOIS

- poste 1: bardage façades

30.32.01.2 ISOLATION DES TOITURES – PANNEAUX DE MOUSSE PIR + PARE-VAPEUR – poste 1 : pour toiture plate – épaisseur 30 cm (3 x 10 cm croisés), y compris pare-vapeur

30.32.02 : ISOLATION DES CAISSONS EN BOIS – PAPIER RECYCLE

31.01.0 : MENUISERIE EXTERIEURE MIXTE BOIS/ALU, coupure thermique et triple vitrages – type PASSIF

- poste 3 : châssis fixes + O.B.

- poste 4 : châssis coulissants

- poste 5 : mur rideaux

31.01.4 VITRAGE CONTROLE SOLAIRE

68.10.01 ESCALIER PRINCIPAL EXTERIEUR – marches et paliers

- poste 1 : Marches et paliers.

Partie C1 : installations HVAC, sanitaire et de protection incendie

Groupe de ventilation (postes 0178, 0191, 0290)

G.T.C. – commande centralisée (postes 0453, 0460, 0461)

Partie C2 : installations électriques

Luminaires postes de 0047 à 0059

2/ Présentation des fiches techniques pour les articles suivants :

Partie B : Stabilité

29.61 STRUCTURE DE FACADE EN POUTRE I ET PANNEAU DE CONTREVENTEMENT

Partie C1 : Installations HVAC, sanitaires et de protection incendie.

Plusieurs fiches techniques étaient demandées au cahier des charges :

- Chaudières

- PAC gaz

- Machine frigorifique

- Groupes de traitement d'air

- GTC.

Ces fiches techniques figurent dans votre offre mais plusieurs variantes (marques) sont proposées. Pouvez-vous préciser le matériel utilisé pour réaliser l'offre.

Je vous invite à fournir dans un délai de 12 jours calendrier les justifications de prix et fiches techniques nécessaires.

Passé ce délai de 12 jours calendrier, et sans justification de votre part, votre offre sera considérée comme irrégulière et, partant, nulle et non avenue ".

III. 5. La requérante répond à cette invitation par un courrier qu'elle adresse à la partie adverse le 3 décembre 2012.

III. 6. Les services de la partie adverse établissent le document référencé 2012-16540-R-001, intitulé "proposition du service émetteur", et tenant lieu de rapport d'attribution, qui mentionne, notamment, concernant la requérante :

" [...]

- L'entreprise B.P.C. n'apporte aucune justification sur base des critères objectifs repris à l'article 110 § 3 de l'A.R. du 08/01/1996 et liés notamment à l'économie de procédé de construction ou de fabrication des produits, aux solutions techniques adoptées ou à des conditions exceptionnellement favorables dont elle dispose pour exécuter les travaux ou fournir les produits. Elle ne fournit par ailleurs aucune autre justification qui pourrait s'avérer intéressante pour la compréhension de ces prix.

En l'espèce, nous pouvons constater que le soumissionnaire est dans l'incapacité de justifier ses prix apparemment anormalement bas sur base de l'article 110 § 3.

[...]

- D'une manière générale, la ventilation des prix unitaires des postes fait apparaître des prix unitaires de fourniture fort bas, voir démesurément bas, pour les postes suivants :

[...]

Dès lors, il y a lieu d'examiner ces prix en regard des fiches techniques au point suivant.

De plus, la ventilation de certains postes fait apparaître des omissions dans le calcul du prix unitaire :

[...]

- L'ensemble des fiches techniques de la partie architecture ont été fournies : elles sont conformes au descriptifs du cahier des charges et elles font référence à des produits ou des techniques de qualité.

Cependant, les prix remis ne correspondent pas au matériel décrit dans les fiches techniques. En effet, pour les articles suivants :

[...]

- Partie C1 : Installation HVAC, sanitaires et de protection incendie - Groupes de ventilation (postes 0178, 0191, 0290)

Les fiches techniques des produits proposés sont conformes au cahier des charges ; cependant les prix unitaires ne correspondent pas aux fiches techniques, tant l'écart est important entre le prix remis et le prix de vente du matériel. En effet, la fourniture de ce type de groupe de ventilation est 4 à 5 fois plus coûteuse que le prix remis. L'écart avec les autres soumissionnaires atteint environ 1,5 % du marché pour ce seul article.

- Partie C2 – Electricité : aucune fiche technique n'a été transmise pour que l'administration puisse se rendre compte des performances des luminaires proposés par la firme. Or, l'ensemble des luminaires représente une part significative du marché. Une absence de conformité des luminaires pourrait s'avérer défavorable lorsqu'il s'agira de vérifier si le caractère passif est atteint.

Conclusion : La réponse de la firme B.P.C. ne justifie en rien le caractère correct de ses prix. Elle se limite à décomposer les prix unitaires remis, sans fournir de motivation.

Elle fait au contraire apparaître des discordances flagrantes entre les prix unitaires et les produits proposés, spécialement pour les postes qui doivent confirmer le caractère passif du bâtiment.

Dès lors que la vérification de l'offre en tenant compte des justifications fournies ne semble pas acceptable, l'offre de la société BPC doit être considérée irrégulière et partant comme nulle de plein droit".

III. 7. Par décision du 20 décembre 2012, la partie adverse écarte l'offre de la requérante pour irrégularité et attribue le marché à la société momentanée WUST-MOURY. Il s'agit de l'acte attaqué, lequel est libellé comme suit :

" [...]

Attendu qu'après vérification des prix, correction des omissions et des quantités en plus et en moins conformément à l'article 112 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996

(le détail des corrections et repris en annexe), le classement des offres s'établit comme suit (montants hors TVA et dans l'ordre croissant) :

1. BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION : 7.141.670,22 €
2. WUST-MOURY : 7.399.420,78 €
3. BERNARD-CORDEEL: 7.629.047,44 €
4. FRANKI-GALERE: 7.754.293,57 €
5. T.W.T.-ROGIER: 7.883.958,35 €
6. DUCHENE-DEGRAEVE : 7.934.269,01 €
7. BATITEC : 9.388.076,09 €

Attendu qu'à l'examen des prix, suivant l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il en ressort ce qui suit :

a) Par rapport au prix global :

Aucune des offres classées ci-dessus ne présente de prix global anormalement bas.

b) Par rapport aux prix unitaires

Les offres classées du rang 2 au rang 6 présentent ponctuellement des prix unitaires apparemment anormaux, pour des postes dont le montant représente, individuellement, sensiblement moins de 1 % du montant total de l'offre. Aucun des prix unitaires concernés ne se rapporte à des postes essentiels du marché, qui seraient susceptibles de nuire au caractère passif du bâtiment.

Seules les firmes B.P.C., classée au rang 1, et BATITEC, classée au rang 7, présentent des prix anormaux qui peuvent faire l'objet d'une justification.

Aucune justification n'est demandée à BATITEC, vu le classement de son offre et la nature des postes concernés, puisque cela n'aurait pas d'influence sur le classement des offres.

Attendu que l'offre de la firme BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION, classée au rang 1, présente un grand nombre de prix unitaires apparemment anormalement bas, en regard des prix unitaires offerts par les autres soumissionnaires et de l'estimation, et que l'examen de l'offre montre que les postes apparemment anormaux se rapportent particulièrement à des postes qui sont essentiels pour atteindre le caractère "standard passif" du projet;

Attendu que le Service provincial des Bâtiments, en raison du caractère apparemment anormalement bas de ses prix unitaires, a invité la firme BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION, par lettre recommandée du 22 novembre 2012, à lui fournir par écrit les justifications nécessaires, conformément à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, et ce en axant la demande sur des postes primordiaux.

Attendu que la firme BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION a donc été invitée à justifier ses prix et à fournir pour chaque poste :

- 1) des justifications fondées sur des critères objectifs tels que visés à l'article 110 § 3 de l'arrêté susvisé;
- 2) la ventilation du prix unitaire en regard du descriptif du cahier des charges;
- 3) la présentation des fiches techniques reprenant les performances des produits et pour les techniques spéciales, la présentation des fiches techniques utilisées pour réaliser l'offre;

Attendu les justifications fournies par la firme BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION par son courrier du 3 décembre 2012. La firme a procédé en fait à une ventilation sommaire des prix unitaires et a fourni une partie des fiches techniques demandées sans toutefois répondre à l'ensemble de la demande du Service provincial des Bâtiments. En effet :

1. concernant les justifications fondées sur des critères objectifs :

L'entreprise BATIMENTS ET PONTS CONSTRUCTION n'apporte aucune justification sur base de critères objectifs tels que visés à l'article 110 § 3 de l'AR du 08/01/1996 [...]. Elle ne fournit par ailleurs aucune autre justification qui pourrait s'avérer intéressante pour la compréhension de ces prix.

2. concernant la ventilation du prix unitaire des postes en regard du cahier des charges :

D'une manière générale, la ventilation des prix unitaires des postes fait apparaître des prix unitaires de fournitures très bas, pour les postes suivants : [...].

Dès lors, il y a lieu d'examiner ces prix en regard des fiches techniques au point suivant.

De plus, des omissions apparaissent dans le calcul du prix unitaire des postes suivants : [...].

3. concernant la présentation de fiches techniques reprenant les performances des produits :

L'ensemble des fiches techniques ont été fournies. Elles sont conformes aux descriptifs du cahier des charges et elles font référence à des produits ou des techniques de qualité. Cependant, les prix remis semblent ne pas correspondre au matériel décrit dans les fiches techniques. En effet pour les articles suivants :

• 21.28 BARDAGE EN ZINC et SUPPORT BOIS Poste 1 : Bardage façades.
Le choix du profil à emboîtement standard de chez UMICORE pour réaliser la façade est proposé à un prix unitaire pour la fourniture de 38 €/m². Or, dans la gamme de prix du fournisseur de zinc, ce profil à emboîtement sort de production de l'usine à plus de 30 % au-delà de ce prix. Le seul matériau correspondant dans cette gamme est un panneau de zinc avec pose à clin, mais non conforme aux prescriptions du présent projet. La question de la conformité du produit se pose dès lors clairement.
[...]

Attendu que la firme [B.P.C.] ne justifie pas le caractère anormalement bas de ses prix et qu'elle se limite à décomposer les prix unitaires remis, sans fournir de motivation;

Attendu que la firme [B.P.C.] fait au contraire apparaître des discordances flagrantes entre les prix unitaires et les produits proposés, spécialement pour les postes qui doivent confirmer le caractère passif du bâtiment;

Attendu que par ces motifs, l'offre de la société [B.P.C.] doit être considérée comme irrégulière et partant écartée de plein droit.

Attendu qu'en conséquence, le classement final des offres s'établit comme suit (montants hors TVA et dans l'ordre croissant) :

1. WUST-MOURY: 7.399.420,78 €
2. BERNARD-CORDEEL: 7.629.047,44 €
3. FRANKI-GALERE: 7.754.293,57 €
4. T.W.T.-ROGIERS: 7.883.958,35 €
5. DUCHENE-DEGRAEVE: 7.934.269,01 €
6. BATITEC: 9.388.076,09 €

Attendu que la société WUST-MOURY, classée en rang 1, a remis l'offre régulière la plus basse;

[...]

Article 1^{er} :

Le marché public relatif aux travaux de construction du Campus de la Haute Ecole de la Province de Liège – Catégorie paramédicale – à Verviers, est attribué au soumissionnaire «le moins disant» ayant déposé l'offre régulière la plus basse, soit à l'association momentanée WUST-Gilles MOURY aux conditions de son offre du 13 novembre 2012, au montant rectifié de 7.241.321,88 € hors T.V.A., soit 8.761.999,30 € T.V.A. comprise.
[...]."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 13 février 2013, la société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST et la société anonyme ENTREPRISES GILLES MOURY, ayant formé une société momentanée WUST et MOURY, demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Dès lors que la société momentanée qu'elles forment est l'attributaire du marché public litigieux, elles ont un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu donc d'accueillir cette requête.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle le formule comme suit :

" En vertu de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, il est obligatoire pour le pouvoir adjudicateur de procéder «immédiatement» à la communication de la décision d'attribution, par extraits et selon le prescrit de l'article précité «par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par courrier recommandé».

Comme indiqué au point précédent, cette communication n'a pas eu lieu.

En date du 16 janvier 2013, la [partie adverse] a uniquement communiqué des extraits de sa décision à la requérante et n'a communiqué ce courrier à la requérante ni par mail ni par fax.

Le prescrit de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 n'a donc pas été respecté."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit :

- " Art. 65/8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :
- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
 - 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
 - 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.
- La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :
- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
 - 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
 - 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée."

Une éventuelle méconnaissance de cette disposition constituerait un vice entachant une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué, mais ne saurait toutefois affecter la légalité de celui-ci, de sorte qu'un moyen pris de la violation de cette disposition ne saurait être utilement soulevé à l'appui d'une requête tendant à faire ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Il s'ensuit que le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la constitution, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, 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, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de l'excès et du détournement de pouvoir, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et du non-respect des exigences du cahier spécial des charges.

Elle le formule comme suit :

- " En vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au pouvoir adjudicateur de veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents soumissionnaires [...].

Comme il sera détaillé infra :

- Un traitement identique n'a pas été réservé à toutes les offres,
- Un traitement différent a été réservé à l'offre de la requérante,
- Des conditions non prévues dans le cahier spécial des charges ont été prises en compte et appliquées par le pouvoir adjudicateur,
- La motivation n'est pas adéquate,
- Les motifs invoqués ne sont pas les motifs réels,
- Les motifs invoqués ne sont pas légitimes,
- Les motifs invoqués ne sont pas pertinents,
- Le marché n'a pas été attribué à l'offre régulière la plus basse,

Par courrier du 16 janvier 2013, la partie adverse a informé la requérante que :

«Attendu qu'après vérification des prix, correction des omissions et quantités en plus et en moins conformément à l'article 112 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (le détail des corrections est repris en annexe), le classement des offres s'établit comme suit (montants hors TVA et dans l'ordre croissant) :

1. BPC : 7.141.670,22 €
2. WUST – MOURY : 7.399.420,78 €
3. BERNARD – CORDEEL : 7.629.047,44 €
4. FRANKI – GALERE : 7.754.293,57 €
5. TWT – ROGIERS : 7.883.958,35 €
6. DUCHENE – DEGRAVE : 7.934.269,01 €
7. BATITEC : 9.388.076,09 €.

Attendu qu'à l'examen des prix, selon l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il en ressort ce qui suit :

a) Par rapport au prix global :

Aucune des offres classées ci-dessus ne présente de prix global anormalement bas.

b) Par rapport au prix unitaire :

Les offres classées du rang 2 au rang 6 présentent ponctuellement des prix unitaires apparemment anormaux, pour des postes dont le montant représente, individuellement, sensiblement moins de 1 % du montant total de l'offre. Aucun des prix unitaires concernés ne se rapporte à des postes essentiels du marché qui seraient susceptibles de nuire au caractère passif du bâtiment.

Seules les firmes B.P.C., classées au rang 1, et BATITEC classée au rang 7 présentent des prix anormaux qui peuvent faire l'objet d'une justification.

Aucune justification n'est demandée à BATITEC, vu le classement de son offre et la nature des postes concernés puisque cela n'aurait pas d'influence sur la correction des offres.

Attendu que l'offre de la firme [B.P.C.], classée au rang 1, présente un grand nombre de prix unitaires apparemment anormalement bas, en regard des prix unitaires offerts par les autres soumissionnaires et de l'estimation, et que l'examen de l'offre montre que les postes apparemment anormaux se rapportent particulièrement à des postes qui sont essentiels pour atteindre le caractère "standard passif" du projet».

La partie adverse a considéré tout d'abord qu'aucune des offres classées de 1 à 7 ne présentait de prix global anormalement bas (l'écart avec le second classé n'est d'ailleurs que de ... 3%).

En revanche, par rapport aux prix unitaires, la partie adverse a considéré que les offres classées de 1 à 6 présentaient ponctuellement (dans quelle mesure ?) des prix anormaux et que l'offre classée au rang 7 ne méritait de toute manière pas d'être justifiée, en raison de son classement, de la nature des postes concernés et du fait que cela n'aurait pas, selon la partie adverse, d'incidence sur le classement.

Pour ce qui concerne les offres fixées du rang 2 au rang 6, la partie adverse a en outre estimé que les prix constatés comme anormaux (et donc jugés comme tels) ne devaient pas faire l'objet d'une justification car ils concerneraient des postes dont le montant représenterait (cette justification est totalement invérifiable dans la décision qui ne justifie pas ni ne motive cette considération - aucun détail ni comparatif de prix n'étant fourni) individuellement sensiblement moins de 1 % du montant total de l'offre et qu'aucun des prix unitaires concernés ne se rapportait à des postes dits «essentiels» du marché, qui seraient, selon la partie adverse, susceptibles de nuire au caractère passif du bâtiment (cette considération est également invérifiable – aucune définition de ce qu'il faut entendre par « postes essentiels », aucune mention ni liste de postes dits «essentiels» et visant à assurer le caractère passif ne figurant dans le cahier spécial des charges).

La partie adverse a également estimé que : «seules les firmes B.P.C., classée au rang 1, et BATITEC, classée au rang 7, présentent des prix normaux qui peuvent faire l'objet d'une justification».

Cette motivation n'est à nouveau ni exacte ni pertinente, dès lors que des prix considérés comme anormaux peuvent toujours faire l'objet d'une demande de justification et que les motifs avancés ne sont manifestement pas les motifs réels.

La partie adverse a enfin estimé que l'offre de la requérante classée au rang 1 présenterait un grand nombre de prix unitaires apparemment anormalement bas, en regard des prix unitaires offerts par les autres soumissionnaires (aucune comparaison n'est toutefois effectuée dans la décision) et de l'estimation, et que l'examen de l'offre montrerait que les postes apparemment anormaux se rapporteraient particulièrement à des postes qui sont essentiels pour atteindre le caractère «standard passif» du projet (à nouveau, aucun élément ni aucun motif de la décision ne permet la moindre vérification).

Manifestement, d'une manière implicite – et par le biais d'un prétendu contrôle des prix -, la partie adverse a introduit dans son appréciation des critères autres que le prix, dénaturant de la sorte la procédure de passation en adjudication et, à tout le moins, violé l'égalité de traitement.

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur a décidé :

- Sur base de critères ne figurant pas au cahier spécial des charges, intitulés «postes essentiels du marché» ou encore intitulés «postes qui sont essentiels pour atteindre le caractère "standard passif" du projet», que seule l'offre de la requérante pouvait faire l'objet d'une justification et que les offres classées en rang 2 à 6 ne devaient pas faire l'objet de justifications alors que des prix anormaux étaient pourtant constatés par la partie adverse dans ces mêmes offres.

Pour considérer que les offres classées aux rangs 2 à 6 étaient régulières en dépit de l'existence, dans chacune de ces offres, de prix reconnus comme anormaux et qu'en revanche, l'offre de la requérante devait recevoir un traitement différent, la partie adverse a donc recouru à un critère non défini au CSCh soit la référence à des postes du marchés considéré a posteriori comme «essentiels».

La nature et le contenu de ce double critère ont été déterminés unilatéralement et de manière non transparente, au moment de la prise de décision de considérer l'offre de la requérante (moins disante) comme irrégulière et d'attribuer le marché au second classé.

Or :

- Ce critère de poste dit «essentiel» ne figure pas dans les documents d'adjudication ni dans le cahier spécial des charges. Il ne figure en effet, à propos des différents postes du cahier spécial des charges, aucune référence à ce caractère essentiel. Aucune mention et aucune liste n'est établie, de même qu'aucune sanction n'est prévue par rapport à ces «postes».

- Il est impossible, à la lecture des documents de marché, de savoir précisément ce que le pouvoir adjudicateur entend considérer comme postes dit essentiels.

- A la lecture de la décision, il est impossible de savoir quels sont les postes de prix jugés anormaux figurant dans les offres des soumissionnaires classés aux rangs 2 à 6 et de vérifier si effectivement ces postes se rapporteraient ou non à des postes essentiels du marché, dès lors que ce critère et/ou cette classification ne figurent pas dans le cahier spécial des charges et qu'il s'agit donc d'une dérogation injustifiée à celui-ci et/ou d'une condition supplémentaire ajoutée par le pouvoir adjudicateur au moment de la prise de décision d'écarter l'offre de la requérante et/ou au moment de solliciter une justification de prix dans le chef de la requérante et au moment de la décision de considérer que les prix contenus dans les autres offres ne devaient pas être justifiés parce qu'ils ne se rapporteraient pas à des postes prétendument «essentiels» du marché, qui seraient donc, selon le pouvoir adjudicateur, susceptibles de nuire au caractère passif du bâtiment.

- Sur base de critères non connus, la partie adverse a décidé que seules les offres de la requérante et de BATITEC pouvaient faire l'objet d'une justification, ce qui n'est ni exact, ni pertinent et viole une nouvelle fois l'égalité de traitement ainsi que le prescrit de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

«seules les firmes B.P.C., classée au rang 1, et BATITEC, classée au rang 7, présentent des prix anormaux qui peuvent faire l'objet d'une justification».

Or, l'ensemble des prix présumés anormaux peut toujours faire l'objet d'une demande de justification par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, la partie adverse a d'office considéré que les prix anormaux figurant dans les offres classées aux rangs 2 à 6 ne devaient pas, et ipso facto en référence à la phrase susmentionnée, ne pouvaient pas faire l'objet d'une justification, en raison toujours de ce même critère de caractère dit «essentiel» de certains postes du marché pour atteindre un caractère standard passif du bâtiment.

- Que les postes prétendument anormaux de l'offre de la requérante se rapportaient particulièrement à des postes qui sont «essentiels», selon elle, «pour atteindre le caractère standard et passif du projet».

Par conséquent, sur base d'un critère qui ne figure pas CSCh ni dans les documents d'adjudication, et qui relève d'une création arbitraire du pouvoir adjudicateur, ce dernier a d'office considéré que l'ensemble des postes anormaux des autres offres classées aux rangs 2 à 6 ne devaient pas faire l'objet de justifications. Or ces postes sont peut-être tout à fait essentiels pour le marché (à tout le moins cela relève d'une appréciation subjective du pouvoir adjudicateur). La partie adverse a traité de manière différente et sans justification objective, de manière plus sévère et plus contraignante, l'offre de la requérante par rapport aux offres classées aux rangs 2 à 6.

Il est pourtant simplement mentionné au poste 01.26 «exigences complémentaires bâtiment passif» du CSCh les éléments suivants :

«Prescription : Le projet respectera les exigences de la directive PEB et ce même s'il s'avère que celle-ci n'est pas d'application pour le projet. L'ensemble du projet devra être un exemple de bâtiment passif.

Ces objectifs signifient que les performances suivantes à atteindre :

- Bâtiment passif
- Consommation maximale : 15 KW / m² / an (obligation de résultat)
- Niveau E < 45
- Isolation : $K < 15 \text{ W / m}^2 \text{ K}$
- Ventilation : ventilation double flux
- Étanchéité du bâtiment à l'air : $N50 < \text{ou} = 0.6 \text{ H-1}$ (obligation de résultat)
- Pont thermique : aucun pont thermique autorisé
- Calorifugeage : tous les conduits seront calorifugés.

Enfin, l'entrepreneur s'engage à tout mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs.

Un homme qualifié sera spécialement désigné pour coordonner la pose de l'enveloppe, son isolation et son étanchéité à l'air».

En outre, s'il est impossible de savoir ce que la partie adverse entend définir comme «poste essentiel pour atteindre le caractère passif standard du bâtiment», il est à tout le moins certain que des postes tels que «l'escalier» (qui semble figurer dans les postes jugés essentiels de l'offre de la requérante et faisant l'objet, à ce titre, d'une demande de justification) sont étrangers au caractère passif ou non du bâtiment.

La partie adverse a donc également violé l'égalité de traitement en ce qu'elle a considéré que pour les soumissionnaires des rangs 2 à 6, les postes qu'elle estime «non essentiels» ne nécessitaient pas d'interrogations alors que pour ce qui concerne l'offre de la requérante, ces mêmes postes jugés pourtant non essentiels faisaient l'objet d'une interrogation du pouvoir adjudicateur, sans que cela ne relève d'une motivation sérieuse pertinente et étayée.

• Qu'il ne fallait pas interroger les soumissionnaires des rangs 2 à 6 parce que, pour les postes jugés anormaux de ces offres, le montant de ceux-ci représentait moins de 1 % du montant total de l'offre.

Pour des postes similaires, la partie adverse a pourtant jugé nécessaire d'interroger la requérante.

Or, l'examen pratiqué par la partie adverse se révèle en outre manifestement inexact puisque pour la plupart des postes considérés anormaux, l'on se situe la plupart du temps - et même souvent de manière sensible - en dessous de 1 % du montant desdits postes avec le montant total de l'offre

- 21.28 Bardage en zinc et support bois : 1,53 %
- 30.32.01.2 Isolation des toitures : 1,17 %
- 30.32.02 Isolation des caissons en bois : 0,64 %
- 31.01.0 Menuiserie extérieure mixte bois/alu :
 - o Poste 3 : châssis fixe + O.B. : 3,77 %
 - o Poste 4 : châssis coulissant : 0,13 %
 - o Poste 5 : mur rideau : 0,83 %
- 31.01.4 Vitrage contrôle solaire : 0,03 %
- 68.10.01 Escalier principal extérieur : 0,12 %

De toute manière, la partie adverse n'explique pas en quoi ce seuil de 1 % de différence allégué – mais non détaillé et non étayé - serait déterminant et relevant pour décider qu'il y a lieu d'interroger certains soumissionnaires et pas d'autres, outre le fait que ce «critère» n'est même pas appliqué de manière objective et rigoureuse.

En conclusion, dans sa décision litigieuse du 20 décembre 2012 écartant l'offre de la requérante comme irrégulière et attribuant le marché à la société momentanée WUST – MOURY, la partie adverse a donc traité de manière arbitraire et différente l'offre de la requérante et les autres offres, notamment les offres classées aux rangs 2 à 6.

La partie adverse a clairement violé le principe de l'égalité de traitement et a fondé sa décision sur des motifs qui ne sont pas les motifs réels et qui ne sont en outre ni exacts ni pertinents.

Sur ce seul moyen, sérieux, il y a lieu de suspendre la décision litigieuse du 20 décembre 2012."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Au vu de ses développements, le moyen doit être interprété en ce sens qu'il fait essentiellement grief à la partie adverse d'avoir, à l'exclusion des autres soumissionnaires, invité la seule requérante à justifier certains prix unitaires apparemment anormalement bas et, ce faisant, d'avoir notamment méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires et d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation.

Il n'est pas contesté que l'invitation, adressée à la requérante, à justifier certains prix unitaires, l'a été en vertu 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, lequel est libellé comme suit :

" § 3. Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long.

La preuve de l'envoi de ces justifications incombe au soumissionnaire.

Lors de la vérification de prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications se référant notamment :

- 1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lorsque le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement

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

Le contrôle des prix apparemment anormaux, ainsi organisé, a essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du délai, et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics. Dans ce contexte, et pour autant qu'il respecte les principes généraux d'égalité entre soumissionnaires et du raisonnable, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une latitude, tant pour procéder à un contrôle des prix que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications.

S'agissant des considérations qui ont déterminé la partie adverse à l'égard de prix unitaires apparemment anormaux proposés dans les différentes offres, elles sont formulées, dans l'acte attaqué, comme suit :

- " Les offres classées du rang 2 au rang 6 présentent ponctuellement des prix unitaires apparemment anormaux, pour des postes dont le montant représente, individuellement, sensiblement moins de 1 % du montant total de l'offre. Aucun des prix unitaires concernés ne se rapporte à des postes essentiels du marché, qui seraient susceptibles de nuire au caractère passif du bâtiment. Seules les firmes B.P.C., classées au rang 1, et BATITEC, classée au rang 7, présentent des prix anormaux qui peuvent faire l'objet d'une justification. Aucune justification n'est demandée à BATITEC, vu le classement de son offre et la nature des postes concernés puisque cela n'aurait pas d'influence sur le classement des offres.

Attendu que l'offre de la firme [B.P.C.], classée au rang 1, présente un grand nombre de prix unitaires apparemment anormalement bas, en regard des prix unitaires offerts par les autres soumissionnaires et de l'estimation, et que l'examen de l'offre montre que les postes apparemment anormaux se rapportent particulièrement à des postes qui sont essentiels pour atteindre le caractère «standard passif» du projet."

Le fait, pour la partie adverse, d'interroger un soumissionnaire à propos des seuls prix unitaires qui, soit représentent un pour cent, ou plus, du montant total de l'offre, soit se rapportent à des postes qui représentent une importance particulière au regard des caractéristiques essentielles du projet (tel, en l'espèce, le caractère "standard passif") ne paraît, *prima facie*, pas relever d'une erreur manifeste d'appréciation: un tel critère est objectif et sa mise en œuvre ne semble pas déraisonnable. Ne paraît pas davantage devoir passer comme relevant d'une erreur manifeste d'appréciation, le fait de ne pas interroger un soumissionnaire dont l'offre est établie à un prix global tel que la justification de prix unitaires n'aurait pas d'utilité. De même, l'importance accordée par la partie adverse aux prix unitaires relatifs à des

postes essentiels au regard du caractère "standard passif" se conçoit-elle, sans qu'il puisse sérieusement lui être fait grief de dénaturer la procédure d'adjudication publique en introduisant des critères autres que le prix. Enfin, la circonstance que, par application des considérations précédemment rappelées, qui ont objectivement guidé la partie adverse, seule la requérante ait été invitée à justifier certains prix unitaires, ne suffit pas à établir que le principe d'égalité entre soumissionnaires aurait été méconnu, et ce, d'autant plus que rien n'indique que l'offre finalement retenue était également affectée de prix apparemment anormaux.

Dès lors qu'aucun des nombreux griefs formulés à l'appui du moyen ne permet, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, de révéler une irrégularité manifeste dont l'acte attaqué serait entaché, particulièrement au regard des dispositions et principes visés, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, des dispositions du cahier spécial des charges et du principe d'égalité de traitement.

En une première branche, elle reproche à la partie adverse, qui a sollicité la production de fiches techniques supplémentaires qui ont été fournies et jugées conformes, d'avoir, malgré cela, remis en cause la conformité des produits par le biais artificiel du caractère anormal des prix. En une deuxième branche, elle fait grief à la partie adverse d'avoir manifestement cherché des motifs inexacts pour écarter son offre. A cet égard, elle soutient notamment que son offre a été déclarée irrégulière en raison de la non-communication d'une fiche technique, alors que celle-ci n'avait été demandée ni par le cahier spécial des charges, ni par le courrier du 22 novembre 2012. En une troisième branche, elle dénonce les conditions de la demande de justification de prix unitaires et l'appréciation portée par la partie adverse sur les justifications. L'argumentation développée au soutien de cette troisième branche est articulée en trois parties: la première querelle la demande de ventilation des postes; la deuxième vise les omissions dans le calcul des prix unitaires; la troisième vise l'appréciation des prix portée sur la base des fiches techniques.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante, et l'écartant, est fondée sur trois motifs qui peuvent être résumés comme suit :

- la requérante n'apporte, à propos des prix unitaires pour lesquels elle était interrogée, aucune justification sur base de critère tels que ceux visés à l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et ne fournit, par ailleurs, aucune autre justification qui pourrait s'avérer intéressante pour la comparaison des prix;
- la ventilation des prix unitaires des postes pour lesquels des justifications étaient demandées révèle différentes omissions;
- s'agissant des fiches techniques des produits proposés, elles sont conformes aux descriptif du cahier des charges et font référence à des produits ou techniques de qualité, mais les prix unitaires ne correspondent pas à ces fiches, tant l'écart est important entre le prix remis et le prix de vente du matériel.

Il ressort de la lecture du moyen que les nombreux griefs formulés par celui-ci concernent les deuxième et troisième des motifs de la décision ainsi querellée, tandis qu'aucune critique n'est élevée à l'égard du premier d'entre eux. Dès lors que ce premier motif, non contesté, suffit à justifier cette décision que l'offre de la requérante était irrégulière et que rien – au terme d'un examen effectué en extrême urgence – n'autorise à considérer que ce motif ne serait pas exact, pertinent et admissible, les critiques exclusivement dirigées contre les deuxième et troisième motifs sont vaines.

Le moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VIII. QUATRIEME MOYEN

VIII. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un quatrième moyen, pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle le formule comme suit :

- " Tout d'abord, le soumissionnaire visé par une demande de justifications de prix considérés a priori comme anormaux doit bénéficier deux garanties essentielles et même substantielles :
 - Tout d'abord, il doit être invité, par lettre recommandée, à fournir les explications utiles sur les prix litigieux endéans un délai minimal de douze jours [...]
 - Ensuite, «on doit lui faire savoir, après l'enquête, quels sont les prix qui ont été considérés comme anormaux. Cette information doit avoir lieu dans les moindres délais, et le soumissionnaire dont l'offre a ainsi été jugée irrégulière peut demander la communication des motifs de son éviction. La communication des motifs se fait dans les douze jours de la demande, et un contrôle juridictionnel peut s'exercer sur ces derniers» [...]

«Chacune de ces garanties est substantielle» [...]

Cette 2^e garantie n'a pas été respectée.

Ensuite, il apparaît clairement, à la lecture des moyens précités que la motivation n'est pas adéquate, n'est ni exacte ni pertinente.

La requérante renvoie à cet égard à l'Arrêt n° 220.121 du 29 juin 2012 à l'occasion duquel le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'est pas exact de prétendre qu'un moyen pris, comme en l'espèce, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ne concernerait que le contrôle externe de la motivation formelle car, pour être adéquate et pertinente, la motivation énoncée dans l'acte doit avoir un contenu matériellement exact et faire une application correcte des dispositions réglementaires mises en œuvre dans la décision."

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les développements du moyen relatif aux garanties dont doit bénéficier le soumissionnaire invité à justifier certains des prix qu'il a proposés, ne permettent nullement, et particulièrement dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, de déterminer en quoi les dispositions visées par le moyen auraient été violées.

Par ailleurs, et pour soutenir que l'acte attaqué ne fait pas l'objet d'une motivation adéquate et pertinente, le moyen repose sur le postulat que les motifs de la décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante sont entachés des vices que dénoncent, par ailleurs, les deuxième et troisième moyens.

Les deuxième et troisième moyens n'ayant pas été considérés comme sérieux, le quatrième, qui prend appui sur les griefs formulés à ce titre, ne peut l'être davantage.

Dès lors que la demande de suspension doit être rejetée à défaut de moyens sérieux, il n'est pas nécessaire de statuer en outre, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, sur d'autres causes éventuelles d'irrecevabilité.

IX. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Les offres des différents soumissionnaires ont été déposées.

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter les offres reçues dans le cadre du marché public litigieux à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de les soustraire à leur consultation.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST et la société anonyme ENTREPRISES GILLES MOURY, ayant formé une société momentanée WUST et MOURY, est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres des différents soumissionnaires demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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, liquidés à la somme de 425 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-six février deux mille treize par :

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.