

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.139 du 12 avril 2013

G./A.208.290/VI-19.931

En cause : **la société anonyme de CONSTRUCTION
ET D'ENTRETIEN**, en abrégé SACE,

ayant élu domicile chez
Me Frédéric POTTIER, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 280,
4000 Liège,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures**, en abrégé SOFICO,

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

Partie intervenante :

**la société privée à responsabilité limitée
THEIS MARCEL**,

ayant élu domicile chez
Me Aurélie KETTELS, avocat,
rue des Pitteurs, n° 41,
4020 Liège.

**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 22 mars 2013, la société anonyme de CONSTRUCTION ET D'ENTRETIEN sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de :

- " - l'exécution de la décision du 6 mars 2013, par laquelle la SOFICO attribue le marché de services de bail d'entretien - brossage et curage - de la propriété le long des autoroutes du district autoroutier de Houffalize (lot 21);

- l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer ce marché à la requérante."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 25 mars 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 9 avril 2013 à 10 heures 30.

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

La société privée à responsabilité limitée THEIS MARCEL a, par une requête introduite le 8 avril 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Laurent-Olivier HENROTTE, loco Me Frédéric POTTIER, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Aurélie KETTELS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 2 octobre 2012, la SOFICO publie au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un bail d'entretien de la propriété le long des autoroutes (brossage et curage). Le même avis est publié aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne du 6 octobre 2012.

III. 2. Il s'agit d'un marché de services, passé selon la procédure d'adjudication publique. Il est découpé en deux lots : le lot 21, qui concerne le District autoroutier de Houffalize, et le lot 22, qui concerne le District autoroutier de Longlier.

Les services qui font l'objet de ce marché comprennent :

- " 1) le nettoyage des filets d'eau sur le domaine autoroutier : berme centrale, entrées et sorties, échangeurs ;
- 2) le nettoyage de revêtement de chaussée ;
- 3) le nettoyage et le curage des chambres de visite et des avaloirs ou des puisards ;
- 4) la mise en centres agréés (C.E.T. ou C.T.A.)
- 5) la signalisation de chantier."

III. 3. L'avis de marché énonce les exigences suivantes en matière de sélection qualitative des soumissionnaires :

- " III.2.2. Capacité économique et financière
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
 - Le soumissionnaire fournira la preuve qu'il ne se trouve pas dans les conditions d'exclusion énumérées à l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et de concession des travaux, tel que modifié.
 - Une déclaration sur l'honneur, établie conformément au modèle repris en annexe 1 de la circulaire du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services (Moniteur belge du 18/07/2001, p. 24.532) et attestant que le(s) soussigné(s) ne se trouve(nt) dans aucune des situations visées par les causes d'exclusion reprises à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. L'attention est attirée sur le fait qu'à quelque stade que ce soit de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut inviter le(s) soussigné(s) à produire les documents et preuves nécessaires.
 - Attestation de non faillite/ou non-concordat judiciaire.
 - Attestation de bonne exécution de travaux similaires pour un montant déterminé.

III.2.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Une note spécifiant la décharge.
Liste du personnel et/ou du matériel."

III. 4. L'ouverture des offres est prévue le 31 octobre 2012.

III. 5. Six entreprises, dont la requérante, ont déposé une offre dans le cadre du lot 21. La société THEIS MARCEL a remis le prix le moins élevé, avec 120.577,90 euros, alors que la requérante se classe deuxième avec un prix de 197.358,22 euros.

III. 6. Le 22 novembre 2012, le Bureau des prix du Service public de Wallonie rend l'avis suivant :

- " Pour les postes principaux de cette adjudication ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des Prix, le tableau DOC C2 (annexe 2) donne la comparaison entre les prix des deux offres les plus basses, ceux de l'estimation initiale et les moyennes statistiques du Bureau des Prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent la totalité de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation rectifiée du Bureau des Prix, une sous-évaluation de l'estimation initiale de -4,89%. Quant à l'offre la plus basse THEIS, elle se situe -30,34% en dessous de cette estimation rectifiée.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix. Elle atteint 172 822,97€. Par rapport notamment à cette estimation rectifiée, on peut évaluer l'importance des postes à prix apparemment anormal relevés chez les deux plus bas soumissionnaires :

Offres Montants (hors T.V.A.)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix	Postes à prix apparemment anormal	Importance de ces postes dans l'offre en question	Importance de ces postes dans l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix
1. THEIS (120 379,92€)	-30,34%	1-7-8-11	37,57%	43,27%
2. S.A.C.E. (147 358,21€)	14,20%	7-8	46,47%	39,80%

On constate donc que :

1. Les deux offres les plus basses THEIS et S.A.C.E. s'écartent respectivement de -30,34% et + 14,20% de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix.
2. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une très grande importance (respectivement 47,27% et 39,80% du total de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix).

En fonction des critères habituels du Bureau des Prix, la conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer les deux offres les plus basses comme globalement suspectes. Il y aurait donc lieu de demander aux entrepreneurs la justification des prix litigieux remis par eux dans cette adjudication sur base de l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8.1.1996.

Votre Direction est la mieux à même de porter un jugement sur la pertinence des arguments que les entrepreneurs avanceront".

III. 7. Le 27 novembre 2012, des courriers sont adressés à la société THEIS MARCEL, ainsi qu'à la requérante, aux fins de leur demander de justifier certains prix unitaires, dans un délai de douze jours calendrier.

III. 8. Par un courrier du 6 décembre 2012, la société THEIS MARCEL répond comme suit:

" POSTE 1 :

Quantité 150 avaloirs X 5 euros = 750 euros

Pour un camion et deux hommes, nous pouvons nettoyer de 150 à 200 avaloirs par jour avec une estimation de 6 h00 de travail pour les 150 avaloirs. Il nous reste une moyenne de 250 euros sur une journée.

POSTE 7 et 8 :

Pour un passage bimestriel, comme signalé dans les quantités de balayage, la quantité d'encrassement n'est pas élevée et le matériel de balayage mis en place pour effectuer le travail est ce qu'il y a de plus conséquent sur le marché actuel avec une turbine de 4000m³ d'aire par heure et d'une capacité de volume de résidu de 14m³. Avec ce genre de matériel, nous arrivons à des rendements de l'ordre de 50 000MCT valable aussi bien pour le côté gauche que le côté droit. La

signalisation est elle aussi de 50 000MCT par jour X 0.018 euros ce qui nous fait un total de 900 euros par jour.

POSTE 11 :

Le prix de revient de la machine, hommes compris, est de 73 euros de l'heure, à ça nous avons ajouté une marge de 10% pour le travail de ce poste."

III. 9. Un document intitulé "Demande d'approbation et d'engagement d'une offre" fait état des considérations suivantes à propos de la justification des prix:

" Justification de l'écart entre la proposition et l'estimation :
Justification des prix litigieux a été demandée le 27/11/2012 aux deux entrepreneurs concernés.
De la justification remise par la SPRL THEIS, on peut déduire que même si les rendements mentionnés semblent élevés, les prix peuvent être considérés comme acceptables compte tenu du fait que la SPRL THEIS dispose d'un matériel très performant et est reconnue unanimement tant en Wallonie qu'en France comme entreprise spécialisée dans ce genre de prestations.
De plus, vu qu'il s'agit d'un marché de services, il n'y a pas comme pour des marchés de travaux de spéculation possible sur les quantités à réaliser en vue d'obtenir une éventuelle révision ultérieure des prix en cas de dépassement de quantités à la hausse ou à la baisse."

Ce même document rappelle, par ailleurs, les circonstances dans lesquelles la société THEIS et la requérante ont été invitées à justifier certains prix unitaires:

" Application de l'A.R. du 25/03/1999
L'avis du bureau des prix a été nécessaire.
Avis a été demandé au Bureau des Prix le 13/11/2012.
Selon ce dernier, on constate que les deux offres les plus basses THEIS et S.A.C.E. s'écartent respectivement de -30,34% et 14,20% de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une grande importance (respectivement 47,27% et 39,80% du total de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix).
En fonction des critères habituels du Bureau des Prix, la conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer les deux offres les plus basses comme globalement suspectes."

III. 10. Le 6 mars 2013, la décision d'attribution du marché litigieux est prise, essentiellement motivée comme suit:

" Considérant qu'à la date du 31/10/2012, fixée pour l'ouverture des offres, les soumissionnaires suivants ont remis offre (selon les données extraites du PV d'ouverture des offres) :

THEIS SPRL HOUFFALIZE	120.577,90 € HTVA
SA CE MILMORT	197.358,22 € HTVA
LAURENTY SA LIEGE	213.656,42 € HTVA
OUPEYE VOIRIE SERVICES SPRL	334.676,62 € HTVA
OUPEYE	
A2 SA BRUXELLES	373.285,34 € HTVA
ARTBEL SA ROCHEFORT	719.767,43 € HTVA

Considérant qu'après correction des erreurs dans les opérations arithmétiques, le montant de l'offre de la s.p.r.l. THEIS est ramené à 120.379,93 € HTVA ;

Sélection qualitative

Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que tous les soumissionnaires satisfont aux critères précités et tels que repris à l'avis de marché ;

Examen des offres et attribution du marché

Etant donné l'écart (-26,76 %) entre la soumission la plus basse (celle de la sprl THEIS) et l'estimation de l'Administration ;

Considérant que, bien que la réglementation en la matière ne l'impose pas, l'avis du Bureau des Prix a été sollicité ;

Considérant que ce dernier a remis son avis le 22/11/2012 et constate que :

1. L'offre la plus basse remise par la SPRL THEIS s'écarte de -30,34% de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix ;

2. les postes à prix apparemment anormal sont d'une très grande importance (47,27% du total de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix).

En fonction des critères habituels du Bureau des prix, la conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement suspecte.

Considérant que justification des prix litigieux a été demandée le 27/11/2012 à la sprl THEIS, conformément à l'article 110 §3 de l'A.R. du 08/01/1996.

Considérant qu'après examen des justifications envoyées le 06/12/12 par la sprl THEIS, l'Administration conclut que les prix remis par celle-ci sont normaux et acceptables ;

Considérant que l'offre de la société THEIS SPRL est régulière et conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges ;

Par ces motifs,

DECIDE

d'attribuer le présent marché à la société THEIS SPRL de HOUFFALIZE pour un montant total de 120.379,93 EUR HTVA à charge de la SOFICO."

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 11. Cette décision a fait l'objet d'une information portée à la connaissance des soumissionnaires par courrier du 7 mars 2013.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 8 avril 2013, la société privée à responsabilité limitée THEIS MARCEL demande à intervenir dans la présente procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE QUANT A SON SECOND OBJET

V.1. Arguments des parties adverse et intervenante

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la recevabilité de la requête, en tant que celle-ci a pour second objet la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante. Elle s'y exprime en ces termes:

- " 12. Outre la suspension de l'exécution de la décision d'attribution, la requérante sollicite que soit suspendue l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.
13. Comme Votre Conseil l'a cependant déjà jugé dans d'autres affaires, «en cas de suspension de la décision d'adjuger le marché [au soumissionnaire retenu], la partie adverse ne serait pas tenue d'attribuer ce marché à la requérante, et ce, quel que soit le moyen déclaré sérieux. Ainsi, pourrait-elle, par exemple, retirer l'acte attaqué et procéder à un nouvel examen des soumissions ou à une nouvelle définition de ses besoins par l'adoption d'un cahier spécial des charges modifié, ou encore abandonner la procédure suivie».
- Le principe de cette jurisprudence a été confirmé dans deux arrêts d'assemblée, dans lequel Votre Conseil a considéré que l'annulation de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à un soumissionnaire doit être réservée à des cas exceptionnels, dans lesquels «le requérant démontre spécifiquement, dans ses moyens, que l'avantage accordé au tiers devait au contraire lui être attribué». Il faut en tout état de cause que le requérant ait «argumenté d'une manière convaincante et pertinente» le caractère exceptionnel des circonstances.
14. Par ailleurs, dans la mesure où la suspension de la décision d'attribution, en fonction des moyens développés par la partie requérante, n'aurait pas pour effet d'oblitérer totalement le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, notamment pour statuer à nouveau sur la régularité des offres ou pour décider de procéder à une nouvelle mise en adjudication, le recours doit être jugé irrecevable en ce qu'il concerne le deuxième acte attaqué.
- L'hypothèse exceptionnelle de la censure d'une décision implicite de ne pas attribuer le marché à un soumissionnaire doit par ailleurs, et a priori, être réservée au contentieux de l'annulation. Dans le contentieux de la suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat se contente en effet de simples apparences de droit et statue alors que la partie adverse a disposé d'un délai réduit au minimum pour préparer sa défense."

Dans sa requête en intervention, l'intervenante oppose la même exception d'irrecevabilité, à l'appui de laquelle elle développe l'argumentation suivante:

- " Il résulte de la jurisprudence de Votre Conseil que la recevabilité d'un recours en suspension d'extrême urgence dirigé contre la décision implicite de non-attribution d'un marché public n'est admissible qu'à la condition que la suspension prononcée impose au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché au soumissionnaire requérant.

Ainsi, dans un arrêt n° 20.493 du 31 août 2012, Votre Conseil a dit pour droit que :

« S'agissant d'examiner l'exception d'irrecevabilité opposée à la demande, en tant que celle-ci a pour second objet la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, il s'impose de constater, à la lecture des trois moyens soulevés dans

la requête, qu'en cas de suspension de la décision d'adjuger le marché à l'intervenante, la partie adverse ne serait pas tenue d'attribuer ce marché à la requérante, et ce, quel que soit le moyen déclaré sérieux. Ainsi, pourrait-elle, par exemple, retirer l'acte attaqué et procéder à un nouvel examen des soumissions ou à une nouvelle définition de ses besoins par l'adoption d'un cahier spécial des charges modifié, ou encore abandonner la procédure suivie.

Dès lors que plusieurs possibilités seraient ainsi offertes à la partie adverse quant à la suite qu'elle réserverait à un arrêt de suspension de la décision d'attribuer le marché à l'intervenante, ordonner la suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante amènerait le Conseil d'Etat à se substituer à la partie adverse.

Il s'ensuit qu'en ce qui concerne son second objet, la demande doit être déclarée irrecevable. » [...].

Cette position fut confirmée par votre Conseil, siégeant en Assemblée générale.

• En l'espèce, comme il sera démontré :

-La requérante n'a aucun intérêt à soulever le premier moyen puisqu'elle a été sélectionnée au terme de la sélection qualitative. Elle n'a donc nullement été préjudiciée d'une éventuelle illégalité quant à la détermination des critères de sélection en amont de la sélection elle-même. La décision implicite de ne pas retenir l'offre de la requérante n'est donc aucunement fondée sur la sélection qualitative, et encore moins sur l'application des critères de sélection qualitative. La suspension du second acte attaqué ne procurerait donc, à cet égard, aucun avantage à la requérante de sorte qu'elle n'a pas intérêt à la solliciter.

L'exception d'irrecevabilité doit, à cet égard, être accueillie indépendamment de l'analyse du moyen puisque même à retenir l'argumentation de la requérante – quod non – il n'en découlerait pas que la SOFICO devrait lui attribuer le marché.

- Pour ce qui concerne le second moyen, en sa première branche, il est uniquement pris du défaut de motivation formelle relative au constat, posé par le pouvoir adjudicateur, de la normalité et de l'admissibilité des prix de l'intervenante. Une suspension du premier acte attaqué, fondé sur un tel défaut de motivation formelle, n'oblige nullement le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché à la requérante, de sorte qu'elle est sans intérêt à solliciter, à cet égard, la suspension de la décision de ne pas lui attribuer ce même marché.

L'exception d'irrecevabilité doit être accueillir, indépendamment de l'analyse du moyen puisque même à retenir l'argumentation de la requérante – quod non – il n'en découlerait pas que la SOFICO devrait lui attribuer le marché.

- Pour ce qui concerne enfin la seconde branche du second moyen, comme il sera démontré infra, la requérante reste parfaitement en défaut de démontrer que l'appréciation au terme de laquelle la SOFICO a considéré les prix de l'intervenante comme étant normaux et admissibles serait manifestement disproportionnée. Elle ne démontre donc nullement que la SOFICO ne pouvait pas le constater et qu'en conséquence, elle devait lui attribuer le marché.

L'exception d'irrecevabilité est sur ce point liée au fond, de sorte que l'intervenante s'en réfère pour le surplus aux développements consacrés infra à la seconde branche du second moyen."

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou

soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, ipso facto, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. DEUXIÈME MOYEN DE LA REQUÊTE – PREMIÈRE BRANCHE

VI. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de l'excès et du détournement de pouvoir, de la violation de l'article 15 et de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation des articles 110 et 113 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 la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de motivation interne des actes administratifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation. En sa première branche, ce moyen est formulé et développé comme suit:

" A.2.a.Première branche : le pouvoir adjudicateur n'a pas formellement justifié dans la décision d'attribution sa décision de déclarer les prix de l'offre de la SPRL THEIS normaux et acceptables

23.Dans sa décision d'attribution du 6 mars 2013, le pouvoir adjudicateur a considéré l'offre la plus basse, à savoir l'offre de la SPRL THEIS, comme «globalement suspecte» (sic).

La partie adverse a, ensuite de cette décision, demandé par courrier du 27 novembre 2012 à la SPRL THEIS de justifier les prix litigieux de son offre, conformément à l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Suite à l'examen des justifications envoyées par la SPRL THEIS le 6 décembre 2012, elle conclut «que les prix remis par celle-ci sont normaux et acceptables» (sic).

Il s'agit du seul passage de la décision attaquée qui explique qu'alors qu'elle a été considérée comme globalement suspecte, l'offre de la SPRL soit finalement néanmoins déclarée régulière.

Suivant les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, d'une part, «les actes administratifs des autorités administratives doivent faire l'objet d'une motivation formelle» et, d'autre part, «la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate».

La décision attaquée ne répond en rien à ces exigences légales : elle ne contient pas les éléments qui permettent de justifier la décision de déclarer normaux et acceptables les prix de l'offre de la SPRL THEIS et d'en vérifier la réalité comme l'exactitude, de même que sa pertinence. Cette décision est même contradictoire, puisque la partie adverse admet, sans le justifier adéquatement, que l'offre la plus basse est globalement suspecte, mais également que les prix remis par la SPRL THEIS sont normaux et acceptables.

La «motivation» de l'acte attaqué ne permet pas à la partie requérante de comprendre à sa seule lecture pour quels motifs l'offre de la SPRL THEIS, alors qu'elle avait été considérée comme globalement suspecte, soit finalement néanmoins déclarée régulière. Elle est donc clairement insuffisante au regard des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Votre Conseil a déjà eu l'occasion d'indiquer que dans le cadre du contrôle qu'il peut exercer à l'égard de l'application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, «il lui revient de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable» (C.E., n° 218.223 du 28 février 2012, S.A. Eurovia Belgium ; C.E., n° 218.422 du 12 mars 2012, S.A. Eurovia Belgium).

L'acte attaqué ne contient aucune motivation qui permettrait de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui l'ont apparemment justifié. Votre Conseil a à cet égard déjà sanctionné une décision d'attribution d'un marché dans laquelle «la normalité des prix ainsi justifiés a été acceptée à la faveur d'une motivation qui ne rend possible aucun contrôle juridictionnel effectif» (C.E., n° 218.323 du 6 mars 2012, S.A. Eurovia Belgium).

L'acte attaqué empêche en outre qu'il soit vérifié que c'est bien le soumissionnaire interrogé sur le prix de son offre qui a fourni les éléments acceptables, précis, concrets et étayés en faits qui permettent de renverser la «présomption» d'anormalité qui entache son offre, une fois qu'un tel constat a été posé. C'est en effet au soumissionnaire interrogé d'apporter une justification concrète de son prix dans le marché en cause (C.E., n° 218.223 du 28 février 2012, S.A. Eurovia Belgium ; C.E., n° 218.422 du 12 mars 2012, S.A. Eurovia Belgium).

24. Il importe peu que dans son courrier du 20 mars 2013 adressé à la partie requérante [...], la partie adverse affirme que «la SPRL THEIS a, pour chaque poste concerné, justifié ses prix, sur base du rendement des machines utilisées, du nombre d'hommes nécessaires à la réalisation de la prestation, et de sa marge bénéficiaire. Il apparaît des explications apportées par la SPRL THEIS que les prix ont été établis de façon méthodique, et non aléatoire. Les rendements et autres éléments justificatifs invoqués ne sont pas apparus irréalistes ou anormaux» (sic.).

Les motifs d'une telle décision doivent en effet être formellement repris dans la décision d'attribution, comme l'exigent les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

En outre, ces motifs doivent exister au moment de l'adoption de l'acte administratif, comme le prévoit implicitement l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993, et avoir été portés à la connaissance de l'autorité compétente pour qu'elle puisse se prononcer en pleine connaissance de cause. Or, tel ne semble pas avoir été le cas au vu du contenu de la décision attaquée, aucun élément de l'acte attaqué ne permet de démontrer que les motifs avancés le 20 mars 2013 étaient présents lors de l'adoption de l'acte attaqué et étaient connus des membres du comité de direction.

Il s'ensuit qu'en déclarant régulière, sans motif adéquat, une offre déclarée préalablement comme globalement suspecte, le pouvoir adjudicateur a violé les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que l'article 65/4, de la loi du 24 décembre 1993, a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ainsi que, par voie de conséquence, l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute cette branche du moyen sur la base des considérations suivantes:

- " 30. Il est inexact de prétendre que la décision d'attribution ne contient pas une motivation formelle adéquate quant à la question du contrôle de la régularité des prix.
Outre l'avis du service des prix, qui concluait à la nécessité d'interroger la société Theis sur la régularité de ses prix unitaires, la décision d'attribution comprend les motifs suivants :
«Considérant que justification des prix litigieux a été demandée le 27/11/2012 à la sprl THEIS, conformément à l'article 110 §3 de l'A.R. du 08/01/1996.
Considérant qu'après examen des justifications envoyées le 06/12/12 par la sprl THEIS, l'Administration conclut que les prix remis par celle-ci sont normaux et acceptables».
Il ressort des motifs de l'acte attaqué que le prix global et certains prix unitaires de l'offre de la société Theis ont été jugés apparemment anormalement bas, qu'il a été demandé à cette société de se justifier, que celle-ci a répondu par un courrier du 6 décembre 2012 et qu'à l'issue d'un examen de ses justifications, ses prix ont été jugés normaux et acceptables.
Cette motivation formelle permet à la société SACE de comprendre que les prix ont fait l'objet d'une vérification et que les justifications offertes par la société Theis ont été acceptées par le pouvoir adjudicateur.
31. Cette motivation formelle est suffisante au regard des exigences de la loi.
Il ressort en effet de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 que la «décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision», notamment «les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction ». Ces motifs sont, aux termes de la loi, «notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues».
La loi n'exige donc pas une motivation formelle spécifique de la régularité des offres, mais uniquement de leur irrégularité.
Par ailleurs, il est constant que l'obligation de motivation formelle n'implique pas l'obligation, pour l'autorité, de donner les motifs de ses motifs. Dans son arrêt S.A. Eurovia Belgium, n° 218.323 du 6 mars 2012, par ailleurs cité par la requérante, Votre Conseil a ainsi notamment décidé que :

«La partie adverse a motivé à suffisance sa décision d'éviction de la requérante, en exposant que l'irrégularité de l'offre de celle-ci résultait du contrôle des prix exercé en vertu de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, et en se référant aux conclusions du rapport de l'auteur de projet, établi à l'occasion de ce contrôle, conclusions aux termes desquelles, selon la motivation de l'acte attaqué, "les justifications de prix demandées à l'entreprise EUROVIA qui a remis l'offre la plus basse ne sont pas convaincantes étant donné que certains postes ne concordent pas avec la réalité et que certains prix unitaires conservent un caractère anormalement bas". En indiquant de la sorte les raisons de l'éviction de la requérante, la partie adverse n'était pas tenue d'exposer en outre les motifs de ses motifs, en indiquant les prix dont le caractère anormalement bas était avéré ou en intégrant les considérations de l'auteur de projet y relatives»

Cette logique vaut, a fortiori, lorsque la décision de l'autorité est de considérer une offre comme régulière.

32. La requérante affirme que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans son examen de la régularité des prix. Elle n'expose cependant aucune argumentation de nature à démontrer l'existence d'une erreur, et a fortiori d'une erreur manifeste d'appréciation.

Cet aspect du moyen ne peut donc être retenu.

33. La première branche est non-fondée. "

Dans sa requête en intervention, l'intervenante formule les observations suivantes:

- " Il faut tout d'abord préciser que le devoir de motivation formelle appliqué à cette problématique a été interprété par Votre Conseil comme n'entraînant pas l'obligation que figurent dans la décision même les motifs pour lesquels les prix d'un autre soumissionnaire n'ont pas été considérés comme anormaux ou encore les motifs pour lesquels le caractère éventuellement anormal de ces prix n'a pas conduit à la déclaration d'irrégularité de la soumission de ce concurrent (C.E., n° 58.854 du 27 mars 1996).

Il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'exiger la motivation d'une décision rejetant une offre en raison de l'anormalité des prix qu'elle contient. En cette hypothèse, la motivation doit présenter un niveau de précision plus élevé.

C'est précisément ce qu'a rappelé Votre conseil en l'arrêt cité par la requérante, n° 218.422 du 12 mars 2012 en cause Eurovia.

Or, dès lors que la motivation formelle a été jugée comme n'impliquant pas les mêmes exigences selon qu'il s'agisse de rejeter ou d'accueillir une offre en raison ou malgré son caractère anormalement bas, le constat déduit d'un arrêt relatif à la première hypothèse ne peut s'appliquer indistinctement à la seconde hypothèse, soit celle du cas d'espèce.

•Notons que votre Conseil a rappelé, dans un arrêt n° 221.759 du 14 décembre 2012 que :

«La partie adverse disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Rien ne l'obligeait à considérer l'offre de l'attributaire comme irrégulière et à l'écarter au motif que celui-ci proposait un prix anormalement bas.

Ce à quoi l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 l'obligeait, c'était à demander une justification du prix dans l'hypothèse où elle aurait envisagé d'écarter l'offre en raison du caractère apparemment élevé ou apparemment bas des prix unitaires.

Les parties requérantes n'établissent pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas comme apparemment

anormal le prix remis par l'attributaire du marché ainsi que par l'autre soumissionnaire dont l'offre a été jugée régulière.»

Dès lors que le pouvoir adjudicateur n'est pas même tenu de faire application du mécanisme de l'article 110, §3, de l'AR du 8 janvier 1996, parce qu'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, ce pouvoir est d'autant plus important lorsque, choisissant d'en faire application, le pouvoir adjudicateur estime que les justifications apportées par le soumissionnaire sont satisfaisantes et lui permettent d'admettre ses prix.

•En réalité, la question qu'il convient de se poser à ce stade est celle de savoir si les motifs du premier acte attaqué permettent de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a admis les prix de l'intervenante et si ces motifs permettent à Votre Conseil d'exercer son contrôle au titre de l'erreur manifeste d'appréciation (exactitude pertinence et réalité des motifs).

Or, le pouvoir adjudicateur a clairement précisé les motifs pour lesquels il a considéré les prix de l'intervenante comme normaux et acceptables, à savoir parce qu'il a été convaincu par les justifications de l'intervenante.

Sauf à exiger les motifs de ces motifs, une telle motivation est suffisante.

•Par ailleurs, elle permet largement à Votre conseil d'exercer son contrôle. Le motif du premier acte attaqué est de considérer les justifications de la SPRL THEIS comme suffisantes et convaincantes.

Or, Votre Conseil peut aisément, à la lecture de ces justifications, vérifier si elles sont exactes, réelles et pertinentes, ce qu'il ne manquera pas de faire étant saisi de la seconde branche du présent moyen.

Le premier acte attaqué est donc parfaitement et adéquatement motivé."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La raison d'être de l'obligation de motiver en la forme qu'impose la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs, est d'informer le destinataire d'un acte administratif des raisons qui ont amené son auteur à l'adopter, de façon à ce qu'il puisse apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer.

En l'espèce, il s'impose de relever que, s'agissant des prix unitaires que l'intervenante a été invitée à justifier, et nonobstant leur importance relative ainsi que le fait qu'ils avaient été, dans un premier temps, jugés "globalement suspects", la normalité de ces prix ainsi justifiés a été acceptée à la faveur d'une motivation qui ne permet pas de comprendre les raisons de cette appréciation et ne rend possible aucun contrôle juridictionnel effectif. De plus, en motivant cette acceptation par les considérations selon lesquelles "la SPRL THEIS dispose d'un matériel très performant et est reconnue unanimement tant en Wallonie qu'en France comme entreprise spécialisée dans ce genre de prestations", les services de l'administration régionale, dont la partie adverse semble s'être approprié les conclusions, ont usé d'une formule qui n'atteste pas le caractère circonstancié des appréciations portées sur les prix afférents aux postes concernés par les demandes de justification adressées à l'attributaire du marché.

Il suit de ces considérations que le deuxième moyen, en sa première branche, doit être déclaré sérieux.

VII. MOYEN NOUVEAU – PREMIÈRE BRANCHE

VII. 1. Arguments des parties

A l'audience du 9 avril 2013, la requérante soulève un moyen nouveau, pris de la violation de l'article 8.1 du cahier spécial des charges, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 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 68, 71 à 74 et 113 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'excès et du détournement de pouvoir, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation. En une première branche, elle fait grief à la partie adverse de n'avoir pas fait mention, dans l'acte attaqué, du fait que l'intervenante avait déposé une offre incomplète au regard des documents requis pour la sélection qualitative et avait été invitée à la compléter. La requérante estime que ce silence révèle un défaut manifeste de motivation formelle de l'acte attaqué. En une seconde branche, elle fait valoir que rien ne permet d'être assuré de ce que – nonobstant la mention qui y est faite – les attestations d'exécution de travaux similaires, qui n'ont été versées au dossier administratif que la veille de l'audience, étaient bien jointes au courrier du 16 novembre 2012 par lequel l'intervenante a complété son offre, ni de ce que ce courrier a bien été adressé par l'intervenante pour les besoins de la procédure relative au lot litigieux. A l'estime de la requérante, le doute est entretenu, à cet égard, par le fait que ce courrier du 16 novembre 2012 porte la référence " lot 81.22 pour balayage", étrangère au lot litigieux. Elle conclut qu'en considérant, dans l'acte attaqué, que tous les soumissionnaires satisfaisaient aux exigences imposées au titre de la sélection qualitative, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation.

La partie adverse reconnaît que le dossier administratif ne permet certes pas d'identifier avec certitude les circonstances dans lesquelles l'intervenante a complété son offre et qu'il n'est notamment pas possible d'établir à suffisance que les attestations d'exécution de travaux similaires ont bien été jointes à l'appui de la lettre du 16 novembre 2012. Elle considère toutefois qu'il ne peut être déduit de cette situation que ces attestations n'auraient jamais été produites dans le courant de la procédure d'attribution, ni qu'elles auraient été subitement communiquées pour les besoins de la présente procédure.

L'intervenante déclare faire sienne la thèse soutenue par la partie adverse.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

Prima facie, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens.

Toutefois, le législateur a précisé que, dans le cadre de cette procédure, "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

En conséquence, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente, de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, cette exigence n'est assurément pas rencontrée pour ce qui concerne la seconde branche du moyen, dont l'examen nécessitait que fussent suffisamment établies les circonstances dans lesquelles l'intervenante a communiqué à la partie adverse les attestations de bonne exécution de travaux similaires. Or, les débats ont précisément révélé les nombreuses incertitudes qui entourent ces circonstances.

Dès lors qu'il n'a pu être débattu au cours de l'audience de tous les aspects relatifs à cette critique de légalité que formule le moyen nouveau, en sa deuxième branche, celui-ci doit, dans cette mesure, être déclaré irrecevable.

En revanche, s'agissant de la première branche, par le biais de laquelle la requérante dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle qui incombait à la partie adverse, l'illégalité alléguée apparaît bien évidente et a pu être débattue en tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, il ressort de la lecture du dossier administratif que l'offre déposée par l'intervenante était incomplète, du point de vue des documents demandés

au titre de la sélection qualitative, et que ce soumissionnaire a été invité à la compléter.

Il ne paraît pas qu'une décision qui ne fait nullement apparaître qu'un soumissionnaire a été invité à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative puisse être tenue pour adéquatement motivée.

Pareille décision, qui ne révèle pas toutes les étapes de la procédure, ne permet, en effet, pas de vérifier si les circonstances dans lesquelles l'intervenante a été amenée à compléter son offre ne trahissent pas une méconnaissance du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Il suit de ces considérations qu'en sa première branche, le moyen nouveau doit être déclaré recevable et sérieux.

VIII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée qui l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée THEIS MARCEL dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 6 mars 2013 par laquelle la SOFICO attribue le marché de services de bail d'entretien - brossage et curage - de la propreté le long des autoroutes du district autoroutier de Houffalize (lot 21) à la société privée à responsabilité limitée THEIS MARCEL.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.