

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.170 du 16 avril 2013

G./A.208.275/VI-19.930

En cause : **la société anonyme LUX GREEN**, en abrégé LUX GREEN,

ayant élu domicile chez
Mes Laurent-Olivier HENROTTE et
Stéphanie VAN DER MERSCH, avocats,
route de Hannut, n° 47/3,
5004 Namur,

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.

Requérante en intervention :

la société privée à responsabilité limitée Marcel THEIS,

ayant élu domicile chez
Mes Luc MISSION et
Aurélie KETTELS, avocats,
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 21 mars 2013, la société anonyme LUX GREEN, en abrégé LUX GREEN, 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 ordinaire des plantations et des engazonnements le long des autoroutes - lot 21;
- l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer ce marché à la requérante".

Selon la requérante, cette décision lui a été notifiée par télécopie et courrier recommandé le 7 mars 2013.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société privée à responsabilité limitée Marcel THEIS a, par une requête introduite le 2 avril 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 22 mars 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 3 avril 2013 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Laurent-Olivier HENROTTE et Aurélien VANDEBURIE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Aurélie KETTELS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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. La SOFICO a fait publier au Bulletin des adjudications du 3 octobre 2012 un avis de marché relatif au marché de services de bail d'entretien ordinaire des plantations et des engazonnements le long des autoroutes.

Ce marché a également fait l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne du 6 octobre 2012.

III. 2. Le marché devait être passé par adjudication publique.

Il est divisé en deux lots :

- Lot 21 : district autoroutier de Houffalize;
- Lot 22 : district autoroutier de Longlier.

III. 3. Selon l'article 12 du cahier spécial des charges, le marché devait être conclu pour quatre périodes d'un an se succédant sans interruption.

III. 4. L'article 8.2., du cahier spécial des charges indique ce qui suit :

- " Sélection qualitative.
Le soumissionnaire devra fournir les documents suivants :
→ une des références prévues au point 1° de l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (référence sur la capacité économique : déclaration bancaire appropriée ou preuve d'une assurance des risques professionnels);
→ les références prévues aux points 2° a et b, 4° et 5° de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 :
- liste des principaux services exécutés au cours des 3 dernières années;
- déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels pendant les 3 dernières années;
- déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire disposera pour l'exécution des services;
→ le soumissionnaire atteste sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans l'une des causes d'exclusion prévues par l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996".

III. 5. L'article 9, intitulé "Dépôt des offres", porte que :

- " L'offre et les documents requis doivent être envoyés à Monsieur ir P.Y. TRILLET, Directeur des Ponts et Chaussées ff, Service Public de Wallonie - Direction des routes du Luxembourg; Place Didier, 45, 3^{ème} étage, 6700 – ARLON. [...]".

III. 6. La séance d'ouverture des offres a eu lieu le 31 octobre 2012, à 11 heures.

Les soumissionnaires suivants y ont été déposé une offre :

société privée à responsabilité limitée THEIS	182.316, 60 euros
société anonyme LUX GREEN	189.718, 53 euros
société anonyme A2	192.472, 72 euros
société anonyme ARTBEL	250.311, 25 euros
société anonyme KRINKELS	250.885, 46 euros.

III. 7. Le 6 mars 2013, le comité de direction de la SOFICO a pris la décision d'attribuer ce marché à la société THEIS.

Il s'agit de la première décision attaquée.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Le conseil de la société privée à responsabilité limitée Marcel THEIS a déposé le 2 avril 2013 une requête par laquelle celle-ci demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Il est apparu à l'audience que la société Marcel THEIS avait déposé un mandat rédigé en termes vagues, ses conseils étant désignés "pour les besoins de la présente cause", qu'il concernait une autre procédure, que, de surcroît, la requérante n'avait pas déposé la copie de ses statuts et qu'il n'était pas possible de vérifier si la décision d'agir en justice émanait de l'organe de la société ayant qualité à cette fin.

Dans ces conditions, la requête en intervention ne peut qu'être déclarée irrecevable.

V. EXTREME URGENCE

La requérante fait valoir que la décision attaquée lui a été communiquée par télécopie et envoi recommandé le 7 mars 2013, que la requête a été introduite le 21 mars 2013 et qu'ainsi le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a été respecté.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SON SECOND OBJET

VI. 1. Arguments de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse constate que la requérante poursuit outre la suspension de l'exécution de la décision d'attribution, celle de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.

Elle affirme que, dans la mesure où la suspension de la décision d'attribution, en fonction des moyens développés par la 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.

Elle soutient que "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".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, la partie adverse peut être suivie en ce qu'elle soutient que l'hypothèse exceptionnelle de la censure d'une décision implicite de refus d'attribuer un marché public à un soumissionnaire doit être réservée au contentieux de l'annulation.

Il n'apparaît pas qu'en cas de suspension de la décision d'attribuer le marché à la société Marcel THEIS, la partie adverse serait tenue d'attribuer ce marché à la requérante, quel que soit le moyen déclaré sérieux.

Ainsi, la partie adverse pourrait-elle, notamment, retirer le premier acte attaqué et procéder à un nouvel examen des soumissions, ou encore renoncer à passer le marché.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société Marcel THEIS, la requête ne paraît pas recevable en son second objet.

VII. PREMIER MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de :

- " - l'excès et du détournement de pouvoir;
- de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de la violation des articles 68, 71 à 74, 110, §§ 1 et 2, 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 sur la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation de l'article 8.2. du cahier spécial des charges;

- de la violation du principe *pater legem quam ipse fecisti*, du principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de transparence, du principe d'intangibilité des offres et du principe de motivation interne des actes administratifs;
- et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Ce premier moyen est divisé en trois branches.

En une première branche, la requérante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir permis la régularisation a posteriori d'une offre qu'elle tient pour irrégulière, celle de la société Marcel THEIS.

Elle fait valoir que, sur la demande des conseils de la requérante, la partie adverse a transmis une copie d'une partie de l'offre de la société Marcel THEIS et que cette offre contiendrait les documents suivants :

- " ► Une déclaration sur l'honneur, datée du 30 octobre 2012, indiquant que ce soumissionnaire ne se trouve dans aucune des situations visées par les causes d'exclusion reprises à l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;
- L'annexe 2 à l'offre de prix, étant la note spécifiant les centres agréés dans lesquels les déchets seront évacués;
- Un certificat de capacité, non daté, établi par l'entreprise SCREG GRANDS TRAVAUX;
- Une attestation, datée du 10 décembre 2012, établie par la S.A. SOCOGETRA;
- Une attestation de bonne exécution des travaux, datée du 13 décembre 2012, établie par la S.A. BETONAC;
- Une attestation, datée du 10 décembre 2012, établie par l'entreprise Martin Jacques;
- Une liste de chantiers effectués et la liste de matériel de l'entreprise, datée du 19 novembre 2012, établie la S.P.R.L. THEIS MARCEL. Ce document indique également l'effectif moyen annuel de l'entreprise;
- Un document, non daté, décrivant les données techniques d'un tracteur;
- Une attestation d'assurance, datée du 16 novembre 2012, établie par les assurances AG;
- Une attestation, datée du 19 novembre 2012, établie par le SPW – DGO1 «Routes et Bâtiments»;
- Un courrier, daté du 25 octobre 2012, établi par le SPW – DGO1 «Routes et Bâtiments». La mention manuscrite suivante est présente sur ce document : «Reçu au courrier le Ma 30/10/12 et renvoyé le Me 31/10/2012».
- Un courrier, daté du 6 juin 2012, établi par le SPW – Département du Réseau de Namur et du Luxembourg;
- Un certificat d'assurance, daté du 14 août 2012, établi par les assurances AG;
- Une attestation du tribunal de commerce de Marche-en-Famenne datée du 14 novembre 2012".

La requérante affirme que l'offre déposée par la société Marcel THEIS est datée du 30 octobre 2012, que tous les documents d'une date postérieure au 30 octobre 2012 ne pouvaient logiquement être présents dans l'offre déposée avant l'ouverture des soumissions, qu'il s'agit, notamment, des documents suivants, qui ont nécessairement dû y être joints ultérieurement :

- " ► L'attestation, datée du 10 décembre 2012, établie par la S.A. SOCOGETRA;

- L'attestation de bonne exécution des travaux, datée du 13 décembre 2012, établie par la S.A. BETONAC;
- L'attestation, datée du 10 décembre 2012, établie par l'entreprise Martin Jacques;
- La liste de chantiers effectués et la liste de matériel de l'entreprise, datée du 19 novembre 2012, établie la S.P.R.L. THEIS MARCEL;
- L'attestation d'assurance, datée du 16 novembre 2012, établie par les assurances AG;
- L'attestation, datée du 19 novembre 2012, établie par le SPW – DGO1 «Routes et Bâtiments»;
- Le courrier, daté du 25 octobre 2012, établi par le SPW – DGO1 «Routes et Bâtiments». La mention manuscrite suivante est présente sur ce document : «Reçu au courrier le Ma 30/10/12 et renvoyé le Me 31/10/2012»",

que ces documents ont été déposés après la séance d'ouverture des offres, à la demande de la partie adverse, que celle-ci a confirmé par courrier du 19 mars 2013 (pièce n° 5) que la société Marcel THEIS avait été invitée à compléter son dossier de sélection qualitative en date des 12 novembre et 3 décembre 2012.

La requérante soutient qu'en application de l'article 8.2. du cahier spécial des charges, chaque soumissionnaire devait joindre à son formulaire d'offre les documents exigés en termes de sélection qualitative et que le formulaire mentionnait la liste des documents à joindre, parmi lesquels étaient visés les documents requis afin de procéder à l'évaluation de la capacité technique, économique et financière des soumissionnaires (p. 4, point E).

Elle entend en déduire qu'une offre qui ne contenait pas les documents prescrits ne pouvait qu'être déclarée irrégulière, qu'il s'agissait d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que les documents qui devaient être déposés dans l'offre devaient permettre de procéder à la vérification de la capacité technique, économique et financière des soumissionnaires, étape obligatoire dans le processus de désignation du soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la moins-disante et qu'étant irrégulière, cette offre aurait dû être écartée.

Elle soutient encore que le soumissionnaire a produit finalement les documents manquants mais après l'ouverture des offres, que la régularisation a posteriori d'une offre est interdite, à plus forte raison lorsque l'irrégularité constatée est substantielle, que si l'article 115, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet, dans de strictes limites, à un pouvoir adjudicateur de prendre contact avec un soumissionnaire, elle ne l'autorise pas à permettre qu'un soumissionnaire puisse régulariser une offre qui ne satisfait pas aux dispositions des documents du marché, a fortiori lorsque l'irrégularité est substantielle.

Elle fait valoir que si le pouvoir adjudicateur peut, dans le respect du principe d'égalité, inviter les soumissionnaires concernés à compléter leur offre, il ne peut le faire que moyennant une motivation adéquate, laquelle fait entièrement défaut dans la décision attaquée.

B. Note d'observations

Quant au premier moyen, la partie adverse fait valoir dans sa note d'observations que la phase de sélection qualitative et l'examen de la régularité de l'offre qui s'opère au stade de la comparaison des offres ne peuvent être confondus, que l'omission d'une annexe relative à la sélection qualitative n'a pas nécessairement les mêmes conséquences que l'omission d'une annexe liée à l'offre elle-même, que la première omission, qui ne concerne que la démonstration de la capacité économique, financière et technique du soumissionnaire, n'a a priori pas d'influence sur le contenu de l'offre et donc sur la comparaison des différentes offres déposées et qu'elle n'affecte pas en principe la régularité de l'offre.

A la première branche du moyen, la partie adverse oppose à l'irrégularité affirmée de l'offre que l'article 8.2 du cahier spécial des charges ne prescrivait pas la jonction des annexes relatives à la sélection qualitative à peine de nullité, qu'en ce qu'il énonce que l'offre de la société Marcel THEIS était "irrégulière" et même frappée d'une "irrégularité substantielle" parce qu'elle n'était pas accompagnée de tous les documents visés par le cahier spécial des charges, le moyen manque en droit, qu'il ne peut donc être prétendu que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en n'écartant pas l'offre de la société Marcel THEIS pour cause d'irrégularité, que l'affirmation selon laquelle il était exclu de "régulariser" l'offre a posteriori est également fondée sur l'affirmation erronée selon laquelle l'offre de la société Marcel THEIS était irrégulière du seul fait que certains documents relatifs à la sélection qualitative n'étaient pas joints à cette offre.

La partie adverse oppose encore que le moyen manque en droit en ce qu'il invoque un défaut de motivation formelle de la décision pour ce qui concerne la demande adressée à la société Marcel THEIS de compléter les documents joints à son offre et qu'aucune disposition législative ni aucun principe général de droit n'impose à l'autorité de motiver, au préalable ou a posteriori, sa décision de faire usage de l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, le moyen paraît reposer sur une confusion entre les conditions respectives de la sélection qualitative et celles de la régularité de l'offre.

Lorsqu'un soumissionnaire est resté en défaut de joindre à son offre certains des documents exigés en vue de la sélection qualitative, l'article 110, § 1^{er} et § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne trouve pas à s'appliquer, celui-ci traitant de la régularité des offres après vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats non exclus par le pouvoir adjudicateur conformément aux règles de la sélection qualitative.

En l'espèce, il apparaît que les documents relatifs à la sélection qualitative devaient être joints à l'offre, sans cependant que le cahier spécial des charges précise qu'ils devaient l'être à peine de nullité, d'irrégularité ou d'exclusion de l'offre.

Prima facie, le moyen, en ce qu'il est pris de l'irrégularité de l'offre, manque en droit dans sa première branche.

Toutefois, cette constatation ne suffit pas à faire apparaître le moyen comme non sérieux en sa première branche.

Le moyen est pris encore du défaut de motivation de la décision attaquée, en ce que celle-ci ne fait pas apparaître que la société Marcel THEIS a été invitée à compléter son offre.

S'agissant d'un marché de services, l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur d'inviter, dans les limites des articles 69 à 73ter, les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter.

Le pouvoir adjudicateur est tenu, dans l'exercice de cette faculté, de respecter le principe d'égalité. S'il invite un soumissionnaire à compléter les documents de la sélection qualitative, il doit offrir la même possibilité à tout autre soumissionnaire qui se trouve dans une situation comparable.

En l'espèce, il n'apparaît pas que, dans la motivation de la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur ait fait ressortir qu'un soumissionnaire, en l'espèce la société Marcel THEIS, avait été invité à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative sur la base de l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

On peut suivre la partie adverse en ce qu'elle soutient que ni cette disposition ni aucune autre règle de droit n'impose au pouvoir adjudicateur

l'obligation de motiver sa décision lorsqu'il invite un soumissionnaire à compléter ou à expliciter les documents nécessaires à la sélection qualitative.

Mais ceci n'emporte pas, *prima facie*, que dans la motivation de la décision même d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a bénéficié de cette invitation cet épisode de la sélection qualitative puisse être passé sous silence.

Cette motivation paraît indispensable pour que puisse être vérifié le respect du principe d'égalité dans le traitement des différentes offres.

En l'espèce, la motivation de la première décision attaquée ne fait pas mention de l'invitation à compléter son dossier adressée en dates des 12 novembre et 3 décembre 2012 à la société Marcel THEIS.

La première décision attaquée ne permet pas de vérifier que les soumissionnaires ont été traités sur pied d'égalité quant aux exigences de la sélection qualitative.

Considéré en ce qu'il est pris du défaut de motivation de la première décision attaquée, le moyen apparaît sérieux en sa première branche.

VIII. SECOND MOYEN

VIII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un second moyen de :

- " - l'excès et du détournement de pouvoir;
- de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- 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 sur la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe d'égalité entre soumissionnaires;
- et de l'erreur manifeste d'appréciation".

En une première branche, la requérante affirme que le pouvoir adjudicateur a, après avoir déclaré anormalement bas certains postes du marché,

considéré comme normal le prix offert par la société Marcel THEIS sans motivation pertinente.

Elle fait valoir que, dans sa décision d'attribution du 6 mars 2013, le pouvoir adjudicateur a considéré que les postes à prix suspects ou apparemment anormalement bas de l'offre de la société Marcel THEIS étaient d'une importance relativement faible, qu'ils n'étaient pas de nature à mettre l'économie générale du marché en péril, qu'en conséquence, aucune demande de justification des prix unitaires n'a été adressée à ce soumissionnaire et que les prix remis dans cette offre ont été considérés comme normaux et acceptables (sic.).

La requérante soutient que le seul motif exprimé dans la décision d'attribution pour lequel les prix des postes litigieux ont été qualifiés de normaux et d'acceptables tient en ce qu'ils sont d'une faible importance et qu'ils ne sont pas de nature à mettre l'économie générale de ce marché en péril.

Elle affirme que cette justification n'est pas pertinente, que la ratio legis du contrôle des prix anormalement bas n'est pas de pourvoir à la bonne exécution des marchés publics, mais aussi de protéger les exigences d'une saine concurrence (C.E., n° 220.343 du 19 juillet 2012, Sixco).

Elle énonce que c'est indûment que, dans son courrier du 19 mars 2013, la partie adverse a énoncé 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".

Elle affirme que les motifs d'une telle décision doivent être formellement mentionnés dans la décision d'attribution, qu'ils sont les seuls motifs sur lesquels la partie adverse peut fonder sa décision, que ces motifs doivent exister au moment de l'adoption de l'acte administratif et avoir été portés à la connaissance de l'autorité compétente, ce qui ne semble pas avoir été le cas au vu du contenu de la décision attaquée, les membres du comité de direction n'ayant pas été informés, au jour de son adoption, de l'envoi à la société Marcel THEIS d'une demande de justification des prix.

Elle relève que, dans son courrier du 19 mars 2013, la partie adverse affirme que :

" nonobstant l'avis du bureau des prix, la SPRL THEIS ainsi que la requérante ont été invitées à justifier les prix apparemment anormaux décelés par le Bureau des prix (sic.)".

Selon la requérante, cette affirmation confirme que certains postes ont été déclarés apparemment anormaux par la partie adverse avant qu'elle ne se ravise, sans fondement véritable, que cette affirmation contredit celle présente dans la décision d'attribution, qu'il y est indiqué en effet que :

" (...), l'offre la plus basse peut être acceptée sans qu'une demande de justification des prix unitaires soit nécessaire".

Elle conclut qu'en adoptant la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur a violé les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, quant à la première branche du moyen, la partie adverse reproduit la décision d'attribution attaquée et affirme que figure dans ses motifs la teneur de l'avis rendu par le bureau des prix du S.P.W. au sujet du lot 21, soit le marché dont l'attribution est contestée, que le bureau des prix a conclu qu'il n'était pas nécessaire de demander une justification des prix unitaires, que le dernier considérant est relatif à l'examen des prix unitaires de l'offre de la société Marcel THEIS par le pouvoir adjudicateur et que selon ce considérant ces prix "ont été jugés normaux et acceptables".

La partie adverse admet que ce dernier motif aurait été plus clair, sur le plan de la motivation formelle, s'il avait contenu une référence à la demande de justification adressée à la société Marcel THEIS et à la réponse que celle-ci a apportée le 17 décembre 2012.

Elle affirme que, "néanmoins, ce motif formel permet de comprendre que l'administration a bien réalisé un examen des prix unitaires, et a conclu de cet examen que ces prix étaient «normaux et acceptables»".

La partie adverse soutient encore que, "quant à l'exactitude des motifs matériels, le dossier administratif prouve que la société THEIS a bien été interrogée concernant trois de ses prix, et qu'elle a justifié chacun de ceux-ci" et que la branche du moyen manque en fait, en ce qu'elle repose sur ce que l'appréciation du pouvoir adjudicateur quant à la normalité des prix unitaires est exclusivement fondée sur le peu d'importance de ceux-ci dans le prix global.

Selon la partie adverse, les prix unitaires ont été contrôlés, la décision d'attribution fait état de ce contrôle ainsi que de son résultat et aucune contradiction n'existe entre les motifs de l'acte attaqué et le fait d'avoir demandé des justifications de prix unitaires à la société Marcel THEIS.

Elle énonce que l'avis du bureau des prix, qui est essentiellement fondé sur une appréciation du prix global de l'offre, et la conclusion selon laquelle les prix de la société Marcel THEIS sont "normaux et acceptables", ne sont pas non plus contradictoires, cet avis et cette conclusion étant fondés sur deux techniques différentes d'examen des prix et aboutissant, en définitive, au même résultat, à savoir la régularité de l'offre de la société Marcel THEIS.

La partie adverse conclut que la première branche du moyen est non-fondée.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision motivée d'attribution du marché adoptée le 6 mars 2013 par le pouvoir adjudicateur porte notamment ce qui suit :

" Examen des offres et attribution du marché

Etant donné l'écart (- 15,43 %) entre la soumission la plus basse (celle de la SPRL THEIS Marcel) et l'estimation de l'Administration;

Considérant que l'avis du Bureau des Prix a été sollicité;

Considérant que ce dernier a remis son avis le 19/11/2012 et constate que :

1. l'offre la plus basse remise par la SPRL THEIS s'écarte de -8,13 % de l'estimation rectifiée généralisée du Bureau des Prix;

2. les postes à prix apparemment anormal sont d'une importance relativement faible (4,86% 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 acceptable et les postes à prix suspect comme n'étant pas de nature à mettre l'économie générale de ce marché en péril.

En conséquence, l'offre la plus basse peut être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaires soit nécessaire.

Considérant qu'après examen, l'Administration conclut que les prix remis par la société THEIS SPRL 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 182.316,60 EUR HTVA à charge de la SOFICO.

[...]"

Il apparaît que, dans la décision précitée, c'est en tenant compte de "la conjonction de deux paramètres", soit l'importance relativement faible de ces postes et l'écart de - 8, 13 % de l'estimation du bureau des prix que l'offre la plus basse a été qualifiée de "globalement acceptable" et que les "postes à prix suspects" ont été considérés par le pouvoir adjudicateur "comme n'étant pas de nature à mettre l'économie générale du marché en péril".

Prima facie, c'est à juste titre que la requérante affirme que cette justification n'est pas pertinente.

Par la première décision attaquée, la partie adverse ne paraît pas avoir fait ressortir à suffisance les motifs pour lesquels elle a pu considérer, dans un premier temps, que l'offre la plus basse présentait des postes à prix apparemment anormaux ou des prix suspects, puis conclure, dans un second temps, que l'offre la plus basse pouvait être acceptée sans qu'une demande de justification des prix unitaires soit nécessaire.

Ce changement d'attitude demandait à être expliqué et justifié dans la première décision attaquée, comme l'exige l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Prima facie, la partie adverse est restée en défaut d'apporter ces explications et justifications dans la motivation de la première décision attaquée.

C'est à juste titre que la requérante soutient que les considérations énoncées par la partie adverse dans son courrier du 19 mars 2013 tendent à contredire celles de la première décision attaquée.

Le moyen paraît sérieux en sa première branche.

IX. BALANCE DES INTERETS

La requérante énonce que la suspension de la décision d'attribution n'entraînerait pas, pour la partie adverse, des conséquences négatives supérieures aux avantages qui en découleraient, que le marché représente un enjeu important pour elle,

tant sur le plan financier qu'en termes de références et qu'il constitue une importante charge de travail pour les personnes qu'elle emploie.

En l'absence de toute indication contraire émanant de la partie adverse, il n'apparaît pas que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur leurs 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 dans la procédure en référé d'extrême urgence est irrecevable.

Article 2.

La requête est rejetée en tant qu'elle a pour objet la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la société anonyme LUX GREEN.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de la décision du 6 mars 2013, par laquelle la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures attribue à la société privée à responsabilité limitée THEIS le marché de services de bail d'entretien ordinaire des plantations et des engazonnements le long des autoroutes - lot 21.

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
seize avril deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président f.f.,
---------------------	--------------------

Charles-Henri VAN HOVE.	Paul LEWALLE.
-------------------------	---------------