

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 224.552 du 4 septembre 2013

G./A.209.587/VI-20.025

En cause : **la société anonyme SITA REMEDIATION**,
ayant élu domicile chez
Mes P. THIEL, V. DOR et
S. BEN MESSAOUD, avocats,
chaussée de la Hulpe 178,
1170 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme société publique d'aide à la
qualité de l'environnement, en abrégé SPAQuE**,
ayant élu domicile
boulevard d'Avroy 38/1
4000 Liège.

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIÉGEANT EN RÉFÈRE,**

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 25 juillet 2013 par la s.a. Sita Remediation, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par la SPAQuE le 10 juillet 2013, notifiée à la requérante par un courrier du 12 juillet, de déclarer son offre irrégulière et d'attribuer le marché à la société momentanée Franki-Ballast Nedam Infra bv-Ballast Nedam Environnemental Engineering (ci-après «Franki-Ballast»);

Vu le dossier administratif;

Vu l'ordonnance du 29 juillet 2013 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 22 août 2013 à 10 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me V. DOR, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me L. MANISCALCO, loco Me F. JONGEN, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, Mme E. WILLEMART, auditeur au Conseil d'État;

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

Faits

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

La SPAQuE, partie adverse, a lancé en avril 2013 une procédure d'adjudication publique pour l'attribution d'un marché de services ayant pour objet la réhabilitation des sols du site «Cockerill Sambre II» à Couillet, et plus particulièrement l'élimination d'un noyau de pollution qui n'avait pas pu être réalisée lors du marché précédent relatif à la réhabilitation des parcelles appartenant à l'Association Intercommunale pour la Collecte et la Destruction des Immondices de la région de Charleroi. Un avis de marché a été publié au *Bulletin des adjudications* le 23 avril et au *Supplément au Journal officiel de l'Union européenne* le 26 avril. À la suite de cette publication, dix-sept sociétés se sont manifestées pour l'acquisition du cahier spécial des charges. Six d'entre elles ont déposé des soumissions. L'offre la plus basse était celle de la requérante, à 1.985.469,15 €; elle était suivie par l'offre de Franki-Ballast, à 1.996.674,13 €. Les autres offres allaient de 2.962.555,00 à 3.882.305,85 €.

Compte tenu de l'écart important constaté entre les deux offres moins disantes et les quatre autres, la partie adverse a demandé à la requérante et à Franki-Ballast de justifier certains prix unitaires, et notamment, pour la requérante, celui qui était mentionné pour le poste «2.4.6.5. Traitement & transport des terres contaminés». La requérante a donné suite à cette demande le 5 juillet, en transmettant à la partie adverse un justificatif détaillé des prix proposés pour les différents postes concernés, qui comportait le passage suivant:

« Traitement Biologique on-site à 9,75 €/t

Le prix a été calculé avec les prix que nous avons obtenus de nos sous-traitants sur d'autres chantiers tel que de Carcoke à Tertre. Ces prix nous ont été confirmés pour ce chantier. Nous nous sommes également basés sur notre expérience sur le chantier Carcoke ainsi que sur notre centre de traitement biologique de Grimbergen pour déterminer les quantités nécessaires.

(...)

Ci-dessous notre justification du prix à la tonne:

(suit l'énumération de neuf postes – Chargement et transfert des lots de terres..., Soil Remediation Expert..., Fourniture Additifs (Compost)..., Fourniture et transport Additifs, Mélange des additifs avec les terres, Analyse durant le traitement..., Retournement des andains...,

Prise d'échantillon..., Frais et bénéfice –avec l'indication, pour chacun, du prix à la tonne, le total de ces prix étant de 6.92 €/t).

Nous espérons avoir ainsi apporté les justifications nécessaires à la bonne compréhension de notre offre.»

La note au conseil d'administration de la partie adverse qui propose la décision attaquée contient le passage suivant:

« Vu les écarts de prix importants existant entre les offres des sociétés SITA REMEDIATION SA et FRANKI - BALLAST NEDAM Infra Bv & BALLAST NEDAM Environmental Engineering Nv et celles des autres soumissionnaires, il a été demandé à ces 2 sociétés de justifier certains prix unitaires paraissant anormaux.

Pour pouvoir être pris en considération, leur justificatif devait nous être remis dans les 12 jours calendrier et se fonder sur des critères objectifs tels que des économies de procédé ou des conditions exceptionnellement favorables dont pouvait disposer le soumissionnaire pour exécuter le marché.

Ces deux soumissionnaires ont fait parvenir chacun un justificatif complet endéans le délai précité.

Vis-a-vis du justificatif émanant de la société SITA REMEDIATION SA, il a été mis en évidence l'irrégularité suivante:

Le coût total à la tonne pour les matériaux destinés au traitement biologique tel que repris dans l'annexe 3 du courrier de justificatifs, intitulée: tableau de justificatif du prix de traitement et remis à la soumission, est de 9,75 € HTVA/tonne.

Ce coût diffère du total des postes justifiant ce prix. En effet, en additionnant l'ensemble des sous-postes repris en page 4 du courrier de justificatifs, le total est de 9,92 € HTVA/tonne.

En conséquence, l'offre émanant de la société SITA REMEDIATION SA a été jugée irrégulière.

Vis-a-vis du justificatif émanant de la société momentanée FRANKI - BALLAST NEDAM Infra Bv & BALLAST NEDAM Environmental Engineering Nv, aucune irrégularité n'a été mise en évidence. Les prestations sont détaillées en nombre d'heures, de machines et de personnel qui sont utilisés pour les exécuter. Cette offre est donc jugée régulière.»

Le 10 juillet, la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante irrégulière et elle a attribué le marché à Franki-Ballast. C'est la décision attaquée. Elle a été notifiée à la requérante le 12 juillet.

Fond

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation:

- de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en ses articles 15, 65/4, 65/5, et 65/8;
- 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, notamment en ses articles 110, 111 et 89;
- des principes de bonne administration et de proportionnalité;

- de l’obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles;
- pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3;

en ce que la partie adverse déclare son offre irrégulière au motif qu’une erreur a été mise en évidence dans le justificatif des prix;

alors que cette offre est régulière;

qu’en une première branche, après avoir cité la teneur de l’article 15 de la loi du 23 décembre 1993 et de l’article 110 de l’arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que la jurisprudence relative à ces dispositions, elle expose qu’en présence d’une offre exigeant la vérification de l’éventuelle anormalité de son montant, le pouvoir adjudicateur n’est pas tenu d’interroger le soumissionnaire s’il dispose d’éléments suffisants pour lui permettre d’exclure cette anormalité et d’accepter l’offre, mais que s’il considère que *prima facie* le prix paraît anormalement bas et qu’il envisage de déclarer l’offre irrégulière pour ce motif, il a l’obligation d’interroger le soumissionnaire afin que ce dernier puisse fournir une justification du prix jugé relativement bas, et, une fois les justifications reçues, il a l’obligation de procéder à un examen minutieux des différents postes et des explications fournies, afin de vérifier que les prix offerts correspondent au prix du marché; qu’elle précise qu’il s’agit, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier si le prix offert permet d’exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges; qu’elle cite un passage du rapport au Roi précédant l’arrêté royal d’exécution de la loi sur les marchés publics du 14 octobre 1964, dont le contenu est similaire à l’actuel article 110 de l’arrêté royal du 8 janvier 1996, que serait entachée d’une nullité relative l’offre «dont les éléments ne concordent pas avec la réalité, et ce afin de permettre au maître de l’ouvrage d’écarter des prix fantaisistes qui... pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l’exécution de l’entreprise ou permettraient de réaliser des spéculations abusives»; qu’elle estime que le pouvoir adjudicateur ne peut écarter une offre pour ce motif que s’il apparaît que les explications fournies par le soumissionnaire ne lui permettent pas de démontrer que, pour le prix proposé, il sera capable de réaliser la prestation faisant l’objet du marché, et qu’en l’espèce, le pouvoir adjudicateur n’a pas procédé à un tel contrôle des prix détaillés du soumissionnaire par rapport à l’état de marché et aux dispositions du cahier spécial des charges, alors que, sans ce contrôle, il ne pouvait pas conclure que les prix du soumissionnaire étaient anormalement bas; qu’elle expose que la décision attaquée n’est pas formellement motivée par le caractère anormalement bas des prix offerts, et que les explications qu’elle a fournies pour justifier ses prix étaient pourtant pertinentes et complètes de sorte que le pouvoir adjudicateur était en mesure d’en déduire que les prix n’étaient pas anormalement bas; qu’elle expose que le pouvoir adjudicateur n’a pas procédé à l’appréciation des justifications fournies et s’est contenté de renvoyer à une erreur de

calcul minime, pour justifier sa décision d'écarter son offre; qu'elle indique qu'elle avait, pour le poste relatif aux matériaux destinés au traitement biologique des terres contaminées, offert un prix de 9,75 €/tonne, qu'elle a confirmé ce prix dans le courrier justifiant les prix offerts, et que, pour justifier ce prix, elle a communiqué au pouvoir adjudicateur des considérations relatives à son fonctionnement (expérience sur des chantiers similaires, expérience en qualité de gestionnaire d'un centre de traitement biologique, prix des sous-traitants, *etc.*) ainsi qu'un détail des différents éléments du prix (chargement des terres, analyse durant le traitement, mélange des additifs, frais et bénéfices, *etc.*), et que, dans ce détail du prix, une erreur matérielle s'est glissée dans le montant représentant les «frais et bénéfices», annoncé par erreur à 1,29 €/tonne au lieu de 1,12 €/tonne, de sorte que le total des différents éléments du prix s'élève à 9,92 €/tonne alors que le prix pour le poste est de 9,75 €/tonne; qu'elle soutient que l'erreur de calcul ne porte que sur le bénéfice mais n'a aucune conséquence sur la bonne exécution des prestations concernées, qu'elle s'élève à 0,17 €/tonne, uniquement pour les terres proposées pour être traitées par voie biologique sur site, ce qui représente donc une erreur d'à peine 1,13 % sur le poste de traitement des terres dans son ensemble, car le poste relatif au traitement des terres constitue le résultat de l'addition de plusieurs éléments pondérés (traitement thermique, traitement physico-chimique et traitement biologique) dont le traitement biologique ne constitue qu'un des termes; qu'elle fait valoir que l'erreur de calcul de 17 centimes ne concerne qu'une partie d'un poste du marché, que, sur l'ensemble du marché, l'erreur ne représente que 0,6 % du montant total, et qu'elle n'a aucune incidence sur le prix offert et maintenu, de sorte que rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur d'examiner la pertinence des explications qu'elle a fournies pour justifier ses prix; qu'elle expose que le pouvoir adjudicateur ne pouvait avoir aucun doute sur le prix réellement offert pour ce poste dès lors que le prix proposé dans l'offre a été confirmé dans les justifications apportées au prix de 9,75 €/tonne, que, tenant compte de l'écart minime entre le prix proposé et le total du détail, l'on ne peut raisonnablement considérer que le détail pour un prix de 9,92 €/tonne ne permettrait pas de justifier un prix de 9,75 €, qu'il est déraisonnable de considérer que pour un prix à peine 0,17 centimes moins cher, elle ne pourrait pas offrir les services visés par le marché; qu'elle en déduit que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que cette erreur de calcul rendait *ipso facto* l'offre irrégulière et la dispensait d'opérer une vérification concrète du caractère anormal des prix; qu'elle cite à l'appui de ses assertions de la jurisprudence du Conseil d'État et du tribunal de première instance de l'Union européenne; qu'elle ajoute que si le pouvoir adjudicateur avait un doute quant à la justification de ce prix, il lui appartenait de l'interroger sur la base de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, à lire en combinaison avec l'article 111 du même arrêté qui permet au pouvoir adjudicateur d'interroger un soumissionnaire sur son intention réelle avant

de rectifier une erreur matérielle dans le prix offert, mais que l'écarter purement et simplement est disproportionné et contraire au principe de bonne administration;

qu'en une seconde branche, elle soutient que l'acte attaqué est entaché d'une irrégularité formelle, car il ne mentionne pas les motifs pour lesquels les justifications qu'elle a données et les pièces qu'elle a produites n'étaient pas de nature à démontrer le caractère normal des prix offerts; qu'elle indique que la motivation de l'acte attaqué ne laisse pas apparaître les raisons pour lesquelles les prix qu'elle a offerts permettent de considérer qu'elle n'aurait pas pu exécuter le marché dans les délais et selon les spécifications imposées par le cahier spécial des charges, ni celles pour lesquelles l'erreur de calcul constatée dans les justifications relatives à un poste du marché serait de nature à rendre l'offre irrégulière; qu'elle soutient que la motivation fait uniquement référence à l'erreur mathématique sans exposer les raisons pour lesquelles cette erreur soit de nature à établir l'existence d'un prix anormalement bas non valablement justifié soit constituerait en soi une irrégularité justifiant l'écartement de l'offre;

Considérant sur la première branche, que l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services impose qu'en adjudication, le marché soit attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, celle-ci étant déterminée en tenant compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours;

Considérant que l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics dispose notamment comme suit en ses articles 110 et 111:

« **CHAPITRE IV. - De la régularité des offres et des prix.**

Art. 110. ...

§ 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.

§ 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.

...
CHAPITRE V. - Du choix de l'adjudicataire en adjudication ou en appel d'offres.

Section I. - Du choix en adjudication publique ou restreinte.

Art. 111. Avant la désignation de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les

erreurs purement matérielles dans les offres sans que sa responsabilité soit engagée par suite de l'existence d'erreurs qui n'auraient pas été découvertes.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire par tous moyens, notamment en analysant l'offre et en comparant ses prix à ceux des autres soumissionnaires ainsi qu'aux prix couramment pratiqués.

Si cette intention n'apparaît pas de façon certaine, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires offerts font foi, soit écarter comme irrégulière l'offre reconnue douteuse.»;

Considérant qu'en l'occurrence, la partie adverse s'est interrogée sur le caractère anormalement bas de certains postes de l'offre de la requérante, en particulier le poste 2.4.6.5, traitement des terres, et l'a invitée à fournir des justifications à ce sujet, en application de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal; que pour une partie de ce poste, celle qui concerne le traitement biologique, la justification du prix proposé de 9,75 €/t consistait en l'addition des prix de neuf éléments, addition dont le résultat est de 9,92 €/t; que le nombre de tonnes à traiter est de 73.159, de sorte que cette discordance de 17 centimes a sur le montant du marché une incidence de 12.437,03 € alors que la différence entre les deux offres les plus basses est de 11.204,98 €;

Considérant qu'en présence d'une erreur de calcul manifeste, la partie adverse ne devait pas réinterroger la requérante, ni vérifier elle-même l'exactitude des prix avancés pour chacun des neuf éléments qui composaient ce poste; qu'elle ne pouvait notamment pas décider, comme le suggère la requérante, que c'est l'élément «frais et bénéfices» qu'il fallait réduire de 17 centimes, car il ne lui incombait pas de substituer l'appréciation qu'elle aurait pu se faire – on se demande comment – du montant de cet élément à celle que la requérante – seule compétente pour décider des frais et bénéfices relatifs à cet élément de son offre – avait présentée; qu'elle a pu déduire de l'erreur de calcul commise dans la justification du montant de ce poste, dont l'effet, par rapport à l'addition correcte des éléments le composant, était de tirer le montant du poste vers le bas et de faire de l'offre de la requérante la plus basse, déduire que le prix proposé pour ce poste n'était pas justifié – et était donc anormal – à concurrence de 17 centimes par tonne; qu'il n'est pas requis, pour qu'un prix soit déclaré anormal, que la bonne exécution du marché soit mise en péril du fait de cette anormalité; que le moyen n'est pas sérieux en sa première branche;

Considérant, sur la seconde branche, que la motivation de la décision attaquée qui figure dans le rapport d'adjudication est rédigée comme suit:

« Le coût total à la tonne pour les matériaux destinés au traitement biologique tel que repris dans l'annexe 3 du courrier de justificatifs, intitulée: tableau de justificatif du prix de traitement et remis à la soumission, est de 9,75 € HTVA/tonne.

Ce coût diffère du total des postes justifiant ce prix. En effet, en additionnant l'ensemble des sous-postes repris en page 4 du courrier de justificatifs, le total est de 9,92 € HTVA/tonne.

En conséquence, l'offre émanant de la société SITA REMEDIATION SA a été jugée irrégulière.»;

Considérant que cette motivation est elliptique: qu'elle indique qu'il existe une différence entre le prix proposé et sa justification, et quelle est cette différence, mais qu'elle n'indique formellement ni que le prix proposé est anormal, ni que sa rectification en fonction des justifications avancées aurait pour effet de majorer l'offre de la requérante de manière telle qu'elle n'aurait plus été la plus basse; qu'une partie au moins des explications données à ce sujet dans la «note d'observations» déposée à l'audience aurait mérité de figurer dans l'*instrumentum* de l'acte attaqué;

Considérant toutefois que lorsqu'un pouvoir adjudicateur invite un soumissionnaire à justifier le prix qu'il propose pour un poste de sa soumission, c'est nécessairement qu'il s'interroge sur le caractère normal d'un prix proposé; que la requérante l'a bien perçu ainsi et qu'elle a fourni pour le poste en question une justification détaillée, mais erronée;

Considérant que la motivation formelle de la décision qui est prise au terme de l'examen des offres au sujet desquelles des justifications ont été demandées est destinée aux soumissionnaires, lesquels – et particulièrement celui qui a répondu à une demande de justification – sont bien au fait du contexte dans lequel la décision est prise;

Considérant que la requérante a bien compris la raison pour laquelle sa soumission a été jugée irrégulière; que si elle écrit dans la requête que «la décision d'irrégularité n'est d'ailleurs pas formellement motivée par le caractère anormalement bas des prix offerts», elle s'attache, dans la première branche du moyen, à établir que le prix qu'elle avait proposé n'était pas anormalement bas, et qu'en conséquence, sa soumission était régulière; que s'il est exact que la motivation ne vise formellement qu'une erreur de calcul, il n'a pu échapper à aucune des personnes à qui ce document était destiné – et notamment pas à la requérante – que cette erreur avait pour effet de proposer un prix inférieur à celui qui l'aurait été à la suite d'une addition correcte; qu'on ne peut dès lors en déduire comme le fait la requérante que toute erreur de calcul, aussi minime et dans quelque sens qu'elle soit, serait aux yeux de la partie adverse un motif d'écarter une soumission; que l'acte attaqué étant replacé dans son contexte, sa motivation, quelque succincte qu'elle soit, indique que l'erreur commise en l'espèce vicie la soumission, parce que ses

destinataires savent qu'elle est commise dans le calcul d'un prix unitaire, et que, compte tenu de son montant, de son sens en plus ou en moins et du volume du poste au sujet duquel elle est commise, elle est de nature à influencer la décision; qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux,

CONFIDENTIALITE DE CERTAINES PIÈCES

La partie requérante souhaite garder la confidentialité de la pièce n° 8 de son inventaire.

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces n°s 2 à 7 et 10 et 11 typographiées en grisé dans son inventaire.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

D É C I D E :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 3.

La pièce n° 8 annexée à la requête ainsi que les pièces n°s 2 à 7 et 10 et 11 du dossier administratif, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, siégeant en référé le quatre septembre deux mille treize, par :

M. M. LEROY,	président de chambre,
M. S. DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président,
---------------------	---------------

S. DJERBOU

M. LEROY