

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.425 du 2 décembre 2014

G./A.214.228/VI-20.309

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
MARCEL THEIS,**

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

**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 12 novembre 2014, la société privée à responsabilité limitée MARCEL THEIS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 24 octobre 2014, par laquelle la SOFICO attribue le marché de services concernant le bail d'entretien le long de autoroutes (brossage et curage) – lot 21 – District de Houffalize", ainsi que de "la décision implicite de ne pas lui attribuer ce marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 novembre 2014 convoque les parties à l'audience du 27 novembre 2014 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

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

Me Aurélie KETTELS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

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

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

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

- " 1. Le 5 mars 2014, la SOFICO publie au bulletin des adjudications un avis de marché de services, passé selon la procédure d'adjudication, ayant pour objet le «nettoyage de l'autoroute E25/A26 et de ses dépendances» [...]. Le même avis est publié au JOUE le 11 mars 2014 [...].
Il est précisé que les prestations «correspondent au district autoroutier Houffalize (voir aussi la carte annexée au présent CSC : annexe 1) : D132.21 – HOUFFALIZE : autoroute E25/A26, sur la section Sprimont - Neufchâteau, de la cumulée 18.000 à la cumulée 102.516» et que les services 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.) et 5) La signalisation de chantier».
2. Sur le plan de la durée du marché, le cahier spécial des charge [...] énonce que «le marché est conclu pour quatre périodes de un an se succédant sans interruption» et que «le pouvoir adjudicateur peut toutefois mettre fin au marché à l'échéance de chaque période annuelle moyennant la notification d'un préavis par lettre recommandée 3 mois avant cette échéance».
3. Lors de l'ouverture des offres, le 28 avril 2014, il est constaté que sept soumissionnaires ont déposé une offre [...].
L'offre la plus basse a été remise par la société SACE, avec un prix global de 254.022,28 EUR.
L'offre de la requérante se classe deuxième, avec un prix de 281.055,55 EUR.
4. Le 29 avril 2014, l'avis du Bureau des prix est sollicité [...]. L'offre de la société SACE, l'offre de la requérante et l'offre classée troisième lui sont communiquées.

5. Le 23 mai 2014, le Bureau des prix remet l'avis suivant [...]:
«Le tableau DOC PO (annexe 1) donne le classement des soumissionnaires et leur numéro de référence respectif.

Pour les postes principaux de cette adjudication ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des Prix, les tableaux DOC C2 (annexe 2 et 3) donnent la comparaison entre les prix des trois offres les plus basses, ceux de l'estimation de votre direction et les moyennes statistiques du Bureau des Prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent 99,11% du total de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation du Bureau des Prix, une sous-évaluation de votre estimation de -7,64%. Quant à l'offre la plus basse S.A.C.E., elle se situe -23,33% en dessous de l'estimation du Bureau des Prix.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation généralisée du Bureau des Prix. Elle atteint 331.999,64€. Par rapport notamment à cette estimation généralisée, on peut évaluer l'importance des postes à prix apparemment anormal relevés chez les trois plus bas soumissionnaires :

Offres montants (hors TVA)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation 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 généralisée du Bureau des prix
1.S.A.C.E. (254.022,28€)	-23,49%	7-11	3,65%	9,38%
2.THEIS MARCEL (281.055,51€)	-15,34%	7-11	6,1%	9,38%
3.OUPEYE VOIRIE SERVICES (382.621,08€)	12,24%	2-7-11	12,04%	11,06%

On constate donc que :

1. Les deux offres les plus basses S.A.C.E. et THEIS MARCEL s'écartent respectivement de -23,49% et -15,34% de l'estimation généralisée du Bureau des Prix.

2. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une moyenne importance (pour les deux soumissionnaires +9,38% du total de l'estimation généralisée du Bureau des Prix).

La conjonction de ces deux paramètres nous amène à la conclusion qu'il y a lieu, conformément à l'article 21 § 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011, d'interroger les entrepreneurs quand à la composition des prix apparemment anormaux repris au tableau ci-dessus.

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

Signalons à toutes fins utiles que l'article 99 § 2 de l'A.R. du 15 juillet 2011 (justification du montant global) ne s'applique pas dès lors qu'il s'agit d'un marché de services.

Dans l'éventualité où les offres S.A.C.E. et THEIS MARCEL devraient être déclarées irrégulières et écartées pour justifications inacceptables, ce dont nous ne préjugeons pas, l'offre OUPEYE VOIRIE SERVICES, classée troisième, devrait être prise en considération. Cette offre s'écarte de +12,24% de notre estimation généralisée et l'importance des postes à prix apparemment anormal est d'une moyenne importance (11,06%). La conjonction de ces deux paramètres, selon nos mêmes critères d'appréciation, nous permet de conclure que l'offre OUPEYE VOIRIE SERVICES pourrait, le cas échéant, être acceptée directement sans demande de justifications de prix unitaires».

6. En conséquence de cet avis, il est demandé à la société SACE de justifier ses prix par courrier du 26 mai 2014 [...]:

«En application de l'art. 21 § 3 de l'A.R. du 15/07/2011 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, je vous prie de me justifier, dans un délai de douze jours de calendrier, les prix des postes n° 7 et 11 de votre offre qui présentent un caractère apparemment anormal.

La justification de prix devra porter sur des éléments propres à la soumission au soumissionnaire ou au marché.

Cette réponse doit me parvenir par courrier et par fax».

Une justification de prix est aussi demandée à la requérante et à la société Oupeye Voirie Services SPRL.

7. La société SACE communique ses justifications de prix par courrier du 4 juin 2014 [...]:

«Poste 7 — M1301-E*

Supplément pour nettoyage de filet d'eau, postes 3 à 6, sur demande de fonctionnaire dirigeant, si travail des postes n'a pas été effectué depuis > 9 mois. Y compris la signalisation. Les frais de signalisation supplémentaires sont inclus dans ce prix.

Q.P. : 1 PG — Prix : 2.520,00 €/PG, soit un total de 2.520,00 €.

Une opération totale de nettoyage résulte de l'addition des postes 3, 4, 5, 6, 8 et 9 qu'il faudra diviser par six, car il est prévu 6 opérations par an.

Soit : $10.509,21 + 12.281,13 + 4.915,26 + 8.024,62 + 18.113,53 = 71.957,28$ €, c'est-à-dire 11.992,88 € par opération totale ($71.957,28$ € : 6).

Pour compenser les difficultés de travail énoncées au poste 7, nous estimons que l'incidence sur le coût et donc le prix d'une opération sera de l'ordre de 20 %.

Soit : $(11.992,88$ € x 1,2) - 11.992,88 € = 2.398,58 € de supplément que nous avons arrondi par sécurité à 2.520,00 € (c'est-à-dire 21 % d'incidence).

Notons que le prix prévu au poste 7 sera payé en plus des postes de nettoyage et de signalisation prévus pour chaque opération. Qu'en plus, nous constatons, de notre présence sur le district d' Houffalize dans le cadre d'autres contrats et d'autres travaux, que des opérations de nettoyage, certes non complètes, ont lieu sur le district, rendant ainsi les difficultés du poste 7 moins ardues.

Enfin, ce poste 7 représente moins de 1 % de la valeur de notre soumission, de telle sorte qu'il n'a quasi aucune incidence sur l'équilibre de cette dernière.

Poste 11 : L8729

Installation, location, maintenance et dépose du balisage longitudinal de la zone des travaux de la signalisation de chantier de 6ème catégorie stationnaire.

Q.P. : 67.500 m - Prix : 0,10 €/m, soit un total de 6.750,00 €.

Vous trouverez en annexe le tableur reprenant la justification de notre prix».

8. L'analyse suivante des justifications de prix est réalisée par l'administration [...]:

«Suite à l'avis du bureau des prix, les trois soumissionnaires ayant présenté les trois offres les plus basses ont été invités à justifier :

- les prix unitaires des postes :

* S.A.C.E. - les prix des postes 7 et 11

* THEIS marcel sprl - les prix des postes 7 et 11

* OUPEYE voirie service sprl - les prix des postes 2,7 et 11.

Seulement les deux premiers soumissionnaires ont répondu, et par conséquent seulement ces deux réponses ont été analysées.

S.A.C.E. :

Poste 7 (M1301-E*) : Supplément pour nettoyage de filet d'eau, postes 3 à 6, sur demande de fonctionnaire dirigeant, si le travail des postes n'a pas été effectué depuis plus de 9 mois. Les frais de signalisation supplémentaires sont inclus dans ce prix. Qte= 1, PG= 2520€ :

L'entrepreneur justifie son prix en considérant que ce prix est un prix en plus/complémentaire aux postes de nettoyage et de signalisation prévus. En considérant une opération totale de nettoyage résultant des autres postes /6op par an = 11992.88 €/op. En estimant que pour compenser les difficultés de travail énoncées au poste 7, le prix sera de 20% de l'opération de base soit

$11992.88\text{€} \times 0.2 = 2.398,58 \text{ €}$ arrondi par sécurité à 2.520 €. La justification est correcte.

Poste 11 (L8729) : Installation, location, maintenance et dépose du balisage longitudinal de la zone des travaux de la signalisation de chantier de 6^{ème} catégorie stationnaire. Qte=67.500 m, PU= 0.10 €/m, prix total= 6.750 €.

L'entrepreneur justifie son prix sur base d'un calcul du rendement établi sur 3000m/h. En prenant en calcul l'utilisation d'une camionnette à 8 €/h et une main d'œuvre pour le chargement et le déchargement (pose et dépose) à 33 €/h, le prix du travail complet pour les 240 cônes avec FG et bénéfices étant de 294.84€. Il résulte: $294.84 \text{ €} / 3000\text{m} = 0.010\text{€/m}$. Par comparaison avec des chantiers en cours, ce prix est acceptable.

THEIS sprl :

Poste 7 (M1301-E*) : Supplément pour nettoyage de filet d'eau, postes 3 à 6, sur demande de fonctionnaire dirigeant, si le travail des postes n'a pas été effectué depuis plus de 9 mois. Les frais de signalisation supplémentaires sont inclus dans ce prix. Qte= 1, PG= 5.000 €

L'entrepreneur justifie son prix en estimant qu'il a besoin de 4 jours en plus pour effectuer ce travail. Le prix pour une journée de travail est donné comme étant de 1250 avec FG et marge bénéficiaire de 10% (une balayeuse=680€/j et une signalisation de 6^{ème} catégorie =570€/j).

Vu que dans l'intitulé du poste il a été bien précisé qu'il s'agit d'un supplément du travail sur des postes existants (payés au mètre courant) et sous la couverture d'une signalisation existante pour ces postes. La justification du prix n'est pas bien détaillée et elle prête à la confusion.

Poste 11 (L8729) : Installation, location, maintenance et dépose du balisage longitudinal de la zone des travaux de la signalisation de chantier de 6^{ème} catégorie stationnaire. Qte=67.500 m, PU= 0.18 €/m, prix total = 12.150 €.

L'entrepreneur justifie son prix en considérant une signalisation de 6^{ème} catégorie à 570€/j (sans donner aucun détail du calcul de ce prix) et il rajoute à cela un montant de 330€/j pour le véhicule chargé du balisage avec operateur compris et avec FG et marge bénéficiaire de 10% comprise, aussi sans aucun calcul du rendement. Même si le prix semble correct, la justification n'est pas assez détaillée».

9. Un rapport d'attribution est rédigé [...]. Au sujet de la vérification des prix, ce rapport comprend l'explication suivante :

«Application de l'A.R. du 25/03/1999.

L'avis du bureau des prix a été nécessaire.

Selon ce dernier, on constate que les deux offres les plus basses remises par S.A.C.E. et THEIS Marcel S.P.R.L. s'écartent respectivement de -23,49 % et de -15,34 % de l'estimation généralisée du Bureau des Prix.

Les postes à prix apparemment anormal sont d'une moyenne importance (9,38 % 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 comme globalement suspectes.

Sur base de l'article 21 § 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011, une justification des prix litigieux a été demandée à tous les entrepreneurs. Cette justification a été remise le 05/06/2014 par la S.A.C.E. et le 11/06/2014 par THEIS Marcel S.P.R.L. Le troisième soumissionnaire O.V.S. S.A. n'a pas répondu à la demande de justification.

Après analyse, le fonctionnaire dirigeant estime la justification acceptable.

Donc, l'offre S.A.C.E. peut être acceptée directement».

10. Le 24 octobre 2014, la SOFICO prend la décision suivante [...] :

«Considérant qu'en ce qui concerne la régularité matérielle des offres (article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), il a été procédé à la vérification des prix.

Considérant qu'eu égard à l'écart entre la soumission la plus basse et l'estimation de l'Administration, l'avis du Bureau des prix a été sollicité;

Considérant qu'il ressort de l'analyse effectuée par le Bureau des Prix, que les prix unitaires des postes 7 et 11 de l'offre de la SACE présentent un caractère

apparemment anormalement bas et sont d'une moyenne importance au niveau du marché;

Considérant que justification de ces prix unitaires a été demandée le 26/05/2014 à la SACE et reçue le 05/06/2014;

Considérant qu'après analyse de la justification apportée par la SACE, l'Administration constate que ce soumissionnaire a tenu compte dans l'établissement de ses prix, de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées.

Considérant que les coûts annoncés par la SACE sont acceptables et que les prix unitaires ainsi justifiés sont normaux;

Considérant que l'offre de la SACE est la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges;

Considérant que, conformément à l'article 61 § 4 alinéa 2, 2° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il a été vérifié que la SACE ne se trouve pas dans un cas d'exclusion visé à l'article 61 de l'arrêté royal précité;

Par ces motifs,

DECIDE

d'attribuer le présent marché à la société SACE de MILMORT pour un montant total de 254.022,28 EUR HTVA à charge de la SOFICO».

11. L'information relative à cette décision est communiquée aux soumissionnaires par fax et par courrier recommandé du 27 octobre 2014 [...].

IV. DESISTEMENT PARTIEL DE LA DEMANDE

A l'audience du 27 novembre 2014, la requérante a fait savoir qu'elle se désistait de sa demande, en tant que celle-ci porte sur la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

Rien ne s'oppose à ce que le désistement soit décrété dans cette mesure.

V. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

V.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse dénie l'intérêt de la requérante à sa demande, concluant, pour cette raison, que ladite demande doit être déclarée irrecevable. Elle s'exprime dans les termes suivants:

" 14. Il ressort de l'avis remis par l'administration [...] que la justification de prix de la requérante, en ce qu'elle est relative au poste 7, «n'est pas bien détaillée et (...) prête à confusion». Concernant la justification de la requérante relative au poste 11, l'administration a par ailleurs estimé que «même si le prix semble correct, la justification n'est pas assez détaillée».

Le moyen développé par la requérante, s'il devait être reconnu sérieux (quod non), devrait amener la SOFICO à réexaminer les offres au stade du contrôle des prix. L'offre de la société SACE et l'offre de la requérante seraient concernées par ce réexamen.

L'administration a considéré que les justifications offertes par la requérante quant à la normalité de ses prix étaient insuffisantes.

Votre Conseil considère que «lorsque le prix unitaire pour un poste est reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n'ayant pas pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre comme irrégulière». L'insuffisance des justifications apportées par la partie requérante doit donc aboutir au rejet de son offre.

Dans ce contexte, la requérante, qui ne démontre pas l'irrégularité de l'offre de la société SACE, ne dispose pas d'un intérêt à l'annulation d'un marché qu'elle ne pourrait en tout état de cause obtenir".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception prend appui sur ce que, à l'estime de la partie adverse, l'offre de la requérante devait être déclarée irrégulière, dès lors que les justifications apportées par celle-ci quant à la normalité des prix proposés étaient insuffisantes.

Par aucune décision adoptée au cours de la procédure de passation du marché litigieux, la partie adverse n'a déclaré irrégulière l'offre de la requérante, et la circonstance que, dans son analyse de la justification des prix, l'administration du Service public de Wallonie aurait émis des réserves quant aux justifications apportées par la requérante n'autorise pas à considérer que l'offre de celle-ci aurait nécessairement été déclarée irrégulière par l'organe de la partie adverse compétent pour prendre une telle décision.

La partie adverse n'est donc pas recevable à se prévaloir de l'irrégularité qu'elle entend invoquer dans le cadre de la présente procédure.

L'exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

VI. MOYEN UNIQUE

VI.1. Thèses des parties

La requérante soulève un moyen unique, pris de l'excès et du détournement de pouvoir, de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 95 à 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de motivation interne des actes administratifs, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, en ce que le pouvoir adjudicateur n'a pas formellement et adéquatement justifié dans la décision d'attribution sa décision de déclarer les prix de l'offre de la SACE normaux et acceptables, et que ce constat est par ailleurs manifestement erroné.

Elle le développe dans les termes suivants:

- " • Dans sa décision d'attribution du 24 octobre 2014, le pouvoir adjudicateur a considéré l'offre la plus basse, à savoir l'offre de la SACE, comme s'écartant de l'estimation de l'administration et justifiant que l'avis du Bureau des Prix soit sollicité.

Ce bureau des Prix a estimé que les prix unitaires des postes 7 et 11 de l'offre de la SACE était apparemment anormalement bas et avaient une importance moyenne au niveau du marché.

Une justification des prix a été sollicitée le 26 mai 2014 et reçue le 5 juin 2014.

Après analyse de ces justifications, les prix ont été considérés comme justifiés et normaux dès lors que la SACE aurait «tenu compte de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées».

Ces lignes sont les seules qui fondent le constat de la partie adverse, selon lequel l'offre de la SACE serait régulière au titre des prix qu'elle contient.

Cette motivation n'est ni suffisante ni pertinente.

- Il faut tout d'abord constater que la décision d'attribution attaquée n'identifie aucunement l'écart existant entre l'offre de la SACE et l'estimation de l'administration publique.

L'estimation de l'administration n'est pas même mentionnée dans la décision attaquée. Il n'est donc pas possible de la situer ni au regard de l'offre de la SACE, ni au regard des offres de la requérante et des autres candidats, ni globalement sur l'échelle de ces différentes offres.

A lui seul, cet élément ne permet pas de vérifier l'adéquation de la motivation consécutive puisqu'il empêche de déterminer l'importance de cet écart et donc l'importance du caractère anormalement bas des prix concernés.

En réalité, en dehors des prix globaux des offres déposées, aucune donnée chiffrée n'apparaît dans la décision attaquée, tandis qu'il s'agit précisément de déterminer concrètement que des prix précis sont ou non acceptables ou pour quelles raisons ils le sont le cas échéant.

Les prix unitaires anormalement bas de l'offre de la SACE ne sont pas même précisés, ni comparés à l'estimation de l'administration, ni d'ailleurs aux prix unitaires des autres offres et notamment de celle de la requérante.

En résulte donc un défaut de motivation formelle ou à tout le moins une motivation insuffisante et inadéquate de la décision attaquée.

- Encore, la décision attaquée ne fait aucunement état des justifications concrètes apportées par la SACE pour les postes de prix jugés anormalement bas par le Bureau des Prix.

Il est uniquement fait allusion au fait qu'une justification a été sollicitée et fournie, mais rien n'est dit du contenu de cette justification lui-même, ne permettant pas de vérifier la réalité des motifs pour lesquels la partie adverse a estimé ces justifications comme étant suffisantes.

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 SACE, alors que certains prix ont été considérés comme anormalement bas et ayant une moyenne importance dans le marché, seraient finalement considérés comme normaux et réguliers.

Une telle compréhension est parfaitement impossible lorsqu'on ne connaît pas même l'essence des justifications qui ont été fournies par la SACE à défaut pour la décision attaquée d'y faire allusion.

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 (aujourd'hui des articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), «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 également 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).

Les motifs ayant conduit à considérer les prix comme normaux au regard des justifications spécifiquement émises par le candidat interrogé 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 et avoir été portés à la connaissance de l'autorité compétente pour qu'elle puisse se prononcer en pleine connaissance de cause.

- Encore et surtout, il faut constater que la motivation contenue dans l'acte attaqué est dénuée de pertinence et est inadéquate et insuffisante à assurer l'objectif poursuivi par les articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 visés au moyen.

Le processus de vérification des prix, visant à écarter les offres contenant des prix anormaux, a pour but de prévenir et de sanctionner les prix anormalement bas qui peuvent se développer notamment en période de ralentissement économique et qui ont des «effets désastreux» pour l'ensemble des parties concernées.

Dans le Commentaire Pratique des Marchés Publics de Maurice-André FLAMME, les effets désastreux en cause – qui sont donc liés à l'acceptation des prix anormalement bas – sont listés. Sont cités notamment l'affaiblissement généralisé des entreprises du secteur et à termes la réduction de la concurrence, la mauvaise qualité des travaux, la dérive des coûts lors de l'exécution des marchés, l'éviction d'entreprises saines au profit d'entreprises utilisant de telles techniques suicidaires (pages 991 et 992 – Toma 1A – Sixième édition).

L'un des objectifs fondamentaux poursuivis est donc d'assurer une saine concurrence, et pour l'autorité publique, de ne pas avaliser des comportements d'entreprises allant à l'encontre de cette saine concurrence.

La *ratio legis* du contrôle des prix anormalement bas n'est donc pas que 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).

Or, le constat selon lequel la justification apportée par la SACE permettrait de constater la régularité de son offre et le caractère normal de ses prix ne permet aucunement de démontrer que l'objectif de saine concurrence serait assuré par l'acceptation de ces prix. Plus précisément, si l'on peut rapprocher le constat contenu dans l'acte attaqué, selon lequel la SACE aurait tenu compte de tous les éléments requis pour la bonne exécution du marché dans la détermination de ses prix, avec l'objectif de pourvoir à la bonne exécution des marchés publics, ce même constat est sans aucun lien avec la problématique de la saine concurrence.

Autrement dit, même à considérer que les prix de la SACE permettraient techniquement d'assurer la bonne exécution du marché en question – quod non : voir infra – encore faut-il constater que rien dans l'acte attaqué ne démontre qu'ils ne porteraient pas atteinte par ailleurs à la saine concurrence.

En réalité, l'acte attaqué est dénué de toute motivation permettant d'attester que la partie adverse a vérifié les prix de la SACE au regard de cet objectif pourtant fondamental que tendent à assurer les articles 95 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, tout comme les anciens articles 110 et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

- La motivation de l'acte attaqué ne permet donc pas à la partie requérante de comprendre à sa seule lecture pour quels motifs l'offre de la SACE, alors que certains prix ont été considérés comme anormalement bas et ayant une moyenne importance dans le marché, seraient finalement considérés comme normaux et réguliers.

Cette motivation est clairement insuffisante au regard des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Rappelons que 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 la SACE a été invitée à justifier, et nonobstant leur importance jugée moyenne - et donc pas faible - ainsi que le fait qu'ils avaient été, dans un premier temps, jugés anormaux, 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.

Non seulement ce constat est dénué d'une motivation adéquate, mais en outre, il révèle une erreur manifeste d'appréciation dès lors que le seul fait que les prix permettent techniquement d'assurer la réalisation du marché ne permet aucunement de les considérer comme étant normaux.

- A ces éléments, s'ajoute le constat suivant : la partie adverse a, dans le cadre du marché ayant le même objet (adjudication publiée le 2 octobre 2012), connu les prix pratiqués tant par la requérante que par la SACE.

Celle-ci a spontanément pratiqué des prix largement plus élevés que ceux de la requérante, ce qui a d'ailleurs justifié qu'elle introduise et obtienne la suspension de la décision d'attribuer le marché à la requérante.

Dans le cadre de la procédure menée alors devant Votre Conseil, la SACE a longuement critiqué les prix de la requérante, jugés excessivement bas. La SACE a également pu connaître, par le biais de cette procédure, tous les détails de l'offre de la SPRL THEIS, requérante.

La partie adverse a donc été confrontée, dans le cadre du présent marché, à l'offre d'un candidat qui était :

- Largement plus basse que la précédente émise pour un marché ayant le même objet;
- Largement plus basse que l'estimation de l'administration alors que la précédente était plus élevée que cette estimation;
- Egalement plus basse que l'offre de son concurrent dont elle avait pourtant soutenu le caractère excessivement bas et contraire à la saine concurrence.

Ces constatations devaient conduire la partie adverse à constater que cette offre s'écartait de la politique commerciale habituelle de la SACE au regard de ses propres prix antérieurs, mais encore et surtout des fondements du recours dirigé contre la précédente décision d'attribution de ce marché (critique des prix de son concurrent).

Aussi, la partie adverse devait non seulement adopter une grande prudence quant à la qualification de la normalité de tels prix, mais encore et surtout poser une analyse détaillée des prix de ce candidat – la SACE –, prix qui avaient toutes les raisons d'apparaître comme étant particulièrement anormaux au regard de tous ces éléments.

En découlait par ailleurs une obligation de motivation particulière, pour les mêmes raisons, et notamment en termes de comparaison avec l'offre de la requérante, offre que la SACE elle-même avait jugée extrêmement basse et en-deçà de laquelle elle est pourtant venue se positionner.

Le moyen est donc sérieux".

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

- " 20. La partie requérante n'indique pas en quoi l'acte attaqué résulterait d'un excès, et a fortiori d'un détournement de pouvoir.
Le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque ces prétendues irrégularités.

21. La partie requérante n'indique pas non plus en quoi le principe de l'égalité des soumissionnaires aurait été violé.
Le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque ce principe.
22. La partie requérante n'indique pas, et la partie adverse n'aperçoit pas, de quelle manière l'acte attaqué violerait les articles 95 à 98 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Seul l'article 99 de cet arrêté royal, consacré au contrôle des prix, apparaît concerné.
Le moyen est donc irrecevable en ce qu'il invoque les articles 95 à 98 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.
23. La partie requérante, dont le moyen ne tend jamais à démontrer que le marché aurait nécessairement dû lui être attribué, n'indique pas non plus en quoi l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services aurait été violé.
Le moyen est également irrecevable en ce qu'il vise cette disposition.
24. L'erreur manifeste d'appréciation est invoquée à mauvais escient, puisque la partie requérante ne démontre pas que tout pouvoir adjudicateur placé dans les mêmes circonstances aurait jugé que les prix unitaires de la société SACE étaient anormaux. Une telle affirmation serait du reste impossible à la lecture des justifications apportées par cette société et de l'avis remis par l'administration [...]. Lorsque la requérante invoque l'erreur manifeste d'appréciation (page 8 de la requête), sa critique concerne en réalité l'adéquation des motifs sous-tendant la décision que l'offre de la société SACE ne comporte pas de prix anormaux, et non le caractère manifestement déraisonnable de la décision prise quant à cette question.
Le moyen manque donc en droit en ce qu'il invoque l'erreur manifeste d'appréciation.
25. Le fait que la réglementation relative au contrôle des prix anormaux dans le cadre des marchés publics a pour objectif ultime la bonne exécution des marchés et l'existence d'une saine concurrence entre entrepreneurs n'a aucune incidence sur la portée des obligations des pouvoirs adjudicateurs sur le plan des motivations formelles et matérielles.
Le pouvoir adjudicateur doit déterminer si les offres contiennent ou non des prix anormaux, et il doit motiver sa décision en la forme quant à cette question. Il ne doit pas en outre expliquer en quoi les prix pratiqués laissent intacte la saine concurrence qui doit exister entre soumissionnaires.
Le moyen, en ce qu'il repose sur l'idée contraire, manque en droit.
26. De même, la SOFICO n'avait aucune obligation, dans le cadre de la procédure d'attribution, d'effectuer une analyse de la politique commerciale passée de la société SACE aux fins de juger de la normalité de ses prix.
En ce qu'il invoque l'existence d'une obligation de prudence particulière de la SOFICO en raison des prix plus élevés pratiqués par la société SACE lors d'une procédure de passation antérieure, le moyen manque en droit.
27. Sur le plan de la motivation matérielle de l'acte attaqué, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments contenus dans le dossier administratif.
Le courrier du 4 juin 2014 de la société SACE comporte une explication précise de la composition des prix déposés [...]. L'administration, au vu de ce courrier, a rendu un avis concluant au caractère correct des justifications et des prix de la société SACE [...].
Le rapport d'attribution et la décision d'attribution se sont conformés, quant à la régularité de l'offre de la société SACE, à l'avis circonstancié remis par l'administration.
L'acte attaqué repose donc sur des motifs matériels exacts, pertinents et légalement admissibles.

28. Ne doivent dès lors être examinés que les arguments liés à la motivation formelle de la décision prise quant à la normalité des prix de la société SACE.

29. Conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, «la motivation dont doit faire l'objet chaque acte administratif consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait qui ont déterminé son adoption», et «selon l'article 3, alinéa 2 [de la loi du 29 juillet 1991], la motivation doit de plus être adéquate, c'est-à-dire exacte, complète et propre au cas d'espèce».

La raison d'être de cette obligation «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».

Il est également constant que l'obligation de motivation formelle n'implique pas d'exprimer, dans le texte de la décision administrative, les motifs des motifs.

30. La partie requérante peut comprendre, à la lecture de l'acte attaqué, que les prix de la société SACE ont été vérifiés et que, à l'issue de cette vérification, ces prix n'ont pas été jugés anormaux car l'administration a constaté «que ce soumissionnaire a tenu compte dans l'établissement de ses prix, de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées» et que dès lors «les coûts annoncés par la SACE sont acceptables et que les prix unitaires ainsi justifiés sont normaux».

A la lecture de ces motifs, il est clair que les prix unitaires de la SACE ont été jugés normaux et que dès lors, cette société se voit attribuer le marché parce qu'elle a remis l'offre régulière la plus basse.

Cette motivation formelle résume de manière succincte mais suffisante, d'une part, les explications précises apportées par la société SACE à la demande de justification de prix des postes 7 et 11 qui lui était adressée [...] et, d'autre part, l'avis de l'administration au sujet de ces justifications [...].

31. La partie requérante se plaint de ce que la motivation formelle de la décision n'indique pas l'écart existant entre l'offre de la société SACE et l'estimation effectuée par l'administration.

L'écart existant entre l'estimation réalisée par l'administration et les prix de la société SACE ne fait cependant pas partie des motifs justifiant l'acceptation des prix remis par cette société. La requérante exige donc que soient énoncés dans le texte de l'acte administratif des motifs qui ne font pas partie des circonstances de fait et de droit ayant justifié la décision.

Aucune des dispositions visées au moyen n'implique l'obligation absolue, pour le pouvoir adjudicateur, de se référer – dans une décision constatant la normalité des prix d'un soumissionnaire – à l'estimation réalisée par l'administration.

Certes, c'est à l'origine l'écart de prix par rapport à l'estimation réalisée par l'administration qui a impliqué le recours à une procédure de contrôle des prix. Toutefois, le constat de la normalité des prix résulte, comme l'indique l'acte attaqué, du constat que le soumissionnaire «a tenu compte dans l'établissement de ses prix, de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées».

32. La requérante se plaint, de manière générale, de l'absence de données chiffrées relatives au contrôle des prix dans le texte de la décision d'attribution. Elle dénonce le fait que les «prix unitaires anormalement bas de l'offre de la SACE» ne sont pas précisés, et qu'ils ne sont pas comparés à l'estimation de l'administration ou aux prix des autres offres. Elle déplore également le fait que les justifications de la SACE concernant la normalité de ses prix ne sont pas précisées par le texte de l'acte attaqué.

Soulignons d'abord que les prix de la société SACE ont été jugés normaux. Il n'est dès lors pas étonnant qu'aucun «prix unitaire anormalement bas» ne soit repris dans la décision d'attribution. Aucun prix unitaire n'a en définitive été jugé anormal.

Probablement la requérante veut-elle en réalité se plaindre de ce que les prix qui ont fait l'objet d'un contrôle, parce qu'ils ont été considérés dans un premier temps comme étant apparemment anormalement bas, ne sont pas précisés dans les motifs formels de l'acte attaqué.

La requérante exige donc à nouveau de voir apparaître dans les motifs de l'acte attaqué des éléments qui ne sont pas liés au constat de normalité des prix de la société SACE.

L'obligation de motivation formelle n'impose pas de faire figurer dans le texte de la décision d'attribution le détail du processus ayant abouti au constat qu'une offre est bel et bien régulière. Le pouvoir adjudicateur doit certes vérifier la régularité des offres, mais il ne doit pas démontrer dans le texte de son acte que l'offre retenue n'est pas affectée d'une irrégularité.

L'un des arrêts cités par la requérante admet le caractère adéquat d'une motivation formelle similaire à celle de l'acte attaqué, au sujet d'une décision d'écarter l'offre d'un soumissionnaire pour anormalité des prix :

«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. Par ailleurs, et contrairement à ce que suggère la requérante en son dernier mémoire, les griefs liés au caractère sérieux et objectif des éléments d'appréciation soumis au pouvoir adjudicateur ne pourraient, en toute hypothèse, aboutir à un constat de violation de la loi du 29 juillet 1991 précitée».

Dans cette affaire, le détail des postes jugés anormaux n'apparaissait pas dans la décision d'attribution contestée. N'apparaissent pas non plus une comparaison avec l'estimation ou avec le prix des autres offres, ni un exposé des justifications apportées par l'entrepreneur concerné.

Il faut par ailleurs souligner que si l'article 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services oblige l'autorité adjudicatrice à indiquer spécifiquement dans sa décision d'attribution «les motifs de droit et de fait» justifiant l'éviction de certains soumissionnaires, elle n'oblige pas l'autorité adjudicatrice à motiver spécialement le constat qu'une offre est bien régulière.

Dans ce contexte, le constat, effectué après une vérification des prix attestée par le dossier administratif, qu'une offre ne comporte en définitive pas de prix anormaux peut être formulé en des termes plus succincts que le constat inverse.

33. En définitive, le raisonnement tenu par le pouvoir adjudicateur à l'issue du contrôle de la régularité doit être présent dans la motivation formelle. La vérification de l'exactitude, de la pertinence et du caractère légalement admissible de ce raisonnement doit par ailleurs pouvoir faire l'objet d'une vérification approfondie dans le dossier administratif.

Tel est bien le cas en l'espèce. Un contrôle juridictionnel effectif de la décision d'attribution est donc bien possible, contrairement à ce qu'affirme la requérante.

34. Le moyen est donc non-fondé".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois 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. En outre, lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise.

En l'espèce, le constat de normalité des prix offerts par la société SACE a été rapporté et motivé comme suit:

" Considérant qu'après analyse de la justification apportée par la SACE, l'Administration constate que ce soumissionnaire a tenu compte dans l'établissement de ses prix, de tous les éléments requis pour la bonne réalisation des prestations concernées ;

Considérant que les coûts annoncés par la SACE sont acceptables et que les prix unitaires ainsi justifiés sont normaux".

Pareille motivation ne répond manifestement pas à l'exigence de précision requise. Elle est, en outre, stéréotypée, étant susceptible d'être reproduite dans toute décision qui porte un tel constat de normalité des prix justifiés par un soumissionnaire interpellé à cette fin.

Par ailleurs, si les considérations, ainsi reproduites, de l'acte attaqué doivent, comme le laisse entendre la partie adverse dans sa note d'observations, être lues comme résumant "d'une part, les explications précises apportées par la société SACE à la demande de justification de prix des postes 7 à 11 qui lui était adressée [...] et, d'autre part, l'avis de l'administration au sujet de ces justifications", la réalité et l'exactitude du motif ainsi interprétés ne peuvent, *prima facie*, que susciter le doute. Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il ne ressort, en effet, pas de l'analyse ainsi imputée à l'administration du Service public de Wallonie que celle-ci, qui s'est bornée – pour l'essentiel – à faire siennes les justifications fournies par la société SACE, aurait vérifié l'adéquation des prix ainsi justifiés aux exigences de bonne réalisation des prestations concernées. La réalité d'une telle vérification n'apparaît, en toute hypothèse, pas à la lecture de l'avis auquel se réfère la partie adverse.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément incitant à admettre que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

A l'audience du 27 novembre 2014, la partie adverse a demandé que soit déclarée confidentielle l'offre de la société SACE, identifiée comme étant la pièce n° 4 du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1.

Le désistement de la demande est décrété en tant que celle-ci porte sur la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante.

Article 2.

Est suspendue l'exécution la décision du 24 octobre 2014 par laquelle la SOFICO attribue à la société SACE le marché de services concernant le bail d'entretien de la propreté le long des autoroutes (brossage et curage) – lot 21 – District de Houffalize.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce n° 4 du dossier administratif demeurera, à ce stade de la procédure, confidentielle.

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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux décembre deux mille quatorze 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.