

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.590 du 17 décembre 2014

G./A.214.230/VI-20.310

En cause :

- 1. la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E., en abrégé C.F.E. (Succursale BAGECI),**
- 2. la société par actions simplifiée de droit français VINCI CONSTRUCTION TERRASSEMENT S.A.S.,**
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes Helga VAN PEER et
Valentijn DE BOE, avocats,
avenue de Tervuren, n° 268A,
1150 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public Société wallonne
de financement complémentaire des infrastructures,**
en abrégé SOFICO,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme ETABLISSEMENT MAURICE WANTY,**
- 2. la société anonyme BETONAC,**
- 3. la société anonyme GALERE,**
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes Benoit CAMBIER, Pauline LAGASSE et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles.

**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 anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E., en abrégé C.F.E., (Succursale BAGECI), et la société par actions simplifiée de droit français VINCI CONSTRUCTION TERRASSEMENT S.A.S., ayant formé une société momentanée, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - la décision de la partie adverse du 27 octobre 2014 par laquelle le marché public de travaux «E420 - Contournement de Couvin - Deuxième phase: réalisation du tronçon entre la Platinerie et la frontière française (des cumulées 5100 à 13700) Cahier spécial des charges n° 01.03.01-13 E 58 Adjudication public du 29 avril 2014» a été attribué à la société momentanée Wanty - Galère - Betonac [...]",

ainsi que de:

- " - la décision implicite de la partie adverse du 27 octobre 2014 par laquelle le marché public de travaux «E420 - Contournement de Couvin - Deuxième phase: réalisation du tronçon entre la Platinerie et la frontière française (des cumulées 5100 à 13700) Cahier spécial des charges n° 01.03.01-13 E 58 Adjudication public du 29 avril 2014» n'a pas été attribué à la société momentanée CFE Succursale BAGECI - Vinci Construction Terrassement".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 novembre 2014, notifiée par télécopie aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 9 décembre 2014 à 10 heures.

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

La société anonyme ETABLISSEMENT MAURICE WANTY, la société anonyme GALERE et la société anonyme BETONAC, ayant formé une société momentanée, ont, par une requête introduite le 4 décembre 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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.

Les parties requérantes ont déposé une "note concernant les dépens" à l'audience du 9 décembre 2014.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Mes Valentijn DE BOE et Veerle PISSIERSENS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Mes France MAUSSION et Olivier DI GIACOMO, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Mes Benoit CAMBIER, Pauline LAGASSE et Thomas CAMBIER, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, 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. Le 24 janvier 2014, le conseil d'administration de la SOFICO a pris la décision de lancer une procédure de passation d'un marché public de travaux portant sur la réalisation du "Contournement de Couvin – E420 : Deuxième phase : réalisation du tronçon entre la Platinerie et la frontière française". Le mode de passation choisi est l'adjudication ouverte.

III. 2. Ce marché a fait l'objet d'un avis publié au Bulletin des adjudications le 28 février 2014 et au Journal Officiel de l'Union européenne le 5 mars 2014.

III. 3. Il s'agit d'un marché conjoint. Les travaux sont à exécuter essentiellement pour le compte de la SOFICO. Certains travaux sont cependant à exécuter pour le compte du Département des Ardennes (France). La SOFICO intervient au nom collectif des deux entités en qualité de pouvoir adjudicateur.

Le marché se décompose en une tranche ferme comprenant des travaux en territoire belge et en territoire français et d'une tranche conditionnelle ne concernant que le tronçon d'autoroute situé sur le territoire belge (entretien général, maintien de la qualité de la chaussée et réparations).

III. 4. Le cahier spécial des charges prévoit, en son article 12, partie I, une variante obligatoire portant sur le remplacement des canalisations de collecte d'eaux de pluie par des fossés bétonnés.

Les conditions de sélection qualitative sont définies par l'avis de marché ainsi que par le cahier spécial des charges.

III. 5. Le cahier spécial des charges prévoit que sont applicables au présent marché "le cahier des charges type QUALIROUTES [...] y compris les corrections et mises à jour apportées ultérieurement à ce cahier des charges type et dont la liste est reprise dans le Catalogue des documents de référence" ainsi que les "documents de référence figurant dans le Catalogue des documents de référence - Edition du CDR du 01/01/2014".

III. 6. Le 4 avril 2014, un avis rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications. Cet avis a modifié certaines formules de révision figurant dans les annexes du cahier spécial des charges, remplacé certains postes du métré récapitulatif et apporté quelques précisions à un autre poste du métré. Cet avis rectificatif n'a pas été publié au Journal Officiel de l'Union européenne.

III. 7. Le 29 avril 2014, la SOFICO a procédé à l'ouverture des offres. Sept soumissionnaires, dont la société momentanée C.F.E (Succursale Bageci) - VINCI CONSTRUCTION TERRASSEMENT et la société momentanée WANTY - GALÈRE - BETONAC, ont déposé, dans le délai imparti, une offre pour la solution de base et la variante obligatoire.

Aux termes de la décision d'attribution, la comparaison entre "les montants offerts en reprenant, d'une part, les montants offerts pour les offres de base (HTVA), d'autre part, les montants offerts pour les chapitres «variantes» (HTVA), tels que ces montants ressortent des offres déposées, donne le résultat suivant":

"

Soumissionnaires	Montant de l'offre de base	Montant des chapitres «variante»
S.M. Wanty - Galère - Betonac	51.198.139,87 € HTVA	32.074.561,14 € HTVA
S.M. CFE Succursale Bageci - Vinci Construction Terrassement	51.824.439,58 € HTVA	32.140.685,00 € HTVA
S.M. Viabuild Sud- TRBA - Aertssen	55.995.743,46 € HTVA	34.556.445,47 € HTVA
S.M. Eraerts Dragages et Entreprises SA - Kumpen SA – Entreprises Jan De Nul SA	55.474.206,86 € HTVA	31.685.541,53 € HTVA
S.M. Conduites & Entreprises - Denys	58.144.586,55 € HTVA	Pas de variante
S.M. Colas Belgium SA - Bouygues – Guintoli S.A.S.	63.413.608,83 € HTVA	37.410.099,15 € HTVA
S.M. Franki - Aswebo	66.730.373,03 € HTVA	43.974.195,57 € HTVA

"

III. 8. Le 16 juin 2014, la partie adverse a interrogé la société momentanée WANTY - GALERE - BETONAC en vue de vérifier le caractère apparemment anormal du prix proposé pour certains postes du métré (27, 28, 32, 63, 68, 672, 914, 920, 921, 922 et 933). Ce soumissionnaire a fourni les justifications de prix demandées le 23 juin 2014.

III. 9. Le 24 octobre 2014, le conseil d'administration de la SOFICO a pris la décision d'écarter deux offres irrégulières et d'attribuer le marché à la société momentanée WANTY - GALERE - BETONAC pour sa variante obligatoire d'un montant de 48.684.679,92 euros hors taxe sur la valeur ajoutée sans la tranche conditionnelle et de 50.774.238,52 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, tranche conditionnelle comprise.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 10. Dans sa décision, après avoir vérifié la régularité des offres et écarté deux offres pour irrégularité, la partie adverse a rectifié des erreurs dans les opérations arithmétiques et a consigné ces rectifications dans un rapport joint en annexe à l'acte attaqué.

Elle a, ensuite, examiné les quantités corrigées par les soumissionnaires. Elle n'a toutefois pas eu égard aux corrections apportées par la société momentanée Viabuild – TRBA – Aertssen qui n'avait pas joint à son offre une note justifiant celles-ci.

Sur la base des rectifications ainsi apportées, la partie adverse a établi un classement unique des offres de base et des variantes. Ce classement se présente comme suit :

"

	Montants HTVA	Offre de base ou offre avec variante	Soumissionnaires
1.	50.774.238,52 €	Offre avec variante	S.M. Wanty - Galère - Betonac
2.	51.139.682,66 €	Offre avec variante	S.M. CFE Succursale Bageci - Vinci Constrution Terrassement
3.	51.702.177,15 €	Offre de base	S.M. Wanty - Galère - Betonac
4.	52.639.731,96 €	Offre de base	S.M. CFE Succursale Bageci - Vinci Constrution Terrassement
5.	55.842.868,77 €	Offre avec variante	S.M. Eraerts Dragages et Entreprises SA - Kumpen SA - Entreprises Jan De Nul
6.	56.687.829,08 €	Offre avec variante	S.M. Viabuild Sud- TRBA – Aertssen
7.	57.766.186,67 €	Offre de base	S.M. Viabuild Sud- TRBA – Aertssen

8.	58.413.980,08 €	Offre de base	S.M. Eraerts Dragages et Entreprises SA - Kumpen SA - Entreprises Jan De Nul
9.	66.848.042,35 €	Offre avec variante	S.M. Franki - Aswebo
10.	67.768.302,49 €	Offre de base	S.M. Franki - Aswebo

"

III. 11. Le 27 octobre 2014, la décision d'attribution a été notifiée, par courrier recommandé et télécopie, à tous les soumissionnaires.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 4 décembre 2014, la société anonyme WANTY, la société anonyme GALERE et la société anonyme BETONAC, ayant formé une société momentanée, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Ces sociétés étant les attributaires du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à se porter parties intervenantes. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE

V. 1. Thèses des parties

Les parties requérantes exposent avoir un intérêt à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, le consortium qui les réunissait ayant été évincé du marché litigieux. Elles ne développent aucune argumentation spécifique sous l'angle de leur intérêt à la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas leur attribuer le marché.

La partie adverse ne soulève aucune objection d'irrecevabilité du recours.

Les parties intervenantes contestent quant à elles la recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence en ce qu'elle vise la suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché public aux parties requérantes.

Elles font remarquer que les requérantes ne pourraient présenter un intérêt à la suspension d'une telle décision implicite qu'à la condition qu'elles démontrent que le marché doit leur être attribué, ce qu'elles sont en défaut de faire.

Elles rappellent, en outre, qu'une telle demande est en toute hypothèse irrecevable dans le cadre d'une demande de suspension d'extrême urgence, la section

du contentieux administratif étant, à ce stade, sans compétence pour indiquer les mesures à prendre pour remédier à une éventuelle illégalité.

Elles ajoutent qu'"à supposer qu'elles soient en mesure de démontrer que le marché doit leur être attribué, *quod non*, les requérantes postuleraient de Votre Conseil la reconnaissance d'un droit subjectif à l'attribution d'un contrat, ce qui, conformément à la théorie de l'objet véritable et direct du recours, et en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, ne ressort pas de la compétence de Votre Conseil".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A ce stade de l'examen, il suffit de constater que lorsqu'elle statue sur une demande de suspension, la section du contentieux administratif ne se prononce qu'au provisoire. La décision par laquelle elle ordonne, le cas échéant, la suspension de l'exécution d'un acte ne saurait par conséquent en aucun cas entraîner, par elle-même, la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que d'attribuer le marché au requérant.

La demande de suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché aux requérantes est par conséquent irrecevable.

La requête est recevable pour le surplus.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1 Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un premier moyen "de la violation des articles 83, 85 et 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'article 85 du Qualiroutes approuvé par le Gouvernement wallon en date du 20 juillet 2011, Chapitre A : Clauses Administratives, A.15 - A.16 (Marchés de génie civil), de l'obligation de transparence, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles soutiennent, en substance, que "la partie adverse a procédé, après l'ouverture des offres, à la suppression totale ou à des modifications substantielles des

quantités du métré initial pour certains postes importants, prétendument en application de l'article 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, alors que les dispositions et principes visés au moyen s'opposent à ce que la partie adverse supprime des postes entiers ou modifie les quantités hors du cadre des corrections prévues par la loi et en contradiction manifeste avec son propre cahier des charges et les règles sur la hiérarchie des documents y applicables".

Les requérantes expliquent que l'article 85 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité "introduit un ordre de priorité exprès entre les documents du marché avec la possibilité d'y déroger et de prévoir un ordre de priorité alternatif" ce qui est le cas en Région wallonne, dès lors que le cahier des charges type adopté pour tout marché de travaux d'infrastructures routières, appelé "Qualiroutes", déroge pour les ouvrages de génie civil à l'ordre de priorité fixé par l'article 85 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le cahier des charges type Qualiroutes fait, en effet, prévaloir le métré récapitulatif sur les plans et le cahier spécial des charges. Or, le cahier des charges pour le marché querellé confirme que le Qualiroutes est applicable au marché litigieux.

Elles exposent également que "le cahier des charges utilise des postes normalisés pour les postes du bordereau des prix, en appliquant le Catalogue des postes normalisés (CPN). Suivant le CPN, tout poste d'un bordereau doit être affecté d'un numéro de code. Si ce poste fait partie des postes «normalisés», il ne peut être modifié pour l'adapter à l'utilisation particulière d'un travail".

Or, selon les requérantes, en acceptant des modifications en moins dans une proportion telle que cela revient à ramener à zéro ou à réduire substantiellement les quantités de certains postes du métré, la partie adverse a ignoré "que les dispositions claires du métré initial prévalent sur tout autre document du marché, y-inclus les plans". Elles considèrent donc que "ces «corrections» sont erronées et ne peuvent se lire que comme des modifications au marché au bénéfice d'un seul soumissionnaire".

Les requérantes reprochent, en outre, à la décision attaquée de ne pas lui permettre de comprendre la motivation de ces modifications pour la majorité des postes concernés. L'acte attaqué violerait donc également les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée en n'étant pas assorti d'une motivation adéquate et suffisante.

Les requérantes font encore valoir que l'article 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose au pouvoir adjudicateur de n'accepter de rectification que "selon ses propres calculs", ce qui ne ressort pas de l'acte attaqué "de sorte qu'il ne puisse être constaté que le pouvoir adjudicateur a procédé à ces calculs".

Les requérantes passent ensuite en revue les différents postes litigieux.

Le principal poste concerné est le poste 63 de l'offre de base, correspondant au poste 41 de la variante. Ce poste concerne la fondation en béton maigre des éléments linéaires de rigoles longeant la chaussée. Les requérantes constatent que la partie adverse a accepté de réduire ce poste de 23.000m, dans le métré initial, à zéro, comme le proposaient deux soumissionnaires, dont l'attributaire du marché.

Selon les requérantes, "il ne s'agit pas d'une correction en moins mais de la véritable suppression d'un poste entier ce qui correspond à une modification dans la conception". Elles considèrent, en outre, que "la motivation du pouvoir adjudicateur manque de substance quant aux raisons de cette réduction". Elles "soupçonnent" cependant qu'en acceptant de n'imputer aucune quantité sur le poste 63 (41 en variante) la partie adverse a, en réalité, admis un glissement de ces quantités d'un poste vers un autre. Elles considèrent, en effet, qu'"en supprimant le poste 63 (payé par mètre courant)", l'adjudicateur a "*ipso facto*" ajouté "les quantités exigées de béton maigre dans le poste 61 (payé par mètre carré)". Or, ce glissement n'est pas sans incidence selon les requérantes, dans la mesure où "le poste 61 comporte des quantités proportionnellement beaucoup plus élevées que le poste 63", ce qui a pour effet que "les éventuelles augmentations ne dépassent pas les 25%" et ne doivent par conséquent pas être mentionnées, conformément à l'article 83, § 2, 2° de l'arrêté royal du 15 juillet 2001. Ces augmentations "n'ont donc pas d'impact sur le prix de la SM Wanty - Galère - Betonac pour l'évaluation de son offre". Il s'ensuit, selon les requérantes, que cette société "a reçu un avantage [...] à hauteur de son prix pour le poste 63" alors qu'elle "ne prend aucun risque pour son estimation parce qu'elle sera en tout cas payée pour ces quantités dans le poste 61".

Concernant un autre poste, le poste 74 en offre de base, correspondant au poste 51 de la variante, intitulé : "Opération sur revêtement en enrobé, couche de collage sur enrobé bitumineux récent", les requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir accepté la proposition de la société momentanée WANTY - GALERE - BETONAC de réduire la quantité présumée à 16.000 m², alors que le métré prévoyait une quantité présumée de 408.00m². Elles estiment que cette réduction ne s'imposait pas et qu'en l'acceptant, la partie adverse a en réalité modifié la conception du marché.

Elles adressent des critiques similaires à la partie adverse concernant d'autres postes de moindre importance. Elles concluent comme suit leurs critiques :

- " Des arguments développés ci-dessus, il s'ensuit que les «réductions» appliquées aux quantités en moins étaient erronées. En l'absence de ces réductions, le prix de la SM Wanty -Galère - Betonac aurait été plus élevé. Comme les Requérantes ne

disposent pas des prix de l'offre de leur concurrent, ils ont estimé l'impact sur les prix sur la base de leurs propres prix unitaires, ce qui donne un impact potentiel de EUR 764,368.47 en plus. Par conséquent, le prix de l'offre de la SM Wanty - Galère - Betonac devient considérablement plus cher et l'offre des Requérantes serait l'offre régulière la plus basse. Le marché doit dès lors leur être attribué".

B. Note d'Observations

La partie adverse observe tout d'abord que quatre soumissionnaires ont proposé des corrections de quantités et que les réductions de quantités qu'elle a acceptées "représentent, ensemble, moins de 2% du montant de la variante de la S.M. Wanty – Galère – Betonac finalement retenue". Elle relève également que "sur les 35 corrections proposées par les soumissionnaires, [elle] n'en a accepté que 21, ce qui démontre qu'elle a soigneusement vérifié chaque correction proposée et qu'elle n'a pas systématiquement accepté les corrections de quantités apportées au métré par les soumissionnaires".

La circonstance que certaines réductions n'ont été proposées que par un seul soumissionnaire est, selon elle, sans incidence sur la pertinence de la réduction, aucune disposition n'imposant que les réductions ne puissent être acceptées que lorsque plusieurs soumissionnaires les proposent.

Elle fait également valoir que les articles 83 et 97 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité n'interdisent pas qu'une réduction de quantités puisse aller jusqu'à zéro. Elle souligne que la réduction des quantités présumées d'un poste à zéro n'entraîne d'ailleurs pas la suppression de ce poste. Elle rappelle, d'ailleurs, que l'article 97, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que le prix correspondant à la quantité réduite devient forfaitaire, lorsque le pouvoir adjudicateur a accepté une réduction de quantités. Elle y voit "une garantie quant au sérieux de la réduction proposée par les soumissionnaires".

En ce qui concerne le respect de l'ordre de priorité fixé dans l'article 85 du cahier des charges type Qualiroutes, elle explique que cet ordre de priorité ne trouve à s'appliquer que lorsqu'il existe une contradiction entre les différents documents du marché. Or, tel ne serait pas le cas en l'espèce, aucune contradiction n'existant entre le métré et les plans. Elle considère que "toute autre interprétation de l'article 85 du CCT Qualiroutes reviendrait à interdire toute correction de quantités quand le CSC fait primer le métré sur le plan, ce qui ne se peut". L'article 85 du Qualiroutes, ne s'appliquerait donc pas en l'espèce.

Elle répond ensuite point par point aux critiques adressées par les requérantes en ce qui concerne les différentes réductions de quantités qu'elle a

acceptées. De manière générale, son argumentation tend à démontrer que chacune de ces corrections s'imposait soit qu'elle vînt corriger une erreur manifeste, soit qu'elle découlât de la "lecture combinée du métré et des plans – qui, par définition, contiennent des mentions graphiques que ne comporte pas le métré et qui permettent de comprendre la méthode de conception retenue par le maître de l'ouvrage". En ce qui concerne la motivation de ces corrections, la partie adverse reconnaît qu'elle est parfois succincte, mais estime qu'elle est suffisante pour être comprise par tout entrepreneur.

Concernant, en particulier, les postes 63 de l'offre de base et 41 de la variante, elle expose, en substance, qu'il est apparu que ce poste faisait, en réalité, double emploi avec le poste 61 du métré qui prévoyait déjà une fondation en béton maigre sous la chaussée et sous les filets d'eau. Le poste 63 était par conséquent inutile et en réduisant sa quantité à zéro, "l'on ne rajoute donc nullement ces quantités dans le poste 61".

A titre subsidiaire, la partie adverse expose qu'à supposer même que certaines réductions soient irrégulières, "encore y aurait-il alors lieu de vérifier si ces réductions supposées irrégulières ont concrètement pu avoir une incidence sur le classement unique final des offres et des variantes". Concrètement, elle constate que la prise en compte des quantités en plus acceptées par elle et des seules quantités en moins non contestées par les requérantes aurait permis à ces dernières de présenter l'offre la moins-disante, avec un avantage de 497.215,32 euros. L'ensemble des réductions contestées par les requérantes donnent par ailleurs un avantage de 862.659,46 euros à la société momentanée WANTY-GALERE-BETONAC. Les requérantes n'auraient donc un intérêt au moyen qu'à la condition que les réductions contestées irrégulières portent sur un montant supérieur à la différence entre ces deux montants, soit 365.444,14 euros.

C. Requête en intervention

Les parties intervenantes soutiennent que le moyen est irrecevable en ce qu'il allègue une violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elles soutiennent à cet égard qu'en matière de marchés publics, les obligations de motivation sont fixées par 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.

Elles soulèvent une seconde exception d'irrecevabilité du défaut d'intérêt des requérantes. Elles font, à cet égard, valoir que "le moyen ne procurera un intérêt aux requérantes que si, en l'absence de correction, ou en cas de correction différente,

cela aurait permis de modifier le classement des offres".

Quant au fond, les parties intervenantes soulignent, en s'appuyant sur une jurisprudence du Conseil d'Etat et des Cours et tribunaux, "qu'un soumissionnaire n'a pas la faculté mais l'obligation de corriger les erreurs qu'il constate et que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de tenir compte des rectifications justifiées du métré et qu'il ne peut en accepter une partie et en refuser une autre partie dès lors qu'elles sont appuyées par des notes de calcul détaillées".

En ce qui concerne l'application de l'article 85 du cahier des charges type Qualiroutes les parties intervenantes soulignent que la dérogation qu'il crée ne peut s'appliquer que dans le respect de l'article 83 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, disposition à laquelle il ne peut être dérogé et qui fait obligation au soumissionnaire de corriger les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires ou présumées. Elles estiment, de ce point de vue, que les requérantes créent une confusion entre les contradictions et les erreurs. Elles précisent comme suit la distinction qu'il convient, à leur sens, d'opérer entre ces deux notions :

- " Les contradictions surgissent lorsque le pouvoir adjudicateur a exprimé, dans les différents documents du marché, sa volonté de différentes manières possibles mais incompatibles entre elles. Il est alors nécessaire de déterminer, sur la base d'un ordre de priorité entre les documents du marché, de quelle manière il convient de répondre au besoin du pouvoir adjudicateur.

En cas d'erreur, il n'est pas question de différentes interprétations possibles et divergentes qui résulteraient de contradictions entre les documents du marché, mais du constat d'une erreur dont la rectification s'impose logiquement à la lecture des documents du marché et des règles de l'art et ne constitue pas une modification du marché puisqu'elle permet, au contraire, de se conformer à la volonté initiale du pouvoir adjudicateur".

Les parties intervenantes exposent par ailleurs que l'article 83 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne s'oppose pas à ce "qu'un pouvoir adjudicateur puisse accepter une correction qui consisterait à ramener la quantité d'un poste à zéro". Elles relèvent, tout comme la partie adverse, que les corrections en moins acceptées par le pouvoir adjudicateur ne représentent qu'environ deux pour cent du montant total du marché.

Elles estiment, par ailleurs "que les parties requérantes disposent de suffisamment d'informations pour contester les corrections acceptées par le pouvoir adjudicateur, ce qu'elles font à l'appui de leur premier moyen".

Les parties intervenantes s'attachent ensuite à réfuter l'argumentation des requérantes sur chacune des réductions contestées.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

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 ne déroge pas à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs mais précise les éléments à énoncer dans la motivation. Elle ne supprime, en particulier, pas l'obligation de fournir une motivation adéquate énoncée par l'article 3 de cette loi.

Le moyen est, par conséquent, recevable en ce qu'il invoque une violation de cette disposition.

En ce qui concerne l'intérêt au moyen, il n'est pas contesté que l'ensemble des réductions litigieuses a donné à l'adjudicataire un avantage qui lui a permis de se classer avant les requérantes, alors que celles-ci auraient été classées premières s'il n'avait été tenu compte que des corrections en plus et des quelques corrections en moins qu'elles ne contestent pas. Les requérantes ont donc un intérêt au moyen en ce qu'il porte sur l'ensemble des réductions litigieuses. Pour le surplus, l'examen de l'exception se confond avec celle du moyen. Ce n'est, en effet, que s'il devait apparaître à l'examen des griefs formulés sur chacun des postes litigieux que le moyen n'est pas fondé sur certains de ceux-ci, qu'il conviendrait d'examiner dans quelle mesure une éventuelle irrégularité entachant les autres postes litigieux peut avoir exercé une influence sur le sens de la décision attaquée.

B. Quant au fond

L'article 83 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit en son paragraphe 2 que :

- " § 2. En tenant compte des documents du marché, de ses connaissances professionnelles ou de ses constatations personnelles, le soumissionnaire :
- 1° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires;
 - 2° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées, à condition que la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins vingt-cinq pour cent du poste considéré;
 - 3° répare les omissions du métré récapitulatif.
- Il joint à son offre une note justifiant ces modifications".

L'article 97 du même arrêté royal prévoit notamment que :

- " [...] § 2. Lorsque, en application de l'article 83, § 2, ou 84, § 2, un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de

l'inventaire, le pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie s'il échet selon ses propres calculs et amende, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres.

Pour le soumissionnaire qui a proposé une réduction en application de l'article 83, § 2, 2°, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire, à condition que et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur accepte cette correction.

[...]

§ 6. Pour l'application du présent article, le pouvoir adjudicateur tient compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné."

Il ressort de la lecture combinée de ces deux dispositions que, d'une part, le soumissionnaire est tenu d'apporter de bonne foi les corrections qu'il juge nécessaires s'il constate des erreurs dans les quantités forfaitaires ou dans les quantités présumées, pour autant, concernant ces dernières, qu'elles portent sur une proportion de vingt-cinq pour cent au moins, et que d'autre part, le pouvoir adjudicateur ne peut ignorer ces corrections, mais doit en tenir compte, les contrôler, les rectifier si nécessaire selon ses propres calculs et, le cas échéant, amender le métré en conséquence.

Le rapport au Roi explicite, par ailleurs, en ces termes la portée de l'article 83, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité :

" Ces modifications sont apportées afin de toujours permettre la correction par les soumissionnaires des erreurs flagrantes dans les quantités présumées."

Rien n'autorise dès lors à considérer que cette disposition interdirait une correction aboutissant à réduire de manière très significative, voire à ramener à zéro, les quantités d'un poste du métré, si une "erreur flagrante" le justifie. Il convient d'ailleurs de souligner qu'une telle rectification n'aboutit nullement à supprimer le poste. En effet, ce poste reste inscrit au métré et le prix indiqué par le soumissionnaire devient forfaitaire. Ainsi que l'explique le rapport au Roi, si cela "peut constituer un avantage dans le chef du soumissionnaire concerné puisqu'il sera le seul à bénéficier de la réduction de la quantité, et donc d'un prix final réduit pour le classement de son offre", cela implique aussi que "ce soumissionnaire supportera également seul le risque lié à son éventuelle sous-estimation de la quantité du poste réduit, puisqu'il devra dans ce cas exécuter la quantité réelle contre un prix devenu forfaitaire". Dans le cas d'une quantité ramenée à zéro, il accepte donc un risque qui peut se révéler important.

Ce mécanisme entraîne donc une responsabilisation accrue des soumissionnaires, qui sont d'une part, invités à corriger d'éventuelles erreurs du métré ou de l'inventaire, afin de soumettre un prix collant au plus près à ce qu'ils estiment devoir être le coût réel du marché et qui, d'autre part, assument le risque de leur propre

erreur lorsqu'une correction de quantité en moins est acceptée par le pouvoir adjudicateur.

Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, si le pouvoir adjudicateur accepte la correction proposée sans la rectifier, il n'est pas tenu de motiver cette décision par la production de ses propres calculs. Ce n'est, en effet, que dans l'hypothèse où il rectifie la modification proposée que l'article 97, § 2, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que cette rectification s'effectue "selon ses propres calculs".

L'article 83, § 2, de cet arrêté royal est une disposition à laquelle il ne peut être dérogé. Il diffère en cela de l'article 85 du même arrêté, qui fixe l'ordre de priorité à suivre pour interpréter les documents du marché en cas de contradiction entre eux. Ainsi que le relèvent les parties, cet ordre de priorité est, en l'espèce, déterminé par l'article 85 du Qualiroutes, qui prévoit que le métré récapitulatif est prioritaire pour cette interprétation. Cette dérogation à l'article 85 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne peut avoir pour effet de rendre impossible toute modification du métré, car cela reviendrait à déroger en réalité à l'article 83, § 2, dudit arrêté royal. Les parties requérantes ne contestent d'ailleurs pas les corrections en plus acceptées par la partie adverse et ne soutiennent pas que les quantités indiquées au métré auraient, dans ce cas également, dû prévaloir. L'ordre de priorité fixé à l'article 85 de l'arrêté royal précité et à l'article 85 du cahier des charges type Qualiroutes ne vaut donc que dans l'hypothèse où une contradiction existe entre les différents documents du marché, c'est-à-dire lorsque ces documents expriment des options du maître de l'ouvrage qui, examinées séparément, se révèlent chacune exécutable et cohérente, mais qui, prises ensemble, sont incompatibles entre elles. Il ne trouve pas à s'appliquer lorsque les choix opérés sont clairs et cohérents, mais qu'une erreur entache l'énoncé des moyens requis pour les mettre en œuvre. La circonstance que cette erreur apparaisse à la lecture des autres documents du marché ne suffit pas à la transformer en contradiction.

Le principe "*Patere legem quam ipse fecisti*", dont la violation est invoquée par les parties requérantes ne fait pas davantage obstacle à l'acceptation par le pouvoir adjudicateur de corrections de quantités en plus ou en moins proposées par un ou plusieurs soumissionnaires, en conformité avec l'article 83, § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le caractère limité des corrections acceptées, soit deux pour cent du total du marché ne permet, par ailleurs, pas de considérer qu'elles auraient eu pour effet d'en modifier les conditions.

La partie adverse a donc pu sans violer les dispositions et principes invoqués dans le moyen accepter des réductions de quantités pour certains postes, même si elles avaient pour effet de ramener certaines quantités à zéro.

Encore faut-il que les modifications ainsi acceptées ne soient pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation et qu'elles reçoivent une motivation conforme aux dispositions légales applicables.

Les requérantes contestent des réductions acceptées sur neuf postes. Le premier poste litigieux est le poste 63 de l'offre de base, correspondant au poste 41 de la variante. Il ressort de la note d'observations que cette réduction a donné à elle seule un avantage de 440.155,00 euros à l'adjudicataire. Or, la partie adverse admet que les requérantes ont un intérêt au moyen si les réductions éventuellement entachées d'irrégularité portent sur un montant supérieur à 365.444,14 euros. Tel est le cas de ce premier grief.

La partie adverse et les parties intervenantes expliquent que la correction apportée par la réduction à zéro de ce poste résulte, en réalité, d'un double emploi. Les parties intervenantes exposent à cet égard ceci :

- " Le poste 63 [NB : poste 41 de la variante] concerne la construction de fondations en béton maigre pour des «filets d'eau» (en d'autres termes, les rigoles permettant la récolte et l'écoulement des eaux de pluie le long de la route). Or le poste 61 du métré prévoit déjà la construction de la fondation en béton maigre de l'ensemble de la route au sens large (s.l.), soit la route au sens strict (s.s.) (=couche de béton armé continu) et les filets d'eau qui longent celle-ci. En, effet, le poste 61 prévoit une couche de fondation en béton maigre sur une surface de 215.000 m² alors que le revêtement final de la route s.s en béton armé continu est prévu sur une surface de 190.000 m² (poste 64). La quantité de béton maigre prévue par le poste 61 dépasse donc la surface requise pour la fondation de la seule route s.s et comprend également la fondation des filets d'eau".

Telle qu'elle est ainsi formulée, cette explication permet de comprendre que cette réduction n'a pas entraîné une augmentation corrélative du poste 61, qui correspond à la couche de fondation de l'ensemble de la route, ainsi que le soutient la requête. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'entrer dans le détail d'une appréciation de la pertinence technique de cette explication, qui n'est d'ailleurs pas contestée en termes de plaidoirie. Il suffit à ce stade de constater qu'elle n'est pas manifestement déraisonnable et qu'il ne peut, par conséquent, pas être constaté que la décision attaquée serait sur ce point entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Il n'en reste pas moins que la motivation ainsi fournie après coup est sensiblement plus étoffée que celle qui apparaît dans le rapport d'adjudication. Celle-ci se lit comme suit :

- " Il s'agit de la fondation d'éléments linéaires.
Ce poste ne sera pas utilisé parce que les éléments linéaires sont posés sur la couche sandwich".

Une telle motivation, qui n'évoque pas le double-emploi avec le poste 61, ne permet pas de comprendre que les quantités réduites au poste 63 (41 dans la variante) sont déjà comptabilisées au poste 61, ainsi que l'expliquent la note d'observations et la requête en intervention. Or, ce n'est que dans la mesure où cette réduction n'est pas compensée par une augmentation des quantités du poste 61 qu'elle est justifiée.

La motivation est par conséquent insuffisante sur ce point.

Un examen rapide des autres griefs des requérantes, portant sur des montants moins importants, fait apparaître d'autres insuffisances dans la motivation.

Ainsi, concernant la réduction acceptée du poste 640, qui concerne des amortisseurs en fond du trou de chute des batraciens, le rapport d'adjudication se borne à énoncer que "les remarques des entrepreneurs sont correctes". Une telle motivation par référence à des remarques dont le contenu est par hypothèse inconnu des requérantes ne peut être admise. Ainsi encore, la motivation relative au poste 671, qui concerne la déviation d'un ruisseau, se limite à énoncer que ce poste "concerne les bétons de la dalle du puits de la forge". Une telle motivation ne permet en rien de comprendre la raison pour laquelle la quantité prévue dans le métré a été réduite.

En ne fournissant pas une motivation suffisante de sa décision d'accepter des réductions de quantité, alors cependant que l'importance de ces réductions sur le classement final des soumissionnaires ne pouvait être ignorée, la partie adverse a privé les requérantes d'une garantie. L'ignorance des motifs réels ayant amené la partie adverse à accepter ces réductions ne lui permettait, en effet, pas de savoir dans quelle mesure elles étaient ou non justifiées ou, inversement, si et dans quelle mesure elles pouvaient être critiquées.

Ainsi circonscrit, le moyen est sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait pas état, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, d'élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité de quatre pièces versées au dossier administratif, à savoir les offres des parties requérantes et intervenantes, l'avis du 12 juin 2014 du département de la stratégie routière et les justifications de prix fournies le 23 juin 2014 par la société momentanée WANTY-GALERE-BETONAC.

Les parties requérantes déposent en annexe 9 de la requête, également à titre confidentiel, leur offre du 29 avril 2014.

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 la confidentialité.

IX. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation des parties requérantes au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 9 décembre 2014, les parties requérantes ont déposé un document intitulé "note concernant les dépens" dans lequel elles sollicitent la condamnation de la partie adverse à une indemnité de procédure d'un montant de 1400 euros.

L'article 84/1 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat indique que :

" Tout acte de procédure ou note de liquidation des dépens déposés à l'intervention d'un avocat indiquent le montant sollicité de l'indemnité de procédure visée aux articles 66 et 67 du présent arrêté. Ce montant peut être modifié par tout acte de procédure ou note de liquidation ultérieurs à déposer au plus tard cinq jours avant l'audience, sauf le cas de la demande de suspension ou de mesure provisoire introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence où l'indemnité de procédure peut être demandée jusqu'à la clôture des débats.

La note de liquidation des dépens déposée par les parties requérantes à l'audience du 9 décembre 2014 est donc recevable et il n'y a pas lieu de l'écarter des débats.

Par ailleurs, la liquidation des dépens et la contribution au paiement de ceux-ci se fera conformément à l'article 68 du même arrêté, au moment où le Conseil d'Etat statuera sur la requête en annulation et, si la demande de suspension n'est pas

accompagnée ou suivie d'une requête en annulation, dans l'arrêt qui lève la suspension.

Enfin, il est apparu que les parties requérantes ont versé deux fois le montant des droits, s'élevant à 400 euros, soit au total 800 euros. Il y a lieu, en conséquence, d'ordonner le remboursement du trop perçu.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme WANTY, la société anonyme GALERE et la société anonyme BETONAC dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 24 octobre 2014 par le conseil d'administration de la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures attribuant à la société momentanée WANTY – GALERE – BETONAC le marché de travaux relatif à "E420 – Contournement de Couvin – Phase 2: réalisation du tronçon entre la Platinerie et la frontière française (cumulées 5.700 à 13.700)".

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les offres des parties requérantes (pièce 1 du dossier administratif, partie confidentielle et annexe 9 à la requête) et des parties intervenantes, l'avis du 12 juin 2014 du département de la stratégie routière et les justifications de prix fournies le 23 juin 2014 par les parties intervenantes (pièces 2 à 4 du dossier administratif, partie confidentielle) resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 6.

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 7.

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

Article 8.

La somme de 400 euros versés indument par les parties requérantes sera remboursé à celles-ci par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'Etat.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept décembre deux mille quatorze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.