

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.361 du 27 mai 2015

G./A.207.079/VI-19.786

En cause : **la société anonyme ENERGYS,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

la commune de Rouvroy,

ayant élu domicile chez
Me France GUERENNE, avocat,
chemin du Stocquoy, n° 1,
1300 Wavre.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 novembre 2012, la société anonyme ENERGYS demande l'annulation de "la délibération du collège communal de ROUVROY, du 13 juin 2012, décidant de déclarer irrégulière l'offre d'ENERGYS et d'attribuer à DELTA THERMIC le marché de la construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt - lot B3 - HVAC - Sanitaire - Protection incendie".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier Auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 3 février 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 4 mars 2015.

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

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Maya TABET, *loco* Me France GUERENNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis.

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 28 décembre 2010, la commune de Rouvroy publie un avis de marché de travaux au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications afin de procéder à la construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt. Ce marché est divisé en dix lots. Le mode de passation du marché retenu est celui de l'adjudication publique.

III. 2. Le 27 avril 2011, lors de la séance d'ouverture publique des offres, trois entreprises déposent une offre pour le lot B.3., "HVAC - Sanitaire - Protection incendie". Le procès verbal de la séance d'ouverture des offres révèle que l'offre de la requérante est la moins disante.

III. 3. Le 1^{er} juin 2011, la partie adverse demande à la requérante de justifier ses prix unitaires pour une série de postes.

III. 4. Le 14 juin 2011, la requérante adresse ses justificatifs de prix unitaires à la partie adverse.

III. 5. Le 3 août 2011, la partie adverse déclare l'offre de la requérante incomplète et irrégulière et attribue le lot B.3. du marché à la société anonyme DELTA THERMIC.

III. 6. Le 13 juin 2012, la partie adverse procède au retrait de la décision d'attribution du marché du 3 août 2011 suite à l'introduction d'un recours au Conseil d'Etat par la requérante.

III. 7. Le 12 septembre 2012, la partie adverse notifie à la requérante une nouvelle décision d'attribution du marché du 13 juin 2012.

Il s'agit de la décision attaquée qui se présente comme suit :

" OBJET: Construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt - LOT B3 : HVAC - Sanitaire - Protection incendie. Approbation de l'attribution.

Le Collège communal,

Vu le Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation, notamment ses articles L1222-03 et L1222-04;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux;

Considérant que le 27 février 2002, le Conseil communal a approuvé le projet de marché de conception et de travaux pour la «Construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt» pour un montant estimé à dix millions d'euros TVAC;

Considérant que le 10 avril 2002, le Collège communal a attribué à Monsieur Bernard Willaime, rue de la Vire 7 à 6761 Chenois, le marché de services portant sur la conception du complexe sportif;

Considérant que Monsieur Bernard Willaime a établi en décembre 2007 et janvier 2009, un Cahier spécial des charges n° 0123 et n° 2002/1593 pour la construction;

Considérant que le marché comporte dix lots :

[...]

- Lot B3 : HVAC - Sanitaire - Protection incendie pour un montant estimé à 1.277.142,14 € hors TVA, ou 1.545.341,99 € TVAC;

[...]

Que le montant global estimé s'élève donc à une somme de 7.616.633,52 € hors TVA ou 9.216.126,56 TVAC;

Considérant que le 13 décembre 2010, le Conseil communal a approuvé les comptes, le montant estimé et le mode de passation, à savoir l'adjudication publique dudit marché;

Considérant qu'un avis de marché a été publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications, le 28 décembre 2010;

Considérant que les offres devaient être déposées pour le 27 avril 2011 au plus tard; que pour le lot B3, trois entreprises ont déposé des offres :

- la s.a. Energys, rue de la Chaudronnerie 14 à 4340 Awans pour un montant de 1.280.759,09 € hors TVA ou 1.549.718,50 € TVAC;

- la s.a. Delta Thermic, rue d'Abhooz 23 à 4040 Herstal pour un montant de 1.386.986,26 € hors TVA ou 1.678.253,37 € TVAC;
- la s.a. Imtech, boulevard Industriel 28 à 1000 Bruxelles pour un montant de 1.435.761,69 € hors TVA ou 1.737.271,64 €;

Considérant que l'auteur de projet, Bernard Willaime, a examiné les offres et rédigé un rapport le 29 juillet 2011; qu'au terme de cet examen, l'auteur de projet a conclu à l'irrégularité, et partant à la nullité, les offres déposées par la s.a. Energys et la s.a. Imtech;

Qu'il a donc proposé d'attribuer le marché à la s.a. Delta Thermic, seule offre considérée comme régulière, pour un montant de 1.374.448,25 € hors TVA ou 1.663.082,38 € TVAC;

Considérant que le 3 août 2011, le Collège communal a attribué le lot B3 du marché «Construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt» à la s.a. Delta Thermic pour la somme retenue par l'auteur de projet;

Considérant que la s.a. Energy a saisi le Conseil d'Etat d'une requête en annulation de cette délibération estimant que celle-ci ne comporte aucune indication sur le caractère irrégulier de son offre et, partant, ne permet pas de justifier que son offre devait être considérée comme irrégulière; qu'en effet si la décision querellée fait référence au rapport d'attribution rédigé par l'auteur de projet, ledit rapport n'était pas annexé à la décision;

Considérant que la délibération du 3 août 2011 attribuant le marché à la s.a. Delta Thermic, a été retirée par décision du Collège de ce jour;

Considérant que du rapport d'analyse des offres rédigé par l'auteur de projet et annexé à la présente délibération, il ressort d'une part, qu'aucun des trois soumissionnaires ne se trouvent dans une situation d'exclusion et, d'autre part, que les trois soumissionnaires disposent de la capacité économique, technique et financière requise en ce compris l'agrément; qu'enfin les documents et attestations exigés par le Cahier spécial des charges ont été annexés aux offres;

Considérant que le rapport d'attribution écarte les offres de la s.a. Energys et de la s.a. Imtech, ces offres étant irrégulières et, partant, devant être considérées comme nulles;

Considérant que l'auteur de projet, a interrogé la s.a. Imtech afin d'avoir des explications sur certains postes;

[...]

Considérant que la s.a. Energy a également été interrogée par le pouvoir adjudicateur par un courrier du 1^{er} juin 2011; que plus particulièrement, des justifications des prix unitaires étaient demandées pour différents postes (section 1: postes 7.7, 7.8.1, 7.8.2, 9.1.1, 12.7.1, 12.9.1, 15.1, 19.2,1 à 19.2.8 et 19.3.2; section 2: postes 3.1 à 3.2, 3.4 à 3.5.1); que le 14 juin 2011, la s.a. Energy apportait des réponses;

Que l'auteur de projet, examinant ces réponses, estime que certaines des justifications proposées peuvent être considérées soit comme acceptables, soit comme entraînant une irrégularité relative; que par contre, pour les postes 19.2.1 à 19.2.8, l'auteur de projet retient que les justifications proposées ne sont pas sérieuses tandis que pour les postes 19.3.1 à 19.3.2, s'il retient la justification pour le premier de ces deux postes, pour le second, il expose que le soumissionnaire signale «expressément» qu'il n'y a pas de gainage dans le bordereau et qu'il est indiqué «néant» en face de ce poste, ce qui constitue une irrégularité substantielle;

Considérant qu'interrogée à propos des postes 19.2.1 à 19.2.8, la s.a. Energys a répondu que «Calorifuge des tuyauteries eau glacée. Notre prix est basé sur l'offre de la société Gokas Calorifuge. Ce prix constitue une sous-traitance pure. Nous n'avons pas de main-d'oeuvre pour ce poste. Le matériel est constitué de coquilles de 40 mm d'épaisseur de lames minérales munies d'un pare-vapeur. Les prix en soumission sont comparés à ceux de notre sous-traitant dans le tableau ci-dessous :

Diamètre ext.	Sous-traitant	Soumission
15	5,90€	6,52€
20	6,60€	6,85€
32	6,90€	7,62€
50	11,50€	12,71€
63	13,40€	14,81€
75	14,50€	16,02€
110	34,10€	37,68€
vannes	1.823,50€	2.014,97€

Que l'auteur de projet rejette cette justification en se référant à titre de comparaison à la moyenne des deux autres offres; qu'il critique l'absence d'information sur le détail du prix du sous-traitant ainsi que le fait de ne prendre aucun bénéfice sur ce poste;

Considérant que selon l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, avant d'écarter une offre en raison du caractère anormalement bas ou haut de ses prix, le pouvoir adjudicateur doit interroger le soumissionnaire; qu'une fois en possession des réponses, il peut considérer un prix comme normal ou anormal sur la base de l'ensemble des informations dont il dispose et ce, même indépendamment des explications fournies par le soumissionnaire; que si le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement contrôler le prix présenté par un soumissionnaire lorsque ce prix s'écarte de la moyenne de calcul imposée par l'article 110, § 4 de l'arrêté précité, rien ne lui interdit, pour apprécier le caractère normal ou anormal d'un prix, de se référer notamment au prix proposé par d'autres soumissionnaires ou encore à la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires;

Qu'ainsi, si l'on compare le prix proposé à ceux des deux autres soumissionnaires (28.360,60 € et 26.926,26 €), le prix de la s.a Energys est respectivement de quelques 42 % et 45 % moins cher; que si on compare le prix proposé par rapport à la moyenne des deux autres offres, le prix de la s.a. Energys est 43% moins cher; que l'on peut raisonnablement retenir ce prix comme étant un prix anormal qui justifie à lui seul que l'offre soit écartée comme étant irrégulière;

Que les autres explications fournies par l'auteur de projet apparaissent dès lors superfétatoires;

Considérant qu'interrogée à propos du poste 19.3.1 de la section 1 à propos duquel la soumission de la s.a. Energys mentionne «néant», cette dernière a répondu «il n'y a pas de gainage de ce type dans le bordereau»;

Que cette réponse ne peut être acceptée; qu'en effet, outre que le Cahier spécial des charges impose que les gaines de pulsion d'air de ventilation et de pulsion et reprise d'air de climatisation soient calorifugées, le bordereau renseigne au poste 19.3.1 «Calorifuge de gaines de pulsion/reprise d'air toutes sections AO-fft»;

Qu'en conséquence, l'offre doit être écartée pour non-respect d'une des prescriptions du Cahier spécial des charges;

Considérant par ailleurs, que le poste 19.3.1 de la section 1 du Cahier spécial des charges exigent que les matériaux isolants pour les gaines d'air soient classés au feu

AO suivant l'arrêté royal du 19 décembre 1997 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie; que le bordereau de soumission mentionne l'isolation AO aux postes 13.1.9 à 13.1.12 et 13.3.4.;

Qu'interrogée, la s.a. Energys a répondu que «les gaines de ventilation sont calorifugées au moyen de panneaux de laine minérale d'épaisseur de 25 mm de type AO. Le métrage du gainage avec isolation AO est repris en page 8 du dossier, soit 415 m². Notre prix se résume de la sorte : 415 m² x 15,62 € = 6.483,04 € »;

Que bien que l'auteur de projet retient cette justification comme acceptable, il appert cependant que le soumissionnaire ne tient pas compte dans sa justification de l'isolation AO demandée pour les postes 13.1.9 à 13.1.12 (80 m²);

Considérant que les offres des sociétés Imtech et Energys sont irrégulières et doivent être écartées;

Considérant que le marché relatif au lot B3 doit être attribué à la s.a. Delta Thermic, offre conforme et régulière, pour un prix de 1.374.448,25 € hors TVA ou 1.663.082,38 € TVAC;

Que le pouvoir adjudicateur fait sien le rapport de l'auteur de projet à propos de la conformité de la régularité de l'offre de ce soumissionnaire.

DECIDE :

Article 1^{er} : d'attribuer le lot B3 à la s.a. Delta Thermic pour un montant de 1.374.448,25 € hors TVA ou 1.663.082,38 € TVAC.

Article 2 : de transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire sous réserve de son approbation, d'une part, par l'autorité de tutelle et, d'autre part, par l'autorité subsidiaire.

Article 3 : l'expédition de la présente décision sera transmise aux trois soumissionnaires.

Annexe : Rapport d'attribution rédigé par l'auteur de projet

Par le Collège :

[signatures]

Pour extrait conforme :

ROUVROY le 12 septembre 2012".

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante soulève un premier moyen, pris de la violation du principe d'égalité contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la

motivation formelle des actes administratifs et des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En une première branche, la partie requérante expose, en ce qui concerne le prix de la coordination sécurité chantier, que la partie adverse a déclaré régulière l'offre de DELTA THERMIC en déclarant s'approprier le rapport d'analyse des offres, que la dernière partie de ce rapport concerne la coordination sécurité chantier du marché, qu'à plusieurs reprises, l'auteur du rapport considère que les prix renseignés par DELTA THERMIC lui semblent anormalement élevés, ce que mentionne l'auteur du rapport principal en page 7, que la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen, considérer comme régulière une offre dont le prix de certains postes présentait, à son point de vue, un caractère anormalement élevé, que, s'il fallait considérer que la partie adverse s'est sur ce point écartée de l'avis contenu dans le rapport d'analyse, il lui appartenait alors de s'en expliquer formellement; en ce qui concerne le traitement différent des soumissionnaires, elle expose que pour déclarer non acceptable sa justification de prix des postes 19.2.1 à 19.2.8., le rapport d'analyse des soumissions avait considéré qu'elle ne réalisait aucun bénéfice et se référait au poste 15.1., que ce rapport indiquait : "Le fait de ne prendre aucun bénéfice sur ce poste est anormal, de plus, pour un autre poste «15.1» la société Energys prend un bénéfice de 10 % [...] ce qui est normal" et : "A titre de comparaison, la société DELTA THERMIC n'indique aucune valeur pour l'ensemble de ces postes 19.2.1. à 19.2.8, ce qui confirme que ces travaux vont être effectués par un sous-traitant mais reprend des FG et B", alors qu'elle avait fourni une liste de prix unitaires de son sous-traitant d'isolation, ses prix de soumission étant de dix pour cent plus élevés que ceux de ce sous-traitant, à l'instar de DELTA THERMIC qui compte des frais généraux de dix pour cent et un bénéfice de quatre pour cent, que la partie adverse, qui réalise une motivation qui lui est propre quant à la non-régularité de l'offre de la requérante, n'explique pas pourquoi elle accepte une justification du poste 15.1. de l'offre de la requérante et la refuse pour le poste 19.2.1 à 19.2.8 alors que cette justification est identique, la partie adverse n'explique pas davantage pourquoi elle refuse la justification proposée par la requérante et l'accepte pour DELTA THERMIC; qu'en ce qui concerne le poste 19.2.8., selon la justification proposée par DELTA THERMIC, l'offre est de 24,42 euros pour le poste 19.2.8 alors que, pour le même poste, l'offre de la requérante est de 2.014,97 euros, que, les prix unitaires devant tous être normaux, considérés individuellement, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen considérer ce prix unitaire comme normal dans le chef de DELTA THERMIC et anormalement bas dans son chef; qu'en ce qui concerne la motivation de la régularité de l'offre de DELTA THERMIC, la partie requérante fait valoir que cette motivation est lacunaire et

inadéquate, qu'ayant décidé d'interroger DELTA THERMIC sur certains postes de son offre, la partie adverse se devait d'analyser soigneusement cette justification et de révéler le contenu de cette analyse au terme d'une motivation adéquate, qu'en l'espèce la partie adverse se réfère purement et simplement au rapport d'analyse des offres, lequel mentionne : "L'entreprise fournit un tableau récapitulatif reprenant prix d'achat, le temps de pose, le prix de revient, les frais généraux et le bénéfice pour en arriver au prix de vente unitaire. Nous acceptons les justifications des différents prix unitaires" et que cette motivation ne permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse fait sienne la justification proposée, spécialement pour le poste 19.2.8.

En une deuxième branche, la partie requérante expose que la partie adverse entend justifier l'irrégularité de l'offre de la requérante au terme d'une motivation qui lui est propre, sans s'approprier le rapport d'analyse des soumissions, que, pour les postes 19.2.1. à 19.2.8, la justification de la requérante était libellée comme suit : "Calorifuge des tuyauteries eau glacée. Notre prix est basé sur l'offre de la société Gokas Calorifuge. Ce prix constitue une sous-traitance pure. Nous n'avons pas de main d'œuvre pour ce poste. Le matériel est constitué de coquilles de 40 mm d'épaisseur de lame minérale munie d'un pare-vapeur. Les prix en soumission sont comparés à ceux de notre sous-traitant dans le tableau ci-dessous", que, pour écarter cette justification, la partie adverse expose que les offres des deux autres soumissionnaires sont, respectivement, de 28.360,60 euros et de 26.926,26 euros, que, faisant la moyenne de ces deux prix, elle affirme que son offre est de quarante-trois pour cent moins chère par rapport à la moyenne des autres soumissionnaires et présente de ce seul fait un caractère anormal, les autres appréciations contenues dans le rapport d'analyses des soumissions étant jugées superfétatoires, qu'une telle argumentation n'est pas adéquate et comporte des erreurs manifestes d'appréciation, que, sur la base de la justification des prix proposée par DELTA THERMIC, la requérante constate que le prix proposé par ce soumissionnaire est de 20.861,66 euros, pour les postes 19.2.1. à 19.2.8, ce qui ne correspond à aucun des deux montants renseignés dans l'acte attaqué, que le nombre de soumissions était trop faible pour que la moyenne des deux autres soumissions soit représentative: si cet élément pouvait justifier qu'une question soit posée à la requérante à propos du prix proposé, il est revanche sans rapport pour apprécier la pertinence de la justification proposée, que la comparaison avec les autres offres est d'autant moins acceptable que l'une d'elle est jugée non régulière et que l'autre comporte des prix anormalement élevés, que DELTA THERMIC, déclarée adjudicataire, interrogée également sur certains postes de son prix, s'est borné à faire état du prix de la soumission et du prix du sous-traitant, ce que l'auteur du rapport d'analyse a accepté et que la partie adverse refuse pour la requérante: les explications n'ont donc pas été appréciées de la même manière, selon qu'elles émanent de la requérante ou de l'adjudicataire, que la circonstance que la

moyenne des autres offres soit, sur ce point, quarante-trois pour cent plus chère n'illustre en rien l'anormalité du prix de la requérante, que le rapport d'analyse avait considéré qu'une marge de dix pour cent sur le prix d'un sous-traitant était une marge acceptable, que telle était précisément la marge de la requérante sur ces postes 19.2.1. à 19.2.8, que les seuls motifs avancés par la partie adverse pour critiquer ses réponses sont donc entachés d'illégalité et que son offre ne pouvait donc être tenue pour irrégulière en raison du caractère prétendument anormal des prix proposés pour les postes concernés.

En une troisième branche, la partie requérante expose qu'il résulte du rapport d'analyse des soumissions que ce dernier a examiné le caractère normal ou anormal du prix par rapport à certains postes pour lesquels aucune demande de justification ne lui a été adressée, qu'il en est ainsi pour le poste 19.3.2., à propos duquel l'auteur du rapport consacre de longs développements (rapport, pages 22 à 25), et pour les postes 19.1.1. à 19.3.4., appréciés globalement (rapport, page 25), qu'à l'occasion de la première procédure, la partie adverse avait déclaré s'approprier ce rapport, ce qui avait amené la requérante à lui reprocher de ne pas lui avoir offert l'occasion de présenter ses justifications, au rebours du prescrit de la réglementation visée au moyen, qu'afin d'éviter ce grief frontalement, la partie adverse déclare désormais ne plus s'approprier le rapport d'analyse, mais au contraire s'en écarter, que les considérations du rapport d'analyse sont reproduites pour contester la justification proposée pour le poste 19.3.1. que le rapport d'analyse avait pourtant considérée comme acceptable, que la partie adverse, qui avait admis antérieurement la régularité du prix de la requérante pour le poste 19.3.1. ne peut, à l'occasion du retrait de sa première décision, soulever de nouvelles irrégularités, que tel est pourtant le cas, qu'en outre, la partie adverse justifie son refus en se fondant sur des postes pour lesquels la requérante n'a, derechef, pas été interrogée et commet, indirectement, la même illégalité que celle qui avait été dénoncée par la requérante à l'occasion de son premier recours.

En une quatrième branche, la partie requérante fait valoir qu'en ce qui concerne le poste 19.3.1., la partie adverse décide que sa réponse, selon laquelle il n'y a pas de gainage de ce type dans le bordereau, est inacceptable au motif que le cahier spécial des charges impose que les gaines soient calorifugées et que le bordereau renseigne au poste 19.3.1. un calorifuge de type A0, que le bordereau de prix comporte des postes (13.3.4) pour des gainages devant recevoir une isolation A0, expressément renseignée comme telle et se distinguant de l'isolation de type A1, que par contre, le bordereau ne comporte pas de postes pour des gainages devant recevoir une isolation A1, que dès lors, la requérante n'a pas chiffré le poste (19.3.2) concernant l'isolation des gainages devant recevoir l'isolation A1, que cette

interprétation qu'a faite la requérante des documents d'adjudication, découle de lacunes du cahier des charges qui ne reprend pas, dans son métré de gainages, les gainages devant recevoir une isolation A1, qu'une telle lecture est conforme aux principes d'interprétation des conventions, inscrit à l'article 1162 du Code civil et qu'en refusant son explication selon laquelle il n'y a pas de gainage de type A1 dans le bordereau, alors que tel est pourtant le cas, alors que la situation qui s'est créée découle des contradictions du cahier spécial des charges lues en défaveur de la partie requérante, la partie adverse a violé les dispositions et principe visés au moyen.

B. Mémoire en réponse

A la première branche, la partie adverse répond, en ce qui concerne le poste coordination sécurité-chantier, que l'auteur de projet indique, dans son rapport d'analyse des soumissions, qu'en ce qui concerne ce poste, "le rapport de l'auteur de projet «Coordination Sécurité Santé» (voir annexe) ne formule aucune remarque particulière pour IMTECH mais signale que les détails des coûts de l'entreprise ENERGYS semblent anormalement bas et ceux de l'entreprise DELTA THERMIC semblent anormalement élevés", qu'il n'y a pas d'exclusion automatique lorsqu'un prix apparemment anormal est décelé par le pouvoir adjudicateur, qu'en toute hypothèse, elle n'aperçoit pas en quoi il existerait ici une différence de traitement dans la mesure où l'offre de la requérante, pas plus que celle de la société DELTA THERMIC, n'a été déclarée irrégulière en raison du caractère anormal du prix remis pour ce poste, que, sur ce point, les deux offres ont donc été traitées de manière strictement identique; en ce qui concerne les postes 15.1., "Unité centrale de gestion informatisée" et 19.2.1. à 19.2.8. "Calorifuge des tuyauteries eau glacée", la partie adverse répond que s'il est exact que, dans les deux cas, la requérante justifie ses prix par la circonstance qu'elle compte faire appel à un sous-traitant, il ressort toutefois très clairement du rapport d'analyse des soumissions que si cette justification de prix peut être acceptée pour le poste 15.1., c'est en raison du fait que "(...) le prix global du poste est tout à fait normal par rapport aux autres concurrents : ENERGYS: 118.223 € - DELTA THERMIC: 120.079,28 € - IMTECH: 115.510,65 €", ce qui n'est en revanche pas le cas en ce qui concerne les postes 19.2.1. à 19.2.8. : "Les justifications proposées ne sont pas sérieuses. A titre de comparaison, nous avons indiqué le prix global des deux autres soumissionnaires pour les postes 19.2.1. et 19.2.8. Soit : Energys: 12.005,71 € , Delta Thermic: 23.360,60 €, Imtech: 26.929,26 € -> Moyenne: 27.655,93 €. Nous constatons une différence de :15.639,22 € pour l'ensemble de ces postes, ce qui est énorme", que, si d'autres éléments sont avancés dans le rapport d'analyse des soumissions pour justifier le caractère anormalement bas du prix remis par la requérante pour ces postes, la partie adverse tient toutefois uniquement compte, dans l'acte attaqué, de l'écart de prix important constaté entre l'offre de la requérante et la

moyenne des offres des deux autres soumissionnaires pour les postes considérés, qu'outre son estimation initiale, le pouvoir adjudicateur peut en effet se fonder sur les prix moyens remis par les concurrents, que la raison pour laquelle la justification avancée par la requérante peut être acceptée en ce qui concerne le poste 15.1., et rejetée en ce qui concerne les postes 19.2.1 à 19.2.8, est formellement motivée dans le rapport d'analyse des offres, qu'il apparaît dès lors que l'offre de la requérante n'a en aucun cas été traitée de manière discriminatoire par rapport à l'offre de la société DELTA THERMIC, le rejet de la justification avancée par la société ENERGYS pour les postes 19.2.1 à 19.2.8 reposant, du reste, sur un élément purement objectif; en ce qui concerne le poste 19.2.8 "Calorifuges des tuyauterie «eau glacée» - vannes", il ne ressort pas du rapport d'analyse des soumissions que le prix remis par la requérante pour le seul poste 19.2.8. aurait été considéré comme anormalement bas, qu'en réalité, c'est le prix global offert par cette dernière pour les postes 19.2.1 à 19.2.8 qui a été considéré comme tel (page 23 du rapport d'analyse des soumissions), que s'agissant de l'ensemble des postes relatifs au "calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires d'eau glacée" (page 142 du cahier spécial des charges), ces postes pouvaient en effet être appréciés de manière globale par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'examen des soumissions; qu'en ce qui concerne la motivation de la régularité de l'offre de la société DELTA THERMIC, bien qu'elle soit concise, l'appréciation portée par l'auteur de projet quant aux justifications de prix permet parfaitement de comprendre pourquoi l'offre de la société DELTA THERMIC a été déclarée régulière, que l'auteur du rapport d'analyse des soumissions fait référence à cet égard au tableau récapitulatif complet de justification des prix déposé par la société DELTA THERMIC, lequel reprend, pour chacun des postes pour lesquels elle a été interrogée, le "prix d'achat, le temps de pose, le prix de revient, les frais généraux et le bénéfice pour en arriver au prix de vente unitaire", que l'auteur de projet ajoute que ces justifications chiffrées doivent être admises, que cette motivation est suffisante, que l'on ne peut en effet exiger du pouvoir adjudicateur qu'il indique les motifs de ses motifs.

A la deuxième branche, la partie adverse répond, en substance, qu'il ressort du tableau comparatif des offres annexé au rapport d'analyse des soumissions, que les prix proposés par la société DELTA THERMIC pour les postes 19.2.1. à 19.2.8. cumulés, représentent bien un montant total de 28.360,60 euros comme indiqué dans l'acte attaqué, que ce chiffre est également celui repris par l'auteur de projet en page 23 de son rapport d'analyse des soumissions, que le fait pour un pouvoir adjudicateur de considérer qu'un écart de prix de quarante-trois pour cent vers le bas entre l'offre d'un soumissionnaire et la moyenne des offres déposées par d'autres candidats, ne saurait en aucun cas relever d'une erreur manifeste d'appréciation dans son chef et ce, quand bien même seules trois offres auraient été déposées, que

l'appréciation portée à cet égard par la partie adverse repose dès lors sur un calcul purement mathématique et donc, objectif, que la partie adverse rappelle que seul cet élément est pris en compte dans l'acte attaqué pour écarter la soumission de la requérante au motif de l'irrégularité de son offre compte tenu du prix anormalement bas proposé pour les postes 19.2.1. à 19.2.8., tous les autres éléments avancés par l'auteur de projet sur ce point aux termes du rapport d'analyse des soumissions étant considérés comme "superfétatoires", qu'il est en effet admis que le pouvoir adjudicateur puisse considérer un prix comme normal ou anormal sur la base des informations dont il dispose, et ce même indépendamment des explications fournies ou non par le soumissionnaire, que la moyenne des offres déposées par les autres soumissionnaires constitue l'une de ces informations et la méthode de vérification appliquée en l'espèce par la partie adverse est ainsi couramment utilisée, que, comme le souligne très justement l'Auditeur dans son rapport précédant l'arrêt n°90.449 prononcé le 25 octobre 2000 (Association Maurice Delens et Duchêne), "à partir du moment où l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, en application de la loi du 23 décembre 1993 précitée, recourt à l'emploi du terme "anormalement", il fait implicitement mais certainement référence à une "norme", c'est-à-dire une valeur commune pour le type de prestation envisagé. De manière tautologique, un prix "anormal" est un prix qui sort de la norme, norme nécessairement constituée par une moyenne des prix proposés pour une prestation identique fournie ou à fournir lors de marchés publics, étant ici des marchés de travaux» et que, dans la mesure où seule la comparaison mathématique entre l'offre de la requérante et la moyenne des deux autres offres déposées a conduit le pouvoir adjudicateur à considérer comme anormal le prix remis par la requérante pour les postes 19.2.1. à 19.2.8., toutes les autres critiques formulées par la requérante quant à la manière dont les justifications de prix qu'elle a avancées pour ces postes ont été appréciées par le pouvoir adjudicateur, sont donc sans objet.

A la troisième branche, la partie adverse répond, en synthèse, que la critique est sans objet dès lors que le seul prix retenu par le pouvoir adjudicateur dans l'acte attaqué comme étant anormalement bas et devant par conséquent conduire à l'irrégularité de l'offre de la requérante, est celui proposé par cette dernière pour les postes 19.2.1. à 19.2.8. pour lesquels elle a bien été invitée à présenter des justifications, qu'*a fortiori*, la régularité du prix proposé par la requérante pour le poste 19.3.1. n'est donc pas remise en cause dans l'acte attaqué, que, s'il est fait référence à ce poste dans la décision d'attribution du marché, c'est uniquement dans la mesure où pour celui-ci, il apparaît que l'offre de la requérante n'est pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, affectant ainsi son offre d'une irrégularité substantielle sans que la question du prix soit en cause.

La partie adverse répond, quant à la quatrième branche, que l'offre déposée par la requérante mentionne le terme "néant" au regard du poste 19.3.1. (lire en réalité: 19.3.2.), que l'acte attaqué considère que la justification apportée par la requérante n'est pas admissible et constate donc que dans la mesure où l'offre de la requérante ne répond pas aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, celle-ci est affectée d'une irrégularité substantielle, qu'il est incontestable, eu égard aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges et du bordereau de soumission, que deux types de matériaux isolants étaient prévus pour le calorifuge des gaines d'air: d'une part, les matériaux isolants classés au feu AO pour les chemins d'évacuation (hall, salle d'exposition, dégagements, vestiaires, douches), les gaines techniques inaccessibles après l'achèvement du bâtiment (poste 19.3.1.) et la cuisine (poste 19.3.4.), et d'autre part, les matériaux isolants classés au feu AI dans tous les autres endroits (poste 19.3.2.), que les documents du marché sont clairs et ne comportent pas la moindre lacune à cet égard, que dans ces conditions, tant la justification avancée par la requérante dans le cadre de l'analyse des soumissions, que les explications figurant dans sa requête en annulation, démontrent qu'en soutenant qu'aucune isolation AI n'est prévue en l'occurrence et en omettant, dans son offre, de tenir compte de l'isolation AO des gainages repris sous les postes 13.1.9 à 13.1.12, elle n'a pas tenu compte du descriptif précis figurant dans le cahier spécial des charges pour les postes litigieux, venant ainsi confirmer l'irrégularité de son offre.

C. Mémoire en réplique

S'agissant de la première branche, la partie requérante réplique que, en ce qui concerne le prix de la coordination sécurité chantier, alors que la partie adverse expose que "il n'y a pas d'exclusion automatique lorsqu'un prix apparemment anormal est décelé par le pouvoir adjudicateur", elle ne pouvait rester sans réagir face à un prix présentant les apparences de l'anormalité, que, dans son moyen, laissé sans réponse sur ce point, elle dénonce qu'il appartenait à tout le moins à la partie adverse de s'expliquer formellement sur les raisons qui l'ont amenée à juger régulière l'offre présentant, à son point de vue, un prix apparemment anormal et qu'aucune explication ne figure dans l'acte attaqué; qu'en ce qui concerne le traitement différent des soumissionnaires, si la partie adverse estime que les situations sont différentes, et se réfère à ce sujet, d'une part, au rapport d'analyses des offres et, d'autre part, à d'autres circonstances (écart par rapport à la moyenne), cette partie adverse est mal fondée à se prévaloir, à cet égard, du rapport d'analyse des soumissions puisqu'elle a entendu expressément s'en écarter par une motivation propre, que le rapport d'analyse des soumissions se fondait sur la circonstance erronée que la requérante ne réalisait sur ces postes aucun bénéfice, que tel n'est pas le cas, ce qu'elle a démontré dans sa requête sans que cette démonstration soit éternée par l'argumentation du mémoire en

réponse, que la partie adverse encourt le grief soulevé par le moyen, que les autres éléments soulevés par la partie adverse concernent d'autres motifs, que, pour que cette argumentation soit pertinente, il faudrait que le motif critiqué par le moyen soit un motif surabondant, que, figurant en tête de motivation, les développements critiqués apparaissent au contraire déterminants, que les explications contenues dans le mémoire en réponse ne figurent pas dans l'acte attaqué et ne peuvent dès lors pallier le manque de motivation formelle également dénoncé au moyen; que, pour le poste 19.2.8., la justification de DELTA THERMIC renseigne un prix total de vente de 24,42 euros, que cette justification a été considérée comme acceptable par la partie adverse qui ne le conteste pas, mais expose que : "Il ne ressort cependant pas du rapport d'analyse des soumissions que le prix remis par la requérante pour le seul poste 19.2.8. aurait été considéré comme anormalement bas. En réalité, c'est le prix global offert par cette dernière pour les postes 19.2.1 à 19.2.8 qui a été considéré comme tel (page 23 du rapport d'analyse des soumissions). S'agissant de l'ensemble des postes relatifs au «calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires d'eau glacée» (page 142 du cahier spécial des charges), ces postes pouvaient en effet être appréciés de manière globale par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'examen des soumissions", que le grief soulevé par le moyen portait précisément sur l'obligation, pour la partie adverse, d'examiner chaque prix unitaire individuellement; qu'en ce qui concerne la motivation de la régularité de l'offre de DELTA THERMIC, la partie adverse ne répond rien à cette partie du recours concernant la motivation du poste 19.2.8., pour lequel DELTA THERMIC avait proposé un prix unitaire, étonnant, de 24,92 euros, qu'à supposer que l'explication proposée par ailleurs par la partie adverse soit admissible (prix unitaires appréciés globalement), ce qui n'est pas le cas, encore faut-il observer que cette explication n'existe pas dans l'acte attaqué.

En ce qui concerne la deuxième branche, la partie requérante réplique que la somme avancée dans la requête provient du total des postes concernés figurant dans la justification des prix unitaires de DELTA THERMIC, soit la justification acceptée par la partie adverse, que celle-ci ne conteste pas que, dans cette mesure, le chiffre figurant dans la requête soit exact, que la circonstance que la référence soit mathématique n'emporte pas la conclusion que le critère est pertinent, qu'une autre référence "mathématique" a été fournie par la partie adverse elle-même, qui avait estimé le coût du marché à 1.277.142,14 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, qu'avec une soumission proposant de réaliser le marché pour 1.261.999,32 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, elle se rapprochait le plus de cette estimation, que la partie adverse se situe sur le plan des généralités et ne répond rien au fait, dénoncé par le moyen, que les autres offres ainsi considérées avaient, pour l'une, été jugée non régulière et, pour l'autre, comporté un prix anormalement élevé et que la partie adverse disposait du rapport d'analyse des soumissions, qui considérait comme acceptable une justification

proposée par l'auteur du rapport à propos de DELTA THERMIC - une marge de dix pour cent sur le prix d'un sous-traitant est une marge acceptable - et refusée pour la requérante, sans que la partie adverse ne s'en explique formellement.

Pour ce qui a trait à la troisième branche, la partie requérante réplique que, à l'instar des questions posées aux autres soumissionnaires, l'auteur du rapport d'analyse des soumissions a interrogé ENERGYS sur le poste 19.3.1., que l'auteur du rapport n'a pas interrogé ENERGYS - ni aucun autre soumissionnaire - sur le poste 19.3.2., qu'ENERGYS a répondu aux questions posées pour le poste 19.3.1 tout en précisant en note : "poste 19.3.2 calorifuge du type A1 - il n'y a pas de gainage de ce type dans le bordereau", que, à propos de cette note concernant le poste 19.3.2., l'auteur du rapport consacre de longs développements (rapport, pages 22 à 25), et pour les postes 19.1.1. à 19.3.4., appréciés globalement (rapport, page 25) avant de conclure que les prix d'ENERGYS relatifs à ces postes sont inacceptables mais sans avoir interrogé ENERGYS à ce propos et lui donner l'occasion de se justifier et que la partie adverse ne nie pas s'être servie du rapport d'analyse des soumissions, qu'elle dit pourtant écarter sur ce point, pour conclure à la non-régularité de l'offre de la requérante, alors que le poste 19.3.2 n'avait suscité initialement aucune question de la part de l'auteur du rapport d'analyse des soumissions.

La requérante réplique, quant à la quatrième branche, que toute l'argumentation de la partie adverse repose sur la "note" ajoutée par ENERGYS sur la réponse à la question posée sur le poste 19.3.1., que l'auteur du rapport n'avait pas cru bon d'interroger ENERGYS sur le poste 19.3.2., pas plus que les autres soumissionnaires, que, dans la mesure où la partie adverse n'a pas produit au dossier administratif les autres soumissions, notamment celle de DELTA THERMIC, il est impossible de savoir si un traitement inégalitaire lui a, sur ce point, été réservé, que le dossier administratif constitue un élément essentiel de la procédure devant le Conseil d'Etat, que c'est sur base de ce dossier que le Conseil d'Etat apprécie la régularité des actes qui lui sont déférés, qu'il comporte normalement l'ensemble des documents qui ont été recueillis au cours de la préparation de l'acte administratif attaqué, et qu'il doit contenir tous les documents dont l'établissement est requis par les lois et règlements, et qu'il ne pourrait être admis, sous peine de ruiner l'efficacité du contrôle juridictionnel, que les parties adverses ne produisent que les documents qui sont propres à établir la régularité de l'acte attaqué, et retiennent ceux d'où son illégalité ressortirait.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient notamment, à propos de la première branche, qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne semble lui interdire de regrouper plusieurs postes afin d'examiner les prix. Elle ajoute qu'aucune modification de prix n'est intervenue et précise que la requérante (qu'elle désigne, de façon manifestement erronée, comme étant la "partie adverse") ne soutient pas qu'il y aurait eu une manipulation de prix, se bornant à critiquer la motivation lacunaire et inadéquate relative à la régularité de l'offre de la société Delta Thermic pour le poste 19.2.8.. A propos du montant de 20.861,66 euros qu'invoque le moyen, elle observe ce qui suit en ce qui concerne la deuxième branche du moyen:

" La partie requérante estime que la justification de prix pour les postes 19.2.1. à 19.2.8 de 20.861,66 € ne correspond à aucun des montants renseignés dans l'acte attaqué. Il vient d'être confirmé par Monsieur le Premier Auditeur que l'addition des postes 19.2.1 à 19.2.8 n'est pas de 20.861,66 €, mais bien de 28.360,60€".

La partie adverse fait enfin état de considérations qui -à son estime- l'amènent à soutenir que l'analyse de la justification des prix unitaires reposait utilement sur une comparaison avec les autres offres, dont la moyenne pouvait servir de référence utile.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen formule plusieurs griefs à l'encontre de l'acte attaqué, en ce que celui-ci, d'une part, considère comme régulière l'offre de la société DELTA THERMIC et, d'autre part, déclare irrégulière l'offre de la requérante, laquelle était la moins disante. En ses deuxième, troisième et quatrième branches, le moyen est dirigé contre cette déclaration d'irrégularité. Il s'impose que soient utilement critiqués tous les motifs distincts sur lesquels elle repose.

A. Deuxième branche

Pour justifier sa décision que l'offre de la requérante doit être déclarée irrégulière au regard des justifications fournies pour les prix unitaires des postes 19.2.1. à 19.2.8., la partie adverse s'est référée à la moyenne des montants proposés par les deux autres soumissionnaires pour l'ensemble de ces postes (à savoir 28.360,60 euros pour la société DELTA THERMIC et 26.926,26 euros pour la société IMTECH) et a déduit le caractère anormal des prix proposés par la requérante du fait que son offre est de quarante-trois pour cent moins chère que cette moyenne.

Outre qu'en globalisant ainsi plusieurs prix unitaires, la partie adverse s'est abstenue de procéder à un examen de la normalité des prix, pour chaque poste considéré individuellement, il s'impose de relever, à la suite de la requérante, qu'au vu de la justification des prix proposée par la société DELTA THERMIC et admise par la partie adverse, le montant relatif à l'ensemble des postes concernés est de 20.861,66 euros, ce qui ne correspond à aucun des montants renseignés dans l'acte attaqué. Même à supposer que soit pertinente la référence à une moyenne de deux soumissions dont l'une – étant celle de la société IMTECH – est déclarée irrégulière, notamment au regard de la justification des prix unitaires relatifs aux postes pris globalement en considération, il s'impose de constater que le calcul auquel s'est livrée la partie adverse pour justifier sa décision repose, en toute hypothèse, sur une base manifestement inexacte.

Il y a lieu, en conséquence, de déclarer fondé, en sa deuxième branche, le moyen qui invoque une erreur manifeste d'appréciation et est dirigé, en cette branche, contre l'acte attaqué en tant que celui-ci déclare irrégulière l'offre de la requérante, à l'égard des prix proposés pour les postes 19.2.1. à 19.2.8.

B. Troisième et quatrième branches

Comme le soutient la partie adverse dans son dernier mémoire, les considérations de l'acte attaqué par lesquelles est motivé le rejet des justifications apportées par la requérante pour le prix relatif au poste 19.3.1 ne sont pas surabondantes.

Le moyen, qui ne peut ainsi être déclaré inopérant ni, partant, irrecevable, doit donc être examiné quant à son fondement.

Dans ces circonstances, il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par l'Auditeur général de reprendre l'examen du premier moyen, en ses troisième et quatrième branches.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux

concessions de travaux publics. Elle y soutient, en substance, que son offre ne pouvant être considérée comme irrégulière, laquelle offre était la moins disante, le marché litigieux ne pouvait être attribué à la société DELTA THERMIC sans méconnaître les dispositions dont le moyen invoque la violation.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'examen du moyen étant susceptible d'être influencé par le sort réservé au premier, il y a lieu d'y surseoir.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de poursuivre l'instruction de l'affaire et de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-sept mai deux mille quinze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.