

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.306 du 18 décembre 2015

G./A.207.079/VI-19.786

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

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Flories, 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

L'arrêt n° 231.361 du 27 mai 2015 a rouvert les débats.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport sur base de l'article 13 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

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

Une ordonnance du 20 octobre 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 25 novembre 2015 à 10 heures.

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

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et 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 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

Les faits utiles à l'examen du présent recours sont exposés par l'arrêt n° 213.361, prononcé par le Conseil d'Etat le 27 mai 2015.

IV. PREMIER MOYEN – TROISIEME ET QUATRIEME BRANCHES

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Un premier moyen est 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 et de l'erreur manifeste d'appréciation, et 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".

Dans la troisième branche de ce moyen, la partie requérante expose qu'il résulte du rapport d'analyse 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. Elle relève qu'il en est ainsi pour le poste 19.3.2. à propos duquel l'auteur du rapport consacre de longs développements et pour les postes 19.1.1. à 19.3.4., appréciés globalement. Elle fait valoir 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. Elle observe 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 et 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. Elle explique que la partie adverse, qui avait admis antérieurement la régularité du prix de la requérante pour le poste 19.3.1. ne pouvait plus, à l'occasion du retrait de sa première décision, soulever de nouvelles irrégularités mais que tel a pourtant été le cas. Elle ajoute qu'en outre, la partie adverse justifie son refus en se fondant sur des postes pour lesquels la requérante n'a pas été interrogée et commet, indirectement, la même illégalité que celle qu'elle avait antérieurement dénoncée.

Dans 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. Elle souligne 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 mais relève que, par contre, le bordereau ne comporte pas de postes pour des gainages devant recevoir une isolation A1. La requérante explique qu'elle n'a dès lors pas chiffré le poste 19.3.2 concernant l'isolation des gainages devant recevoir l'isolation A1, que cette interprétation qu'elle a faite 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 et qu'une telle lecture est conforme aux principes d'interprétation des conventions, inscrit à l'article 1162 du Code civil. La partie requérante estime qu'en refusant son explication selon laquelle il n'y a pas de gainage de type A1 dans le bordereau alors que la situation qui s'est créée découle des contradictions du cahier spécial des charges lues en sa défaveur, la partie adverse a violé les dispositions et principe visés au moyen.

B. Mémoire en réponse

Concernant les troisième et quatrième branches du premier moyen, la partie adverse répond ce qui suit :

" c) Quant à la troisième branche du moyen

La requérante observe que le rapport d'analyse des soumissions examine le caractère normal ou anormal des prix proposés pour les postes 19.3.2. et 19.1.1. à 19.3.4., alors même qu'aucune demande de justification ne lui a été adressée les concernant.

Cette critique est cependant 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.

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. 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. La question du prix n'est donc pas ici en cause.

d) Quant à la quatrième branche du moyen

L'acte attaqué considère que l'offre de la requérante ne respecte pas les prescriptions techniques prévues au poste 19.3.1. du cahier spécial des charges, lequel prévoit que :

«19.3.1. Dans les chemins d'évacuation (hall - salle d'exposition - dégagements – vestiaires - douches), les gaines techniques et les endroits inaccessibles après l'achèvement du bâtiment

Tous les matériaux isolants pour les gaines d'air doivent être classés au feu A0 suivant annexe 5 de l'AR du 19/12/1997 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie.

Les gaines de pulsion d'air de ventilation et de pulsion et reprise d'air de climatisation (y compris les gaines d'air neuf) seront calorifugées avec des panneaux de laine minérale spécialement imprégnée, A0 suivant NBN S21-203. Épaisseur des panneaux : 25 mm. [...]».

Il est précisé plus loin :

«19.3.2. Dans les autres cas

Les gaines de pulsion d'air de ventilation et de pulsion de reprise d'air de climatisation (y compris les gaines d'air neuf) seront calorifugées avec des matelas de laine minérale bakélisée aux fibres dressées perpendiculairement et collées sur une feuille d'aluminium renforcé, A1 suivant NBN S21-203. Épaisseur des matelas : 25 mm.

[...]

19.3.4. Les gaines de pulsion dans la cuisine

Tous les matériaux isolants pour les gaines d'air doivent être classés au feu A0 suivant annexe 5 de l'A.R. du 19/12/1997 fixant les normes de base en matière de prévention contre l'incendie.

Les gaines de pulsion d'air de ventilation (y compris les gaines d'air neuf) seront calorifugées avec des panneaux de laine minérale spécialement imprégnée, A0 suivant NBN S21-203. Epaisseur des panneaux : 25 mm. [...].».

[...]

L'offre déposée par la requérante mentionne le terme «néant» au regard du poste 19.3.1.

Invitée à justifier son prix pour ce poste, la requérante répond ceci :

«Poste 19.3.1. Calorifuge

Les gaines de ventilation sont calorifugées au moyen de panneaux de laine minérale d'épaisseur 25 mm de type A0. Le métrage du gainage avec isolation A0 est repris en page 8 du dossier, soit 415 m².

Notre prix se résume donc de la sorte 415m² x 15,62 EUR = 6.483,04 EUR

Note : poste 19.3.2 calorifuge de gaine du type A1

Il n'y a pas de gainage de ce type dans le bordereau».

L'acte attaqué considère que cette justification 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 :

«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 seront calorifugées, le bordereau renseigne au poste 13.3.1. "Calorifuge de gaines de pulsion/reprise d'air toutes sections A0-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 exige que les matériaux isolants pour les gaines d'air soient classés au feu A0 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 A0 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 A0. Le métrage du gainage avec isolation A0 est repris en page 8 du dossier, soit 415 m². Notre prix se résume de la sorte : 415 m² x 15,62 EUR = 6.483,04 EUR";

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 A0 demandée pour les postes 13.1.9. à 13.1.12 (80 m²)».

La requérante critique cette décision dans le cadre du présent recours :

«Le bordereau de prix comprend 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.

Par contre, le bordereau ne comporte pas de postes pour des gainages devant recevoir une isolation A1.

Dès lors, la requérante n'a pas chiffré le poste (19.3.2.) concernant l'isolation des gainages devant recevoir l'isolation A1» (page 11 de la requête).

Il est cependant 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 A0 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 A1 dans tous les autres endroits (poste 19.3.2.). Les documents du marché sont clairs et ne comportent pas la moindre lacune à cet égard.

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 A1 n'est prévue en l'occurrence et en omettant, dans son offre, de tenir compte de l'isolation A0 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.

La quatrième branche du moyen n'est pas fondée".

C. Mémoire en réplique

Concernant la troisième branche du premier moyen, la partie requérante réplique qu'à l'instar des questions posées aux autres soumissionnaires, l'auteur du rapport d'analyse des soumissions l'a interrogée sur le poste 19.3.1., que l'auteur du rapport ne l'a pas interrogée - ni aucun autre soumissionnaire - sur le poste 19.3.2., qu'elle 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", qu'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), il conclut que les prix de la requérante relatifs à ces postes sont inacceptables mais sans l'avoir interrogée à ce propos et lui avoir donné l'occasion de se justifier. La partie requérante souligne que la partie adverse ne nie pas avoir utilisé le rapport d'analyse des soumissions, qu'elle dit pourtant écarter sur ce point, pour conclure à la non-régularité de son offre, 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.

Concernant la quatrième branche, la partie requérante réplique que toute l'argumentation de la partie adverse repose sur la "note" ajoutée sur la réponse à la question posée relativement au poste 19.3.1. Elle souligne que l'auteur du rapport n'avait pas cru bon de l'interroger sur le poste 19.3.2., pas plus que les autres soumissionnaires, et que, dans la mesure où la partie adverse n'a pas produit au dossier administratif les autres soumissions, notamment celle de la société DELTA THERMIC, il est impossible de savoir si un traitement inégalitaire lui a, sur ce point, été réservé. Elle estime que le dossier administratif constitue un élément essentiel de la procédure devant le Conseil d'État, 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. Selon elle, 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 desquels son illégalité ressortirait.

D. Dernier mémoire de la partie requérante après réouverture des débats

Sur la troisième branche du premier moyen, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

- " i) Sur la possibilité, pour la partie adverse, de soulever de nouvelles irrégularités de l'offre de la requérante

7.- La jurisprudence qui est à la base du raisonnement développé dans le rapport n'est pas univoque. Ainsi, après annulation d'une décision - laquelle, comme le retrait, fait également disparaître l'acte annulé de l'ordonnancement juridique - le Conseil d'Etat a décidé que : «... les offres sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée de l'autorité adjudicatrice; que le contrôle de cette régularité oblige ladite autorité à vérifier, dès la première analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges; qu'il s'ensuit que, si une décision déclarant une offre irrégulière vient à être annulée par le Conseil d'Etat, aucune nouvelle non-conformité ne peut plus être invoquée par l'autorité à l'encontre de cette offre qui ne peut plus être considérée que comme régulière; que, ce faisant, le Conseil d'Etat ne porte aucune appréciation sur les mérites de cette offre, mais se borne à tirer les conséquences juridiques des appréciations portées par le pouvoir adjudicateur».

Sur base de l'enseignement de cet arrêt, la troisième branche du premier moyen est bien fondée.

- ii) Sur la déclaration d'anormalité d'un prix sans avoir interrogé la requérante

8.- Le rapport sur l'affaire relève, avec raison, que la requérante n'avait pas mentionné «néant» au regard du poste 19.3.1.

La requérante ne s'était pas arrêtée à cette erreur, la mention «néant» figurant au regard du poste 19.3.2., ce que rappelle par ailleurs l'acte attaqué :

«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»;

Le moyen reproche à la partie adverse d'avoir considéré comme anormal le prix du poste 19.3.1. en faisant état de considérations relatives au poste 19.3.2 pour lequel la requérante n'avait pas été interrogée.

9.- Le rapport pose la question de l'intérêt à cette partie du moyen, dans la mesure où l'anormalité du prix du poste 19.3.1 repose sur d'autres considérations. Selon la requérante, le motif relevé par le rapport est un motif surabondant, lequel ne suffit pas, à lui-seul, à justifier la décision de la partie adverse.

10.- Ce caractère surabondant résulte des éléments ci-après :

- Le seul manquement observé concerne non pas le prix - le prix proposé par la requérante pour le poste 19.3.1 est de 6.485,04 € alors que celui de l'attributaire est de 5.977,8 €, mais la justification du prix qui comporte une erreur en omettant la prise en considération de 80 mètres d'isolation : ce manquement représente un montant négligeable par rapport à l'ensemble du marché.

- A propos d'autres irrégularités alléguées de l'offre de la requérante, la partie adverse s'est chaque fois exprimée sur l'importance, à ses yeux, du manquement relevé :

«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» (prix jugé anormal pour les postes 19.2.1 à 19.2.8);

«qu'en conséquence, l'offre doit être écartée pour non-respect d'une des prescriptions du Cahier spécial des charges» (réaction à la mention «néant» au regard du poste 19.3.2).

Aucune conclusion de ce type ne figure en finale du motif reprochant la non-prise en considération de 80 mètres d'isolation. Ce motif est introduit par le vocable «par ailleurs» ce qui confirme son caractère surabondant.

- De la manière même dont la partie adverse s'exprime après avoir pris connaissance du rapport : d'une part, elle persiste à soutenir que l'illégalité dénoncée est la non-conformité de l'offre par rapport aux spécifications techniques et, d'autre part, elle entend justifier sa décision en unifiant les deux motifs.

Enfin, la requérante constate que, dans son arrêt de réouverture des débats, le Conseil d'Etat, certes écartant un autre motif d'irrecevabilité du moyen, a décidé que «Le moyen, qui ne peut ainsi être déclaré inopérant ni, partant, irrecevable, doit donc être examiné quant à son fondement».

11.- Sur le fond, le rapport d'analyse des soumissions s'étend, longuement, sur la mention «néant» de l'offre de la soumission, placée au regard du poste 19.3.2 (pages 22 à 25).

Il se confirme ainsi que la partie adverse a considéré comme anormal le prix du poste 19.3.1. en faisant état de considérations relatives au poste 19.3.2 pour lequel

la requérante n'avait pas été interrogée, et que ces considérations relatives au poste 19.3.2 ont été jugées essentielles.

Il en résulte que la troisième branche du moyen est bien fondée".

Sur la quatrième branche du premier moyen, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

" 12. - La quatrième branche porte sur le poste 19.3.2. Le grief dénonce l'absence, au mètre, de postes couvrant une isolation de type A1.

13. - La partie adverse base toute sa réponse sur la présence de postes de type A0.

Il en résulte que le moyen, en cette branche, est bien fondé".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

La décision par laquelle l'offre de la requérante est déclarée irrégulière à raison de prix anormaux est notamment libellée comme suit :

" Considérant par ailleurs, que le poste 19.3.1 de la section 1 du Cahier spécial des charges exige que les matériaux isolants pour les gaines d'air soient classés au feu A0 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 A0 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 A0. Le métrage du gainage avec isolation A0 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 A0 demandée pour les postes 13.1.9 à 13.1.12 (80 m²)".

Ce motif, qui, à l'examen de la cause, s'avère exact, adéquat et pertinent pour justifier l'irrégularité de l'offre de la requérante, n'est cependant pas critiqué, de sorte qu'à supposer le moyen fondé au regard de l'un ou plusieurs des griefs formulés au titre des troisième et quatrième branches, celui-ci ne pourrait entraîner l'annulation de cette décision d'éviction de l'offre de la requérante.

Ce moyen doit, en conséquence, être déclaré irrecevable en ses troisième et quatrième branches dès lors que l'offre de la requérante a pu être déclarée irrégulière pour le seul motif analysé ci-avant. Il s'ensuit que la requérante n'a plus, non plus, intérêt à se prévaloir de la deuxième branche du premier moyen, même reconnue fondée, dès lors que cela ne suffit pas à rétablir la régularité de son offre dans son ensemble.

V. EXCEPTION D'IRRECEVABILITE : PERSISTANCE DE L'INTERET AU RECOURS

V.1. Thèses des parties

A. Dernier mémoire de la partie adverse après réouverture des débats

Dans son dernier mémoire déposé après la réouverture des débats, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à l'annulation de l'acte attaqué, dans les termes suivants :

" Comme Monsieur le Premier Auditeur le confirme, la partie adverse a pu légalement considérer l'offre de la requérante comme irrégulière.

La partie requérante ne dispose dès lors pas de l'intérêt à critiquer la décision du 13 juin 2012 qui attribue le marché à la société Delta Thermic.

Certes, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière a intérêt à contester la légalité de la décision d'attribution du marché litigieux s'il démontre soit que sa soumission a été régulière, soit que celle de l'adjudicataire désigné a été irrégulière, soit encore que la décision est illégale car non motivée. En d'autres termes, l'exception d'irrecevabilité est liée au fond. Dès lors que Monsieur le Premier Auditeur estime l'offre de la requérante irrégulière, cette irrégularité rejaillit sur la recevabilité du recours et ce, peu importe que l'adjudicataire retenu ait aussi remis une offre irrégulière".

B. Dernier mémoire de la requérante après réouverture des débats

La requérante, qui s'autorise d'arrêts précédemment prononcés par le Conseil d'Etat, répond à cette exception dans les termes suivants :

" 1.- Dans son dernier mémoire, la partie adverse considère que, dès lors que l'offre de la requérante n'était pas régulière, celle-ci n'a pas intérêt au recours.

2.- Mais d'une part, la requérante a intérêt à contester la décision déclarant régulière l'offre de l'attributaire même dans l'hypothèse où se place la partie adverse et, d'autre part, la requérante soutient, par son recours, que sa propre offre était régulière.

Le recours est donc recevable".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'arrêt n° 231.361 du 27 mai 2015, qui ordonne la réouverture des débats, ne considère pas d'office comme irrecevable le recours introduit en la présente cause. Il convient néanmoins, en ayant notamment égard au sort réservé au premier moyen, en ses deuxième, troisième et quatrième branches, de répondre à l'exception

d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse en réaction aux conclusions du rapport complémentaire déposé par le Premier auditeur chef de section.

Dans le cadre du marché litigieux, trois offres ont été déposées. Seule celle de la société DELTA THERMIC, désignée comme attributaire, a été considérée comme régulière, tandis que celles de la société IMTECH et de la requérante ont été déclarées irrégulières.

Le soumissionnaire qui n'a pas été sélectionné ou dont l'offre n'a pas été jugée régulière n'a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution du marché public litigieux que dans la mesure où il prend un ou des moyens de l'irrégularité de sa non-sélection ou du rejet de son offre, ou encore de celle de la sélection ou de la reconnaissance de la régularité des offres de ses concurrents, dont l'adjudicataire.

Telle est précisément la portée de plusieurs griefs formulés dans le premier moyen.

Sans doute, l'examen de la décision qui déclare irrégulière l'offre de la requérante conduit-il à établir que cette irrégularité a été retenue à juste titre. Néanmoins, la requérante peut conserver un intérêt à l'annulation de la décision d'attribution du marché si, à la faveur de l'un ou plusieurs des moyens soulevés à l'appui de son recours, elle soutient que la partie adverse a illégalement considéré comme régulière l'offre de l'attributaire. En l'espèce, elle pourrait précisément, et au vu des sorts respectivement réservés à chacun des trois soumissionnaires, se prévaloir d'une nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité à la suite d'un arrêt qui, statuant sur son recours, imposerait d'admettre que ledit marché ne pouvait – lorsque la partie adverse a adopté l'acte attaqué – être attribué à aucun des soumissionnaires.

La plupart des griefs formulés au titre de la première branche du premier moyen doivent se voir reconnaître une portée conforme à la condition de recevabilité ainsi précisée.

Pour ces motifs, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VI. PREMIER MOYEN – PREMIERE BRANCHE

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est 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 et de l'erreur manifeste d'appréciation, et 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".

Dans la première branche de ce moyen, la partie requérante expose que, pour ce qui concerne le prix de la coordination sécurité-chantier, la partie adverse a déclaré régulière l'offre de la société 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 la société 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 principe 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, que, pour ce qui concerne le traitement des soumissionnaires, pour déclarer non acceptable sa justification de prix, le rapport d'analyse avait considéré qu'elle ne réalisait aucun bénéfice et se référait à ce propos au poste 15.1 ("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, à l'offre de la société DELTA THERMIC ("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"), qu'elle avait fourni une liste de prix unitaires de son sous-traitant d'isolation, ses prix de soumission étant de 10 % plus élevés que ceux de ce sous-traitant, à l'instar de la société DELTA THERMIC qui compte des frais généraux de 10 % et un bénéfice de 4 %, 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 explication est identique; elle n'explique pas davantage pourquoi elle refuse la justification proposée par la requérante et l'accepte pour la société DELTA THERMIC, que, pour ce qui concerne le poste 19.2.8., selon la justification proposée par la société DELTA THERMIC, l'offre est de 24,42 euros pour le poste 19.2.8 alors que, pour le même poste, son offre est de 2.014,97 euros, que, les prix unitaires devant

tous être normaux, considérés individuellement, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître toutes les dispositions et principes visés au moyen considérer ce prix unitaire comme normal dans le chef de la société DELTA THERMIC et anormalement bas dans son chef, que, pour ce qui concerne la motivation de la régularité de l'offre de la société DELTA THERMIC, cette motivation est lacunaire et inadéquate, qu'ayant décidé d'interroger la société DELTA THERMIC sur certains postes de son offre, la partie adverse se devait d'analyser soigneusement les justifications fournies 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.

B. Mémoire en réponse

A la première branche, la partie adverse répond, pour ce qui concerne le poste coordination sécurité-chantier, que l'auteur de projet indique, dans son rapport d'analyse des soumissions, qu'il "ne formule aucune remarque particulière pour la société 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, que, pour 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", 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 EUR - DELTA THERMIC : 120.079,28 EUR - IMTECH : 115.510,65 EUR", 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 EUR,

DELTA THERMIC : 23.360,60 EUR -> Moyenne: 27.655,93 EUR IMTECH : 26.929,26 EUR. Nous constatons une différence de : 15.639,22 EUR 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, que, pour ce qui concerne le poste 19.2.8 "Calorifuges des tuyauterie «eau glacée» - vannes", 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, 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, que s'agissant de l'ensemble des postes relatifs au "calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires d'eau glacée", ces postes pouvaient en effet être appréciés de manière globale par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'examen des soumissions, que, pour 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.

C. Mémoire en réplique

Concernant la première branche, la partie requérante réplique que, pour 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, 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, que, pour 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'analyse des offres et, d'autre part, à d'autres circonstances (écart par rapport à la moyenne), celle-ci ne peut 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 énervée 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 la société 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 qui 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 (voyez page 23 du rapport d'analyse des soumissions, pièce n° 7). S'agissant de l'ensemble des postes ENERGYS avait fourni une liste de prix unitaires de son sous-traitant d'isolation, ses prix de soumission étant de 10 % plus élevés que ceux de ce sous-traitant, à l'instar de DELTA THERMIC qui compte des frais généraux de 10 % et un bénéfice de 4 % relatifs au «calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires d'eau glacée» (page 142 du cahier spécial des charges — pièce n° 1), 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, que, pour ce qui concerne la motivation de la régularité de l'offre de la société DELTA THERMIC, la partie adverse ne répond rien à cette partie du recours concernant la motivation du poste 19.2.8., pour lequel la société 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 et que le Conseil d'Etat considère que les soumissionnaires doivent s'engager sur des prix unitaires forfaitaires et qu'ils sont en concurrence, non seulement sur le prix total de leur offre, mais également sur les prix unitaires et que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires impose que pour chaque poste et pour chacun des soumissionnaires, il doit s'agir des mêmes prestations sans quoi aucune comparaison des prix unitaires et a fortiori, aucun contrôle de ceux-ci, ne sont possibles (C.E. n° 221.238 du 30 octobre 2012).

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose ce qui suit quant à la première branche :

" a) Le poste coordination sécurité-chantier

La partie adverse ne voit pas quel serait l'intérêt de la requérante à invoquer ce moyen, dès lors que son offre a été considérée sur ce point comme régulière. En effet, il n'y a pas d'exclusion automatique lorsqu'un prix apparaît comme anormal, le pouvoir adjudicateur disposant du pouvoir d'appréciation.

En outre, l'auteur de projet ne dit pas que les prix sont anormaux, mais bien qu'ils semblent anormaux. Le pouvoir adjudicateur a, compte tenu de son pouvoir d'appréciation, retenu que tel n'est pas le cas.

Les deux soumissionnaires ont dès lors été traités de manière identique, outre que, à supposer même que la décision attaquée devait être plus amplement motivée, cela n'aurait pas pour autant permis de qualifier de recevable l'offre de la requérante, comme il le sera exposé.

De même, celle-ci ne démontre pas que la s.a. Delta Thermic a déposé une offre irrégulière en raison de prix anormaux.

b) Le poste 19.2.8 «Calorifuges des tuyauterie "eau glacée" - vannes»

Le rapport d'analyse des soumissions considère que pour les postes 19.2.1 à 19.2.8, le prix remis par la requérante est anormalement bas.

En réalité, il se réfère à l'explication fournie par la requérante, laquelle, dans son courrier du 14 juin 2011, a elle-même globalisé les postes 19.2.1 à 19.2.8, soit les postes relatifs au «calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires glacée» pour exposer que :

«Notre prix est basé sur l'offre de la société Gokas Calorifuge. Ce prix constitue une sous-traitance. Nous n'avons pas de main-d'œuvre pour ce poste. Le matériel est constitué de coquilles de 40 mm de laine minérale munie d'un part-vapeur. Les prix en soumission sont comparés à ceux de notre sous-traitant dans le tableau ci-dessous» (Voy. 11 et 12 du rapport d'analyse des soumissions, pièce n° 7).

Aucune disposition légale ou réglementaire ne semble interdire à la partie adverse de regrouper les postes 19.2.1 à 19.2.8 afin d'examiner les prix, d'autant, d'une part, que le soumissionnaire interrogé l'avait fait et que, d'autre part, il s'agissait de

postes relatifs au «calorifuge des tuyauteries, vannes et accessoires d'eau glacée» (p. 142 du Cahier spécial des charges - pièce n° 1), soit des tuyauteries dont seul le diamètre différait.

Du tableau comparatif annexé au rapport de soumission et qui fait partie intégrante de la décision, on constate par ailleurs que le prix proposé par la requérante pour chaque poste pris séparément est largement inférieur au prix proposé par les autres soumissionnaires.

Il n'y a donc eu aucune erreur manifeste d'appréciation.

c) La motivation de la régularité de l'offre de la s.a. Delta Thermic

Aucune modification de prix n'est intervenue.

En réalité, la partie [requérante] ne soutient pas qu'il y aurait eu une manipulation de prix, mais estime que la motivation relative à la régularité de l'offre de la s.a. Delta Thermic serait lacunaire et inadéquate, spécialement pour le poste 19.2.8. Cependant, le soumissionnaire a justifié le prix unitaire de ce poste à raison de 24,42 €.

L'explication donnée a satisfait l'auteur de projet".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort du tableau comparatif annexé au rapport d'analyse des soumissions que, pour le poste 19.2.8 (calorifuge des vannes et accessoires), la requérante a remis un prix de 2.014,97 euros et la société DELTA THERMIC, future attributaire du marché litigieux, un prix de 7.523,36 euros.

Le rapport d'analyse des offres admet la justification du même poste 19.2.8 par la société DELTA THERMIC à 24,42 euros, mais non celle de la partie requérante. On ne peut dès lors comprendre comment ce poste unitaire de 24,42 euros a été considéré comme présentant un prix normal alors que celui de 2.014,97 euros serait anormalement bas.

Les explications de la partie adverse à propos du regroupement des prestations 19.2.1 à 19.2.8 ne reposent sur aucune disposition légale ou réglementaire.

A l'égard de ce premier grief examiné, l'argumentation de la requérante est fondée.

Il apparaît, en outre, du rapport d'analyse des offres que des demandes de justifications ont été adressées aux trois soumissionnaires et que la société DELTA THERMIC a été interrogée à propos de 20 postes, la requérante l'étant à propos de 20

postes également, les postes communs aux questions de l'autorité adjudicatrice étant de 16.

La motivation de l'acceptation de l'offre de DELTA THERMIC tient dans la phrase du rapport d'analyse des offres qui relève qu'un tableau a été fourni permettant d'arriver au prix de vente unitaire et de l'acceptation des justifications. Cette motivation succincte ne permet cependant pas de comprendre la démarche intellectuelle de la partie adverse demandant une justification du prix initial de 7.523,36 euros et acceptant un prix de 24,42 euros, soit une modification du prix.

A l'égard de ce deuxième grief examiné, l'argumentation est également fondée.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il formule les deux griefs ainsi examinés, le moyen est fondé.

VII. DEUXIEME MOYEN

Le moyen procède de l'affirmation selon laquelle l'offre de la requérante ne pouvait être considérée comme irrégulière.

L'examen du premier moyen, en ses deuxième, troisième et quatrième branches, révèle que c'est à juste titre que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière.

Reposant sur un postulat qui est inexact, le moyen manque en fait.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la délibération du collège communal de Rouvroy, du 13 juin 2012, décidant de déclarer irrégulière l'offre de la société ENERGYS et d'attribuer à la société DELTA THERMIC le marché de conception et de travaux pour la "construction d'un complexe sportif et culturel à Harnoncourt" - lot B3 – H.V.A.C. - Sanitaire - Protection incendie.

Article 2.

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

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
Vincent DURIEUX,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.