

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 233.761 du 5 février 2016

G./A.217.932/VI-20.676

En cause : **la société anonyme COLAS BELGIUM,**

ayant élu domicile chez  
Mes Emmanuel JACUBOWITZ et  
Marie VASTMANS, avocats,  
avenue Tedesco, n° 7,  
1160 Bruxelles,

contre :

**l'Intercommunale du Brabant wallon,**  
en abrégé I.B.W.,

ayant élu domicile chez  
Me Christian LEPAFFE, avocat,  
avenue de la Floride, n° 26,  
1180 Bruxelles.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme SODRAEP,**
- 2. la société anonyme EUROVIA BELGIUM,**
- 3. la société anonyme WANTY,**
- 4. la société anonyme T.R.B.A.,**

ayant élu domicile chez  
Me Gauthier ERVYN, avocat,  
avenue de la Toison d'Or, n° 77,  
1060 Bruxelles.

---

**LE PRESIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,  
SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 24 décembre 2015, la société anonyme COLAS BELGIUM sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Collège exécutif de l'Intercommunale du Brabant wallon du 15 septembre 2015 d'attribuer le marché public de «travaux d'infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activité économique de Tubize II» à la société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY - TRBA".

## II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 décembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 janvier 2016 à 10 heures 30.

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

Les sociétés anonymes SODRAEP, EUROVIA BELGIUM, WANTY et T.R.B.A. ont, par une requête introduite le 19 janvier 2016, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Mes Gauthier ERVYN et Edwige SPAMPINATO avocats, comparaisant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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

III.1. L'Intercommunale du Brabant wallon, en abrégé l'I.B.W., a décidé de lancer un marché public de "travaux d'infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activité économique de Tubize II". Un avis de marché est publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications, respectivement le 27 août 2014 et le 25 août 2014.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence N° 2M12-28/00. Ce cahier a été rédigé par un auteur de projet à la demande de l'I.B.W.

Le mode d'attribution retenu est l'appel d'offres ouvert.

L'estimation du projet, mise à jour en date du 9 octobre 2014, a été arrêtée par l'auteur de projet, en tenant compte des avis rectificatifs, à 20.239.254,41 euros T.V.A.C.

L'article 6 ("Critères d'attribution") du cahier spécial des charges établit deux critères d'attribution, à savoir les prix remis et la réduction du délai d'exécution proposée en jours de calendrier par les soumissionnaires, et spécifie :

- " Les offres seront classées en fonction des points obtenus en appliquant la formule suivante :

$$POi = \frac{P_{min}}{P_i} \times 80 + \frac{RD_i}{RD_{max}} \times 20$$

Dans laquelle :

- POi = Points obtenus pour l'Offre de l'entreprise i.
- Pmin = Prix remis par l'entreprise la moins-disante.
- Pi = Prix remis par l'entreprise i.
- RDmax = Nombre de jours calendrier maximal de réduction de Délai proposé par une entreprise.
- RD<sub>i</sub> = Nombre de jours de calendrier de réduction de Délai proposé par l'entreprise i".

Parmi les documents à joindre à l'offre des soumissionnaires, l'art. 8.1 du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

- " Les offres parviennent au pouvoir adjudicateur accompagnées des documents suivants :  
[...]  
8.1.10 Un planning détaillé (Gantt) des travaux permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution".

Le cahier spécial des charges ne prévoit toutefois pas de sanction en cas de non-transmission de ces documents, contrairement par exemple au plan de sécurité et de santé lequel doit être joint à l'offre "sous peine de nullité absolue" (page 21 sur 169 du cahier spécial des charges).

L'article 36 du cahier spécial des charges prévoit que l'adjudicataire du marché devra fournir, dans les 15 jours calendrier qui suivent l'approbation de sa soumission, "le programme complet des travaux relatifs à l'ensemble de l'entreprise. Ce programme comprendra, notamment, un diagramme de Gantt décrivant le tableau des activités :

- "- Un tableau renseignant :

- \* L'activité.
- \* La durée proposée, les délais étant exprimés en jours ouvrables.
- \* Les débuts et fins des activités au plus tôt et au plus tard.
- Le tableau des activités transposé en diagramme Gantt :
  - \* Dès que l'ordre de service est délivré, ce tableau est complété par des repères «calendrier».
  - \* Une remise à jour du programme est effectuée par l'entrepreneur toutes les quinzaines et à chaque modification importante, de commun accord entre parties, et ce pendant toute la durée de l'entreprise.
  - \* L'unité de temps dans ce planning est la semaine. Le planning est accompagné des plans montrant les phases successives d'exécution proposées pour assurer à tout moment la circulation des véhicules. Il tient compte des périodes de congés payés et de la nécessité de réaliser certains travaux lors des conditions atmosphériques favorables.

III.2. Les parties intervenantes ont formé la société momentanée SODRAEP – EUROVIA BELGIUM – WANTY – TRBA et ont déposé offre dans le cadre de ce marché.

Elles ont proposé un prix total T.V.A.C. de 17.793.685,73 euros et une réduction de délai de 200 jours calendrier sur le délai contractuel prévu par le cahier spécial des charges. A l'offre, est joint en annexe 11 "un planning détaillé permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution".

La requérante a également déposé offre pour le marché public litigieux, pour un montant total T.V.A.C. de 18.124.449,36 euros et une réduction de délai de 200 jours calendrier, c'est-à-dire la même réduction de délai que celle proposée par les parties intervenantes.

III.3. Lors de la séance d'ouverture des offres qui a eu lieu le 9 octobre 2014, il est apparu que six soumissionnaires ont déposé une offre.

Il ressort du rapport d'analyse des offres, réalisé par l'auteur de projet désigné par la partie adverse, que les différentes offres ont, lors de l'ouverture des offres et en tenant compte des rabais ou majorations éventuels remis dans les offres, été classées, l'offre de la société momentanée KUMPEN-ERAERTS étant classée première, pour un montant de 16.280.889,78 euros T.V.A.C., celles des parties intervenantes étant classée quatrième, pour un montant de 17.793.685,73 euros T.V.A.C., et celle de la requérante étant classée cinquième, pour un montant de 18.124.449,36 euros T.V.A.C..

Il ressort également du rapport d'analyse des offres que, lors de la phase de "sélection qualitative des soumissionnaires selon l'avis de marché", il a été considéré que tous les soumissionnaires étaient "sélectionnés qualitativement". Cette partie 5 du rapport d'analyse des offres se termine par ailleurs par la phrase suivante :

" La moyenne des prix dont il sera question ultérieurement tiendra compte des 6 offres".

III.4. Au point 6. du rapport d'analyse des offres, intitulé "Régularité des offres", la rubrique 6.1., consacrée à l'analyse administrative des documents transmis par les soumissionnaires, comporte la conclusion que "Tous les soumissionnaires ont remis les documents demandés dans l'avis de marché et le Cahier Spécial des Charges". Ceci vise, notamment, le planning détaillé Gantt.

La rubrique 6.2. de ce rapport, intitulée "Vérification arithmétique des offres reçues", fait état de ce que "Après analyse et vérification arithmétique des prix, des erreurs arithmétiques ont été constatées. Elles sont mises en évidence (écrites en rouge) dans le tableau comparatif des prix unitaires repris en annexe 6". Suivent ensuite l'énumération d'un certain nombre d'erreurs arithmétiques découvertes dans les six offres et qui amènent la partie adverse à adapter le montant total qui figurent dans les différentes offres. C'est ainsi que l'offre remise par la société momentanée KUMPEN – ERAERTS est fixée à 16.280.889,73 euros T.V.A.C., au lieu de 16.280.889,78 euros T.V.A.C., que l'offre des parties intervenantes est fixée à 17.793.273,60 euros T.V.A.C., au lieu de 17.793.685,73 euros T.V.A.C., et que l'offre de la requérante est fixée à 18.124.449,34 euros T.V.A.C., au lieu de 18.124.449,36 euros T.V.A.C.

Le tableau comparatif des prix unitaires, dont il est fait état à la rubrique 6.2. du rapport d'analyse des offres, est un tableau de 32 pages qui est repris en annexe 6 du rapport d'analyse des offres et qui comprend, pour l'ensemble des soumissionnaires, chaque prix unitaire remis pour chaque poste du métré. Il y est fait état de ce que l'ensemble des entreprises sont classées dans ce tableau "suivant le montant global de leur offre". La légende du tableau fait notamment état de ce qu'est surligné en "vert" un "Prix unitaire dit anormalement bas : + de 15 % en-dessous de la moyenne calculée pour ce poste", tandis qu'est surligné en "orange foncé" un "Prix unitaire dit anormalement haut : + de 15 % au-dessus de la moyenne calculée pour ce poste". La "moyenne" dont il est question ci-avant est déterminée sur base de la moyenne des prix remis par les soumissionnaires classés de la 2<sup>ème</sup> à la 5<sup>ème</sup> place.

Dans la rubrique 6.3. de ce même rapport, intitulée "Conclusion sur la régularité des offres", un classement est opéré suite aux vérifications arithmétiques auxquelles il a été procédé. Dans ce classement, la société momentanée KUMPEN – ERAERTS est classée première, tandis que les parties intervenantes sont classées troisième et que la requérante est classée cinquième. A la suite de ce tableau, figurent la conclusion suivante :

" En conclusion, les 6 entreprises ont remis la totalité des documents demandés et aucune anomalie n'est relevée au sujet de la régularité.

C'est la raison pour laquelle nous pouvons considérer que toutes les offres remises sont régulières.

Ce qui nous amène à analyser, ci-après, ces offres sur base des critères d'attribution".

III.5. En considération des deux critères d'attribution annoncés dans le cahier spécial des charges, à savoir les prix remis et les réductions de délai proposées, il est procédé, toujours selon le rapport analyse des offres (point 7.) et par application de la formule reprise à l'article 6 du cahier spécial des charges, à un classement des soumissionnaires qui ont remis les offres régulières les plus avantageuses. Dans ce classement, les trois premiers soumissionnaires classés sont dans l'ordre :

1°) la société momentanée SODRAEP – EUROVIA – WANTY – T.R.B.A., à savoir les parties intervenantes, pour un prix de 17.793.273,60 euros et une réduction de délai de 200 jours, soit 93,20 points;

2°) la société COLAS BELGIUM, à savoir la requérante, pour un prix de 18.124.449,34 euros et une réduction de délai de 200 jours, soit 91,86 points;

3°) et la société momentanée KUMPEN – ERAERTS, pour un prix de 16.288.889,73 euros et une réduction de délai de 60 jours, soit 86,00 points.

III.6. Par trois courriers du 24 mars 2015, les trois soumissionnaires les mieux classés sont invités à répondre à différentes questions en vue de préciser leurs offres. Ces trois courriers, intitulés "Travaux d'infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activités économique de Tubize II – Justification", sont libellés dans les termes très similaires suivants :

" Afin d'étayer la pertinence du rabais de délai proposé, pourriez-vous :

-[...];

- Nous communiquer au minimum 3 références de chantiers similaires (travaux de voirie et d'égouttage en terrain vierge) en renseignant, pour chacune, le montant final des travaux, le délai d'exécution total, les coordonnées d'une personne de contact représentant le Maître d'Ouvrage ayant suivi l'exécution;

- En tenant compte de rendements réalistes par équipe, nous communiquer les moyens en machines et en main d'œuvre (soit nombre d'équipes) que vous vous engagez à mettre à disposition simultanément pour l'exécution des principaux postes suivants dans le respect des délais proposés :

\* Déblai de terres arables;

\* Terrassements généraux;

\* Terrassements tranchées et égouttage (EU/EP);

\* Sous-fondation pour voirie;

\* Fondation et pose des éléments linéaires;

\* Terrassement de tranchées impétrants et pose de la conduite d'eau.

Pourriez-vous nous justifier les postes suivants :

[57 postes du mètre sont indiqués pour la société momentanée SODRAEP – EUROVIA – WANTY – T.R.B.A. et pour la société COLAS BELGIUM, tandis que 65 postes du mètre sont énumérés pour la société momentanée KUMPEN – ERAERTS].

Pour l'ensemble des postes ci-dessus que nous vous demandons de bien vouloir justifier, nous attendons une justification détaillée, reprenant, entre autres, les matériaux, les moyens en matériel et en main d'œuvre prévus, ainsi que les rendements escomptés.

En application de l'article 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous prions de nous fournir une justification endéans les 12 jours de calendrier".

L'envoi destiné à la société momentanée SODRAEP – EUROVIA – WANTY – T.R.B.A. l'invite, en outre, à :

- " - Détailler beaucoup plus précisément votre planning d'intention qui ne comporte que 13 postes très globaux et en faisant apparaître les liens logiques d'enchaînement".

III.7. Sur la base des réponses adressées, dans le délai imparti, à la suite de ces courriers, l'auteur du rapport d'analyse des offres arrive aux conclusions suivantes (points 8 et 9 du rapport) :

- " 8. Analyse des 3 offres régulières les plus avantageuses

#### 8.1. Analyse du moins-disant par rapport à l'estimation

Les offres des 3 premières entreprises (classées selon les critères d'attribution) présentent, par rapport à l'estimation, une différence respective de -12,09%, -10,45%, -19,56%.

A l'analyse du tableau comparatif repris à l'annexe 6, il est possible de faire les commentaires suivants expliquant l'écart :

- L'estimation est assez proche de l'offre de GALERE BAM, même légèrement en-dessous. Malgré qu'elle soit supérieure de 20% au moins-disant qui «plonge», elle est assez représentative puisqu'à environ 10% des autres et de la moyenne.
- Suite à des analyses de soumissions réalisées par d'autres administrations et le bureau d'études sur des projets équivalents, il a été constaté, depuis plusieurs mois, une forte baisse des prix unitaires entre les adjudicataires et la volonté de ceux-ci à vouloir remporter les marchés à des prix parfois très faibles pour remplir leur carnet de commande.
- Les plus grands écarts constatés entre l'estimation et l'offre de KUPEN - ERAERTS se situent au niveau de la division 2 relative aux travaux de voirie et d'égouttage sur le site.

#### 8.2. Recherche des prix anormalement bas et hauts des 3 offres régulières les plus avantageuses

L'offre de SODRAEP-EUROVIA-WANTY-T.R.B.A. (17.793.273,60 € T.V.A.C.) présente, par rapport à la moyenne calculée conformément à l'Art. 99§2 de l'A.R. du 15.07.2011 (soit 17.748.137,74 € TVAC), un écart de +0,25 %, donc bien inférieur aux 15 % habituellement admis.

L'offre n'est pas à proprement parler considérée comme anormalement basse.

Il en est de même pour les offres de COLAS BELGIUM et de KUMPEN - ERAERTS qui présentent, un écart respectif de +2,12% et -8,27% par rapport à cette même moyenne !

Néanmoins, malgré l'écart relativement faible entre ces offres et la moyenne calculée, nous avons tenu à demander certaines justifications comme repris dans les courriers de l'I.B.W. du 24/03/2015 repris à l'annexe 7. Cela permet, entre autres, d'obtenir les rendements escomptés et autres taux horaires de Main d'œuvre, pouvant servir de références aux éventuels décomptes proposés en cours de chantier.

Notre analyse porte, principalement, sur les postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 € et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15% (repris en vert dans le tableau) ou de +15% (repris en orange dans le tableau).

Nous estimons en effet que les prix remis pour les autres postes, et éventuellement anormalement bas ou hauts, ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission.

### 8.3. Analyse des justifications de prix reçus des 3 entrepreneurs.

A la lecture attentive des réponses reçues de la part des 3 entreprises (voir annexe 8), celles-ci justifient tous les postes de manière détaillée comme demandé. Les fiches techniques transmises sont conformes aux prescriptions du C.S.C. et C.C.T. «Qualiroutes».

Il est à noter que l'entreprise KUMPEN - ERAERTS compte, pour de nombreux postes, sur «un rabais attendu sur fourniture» pouvant aller de 5 à 15%. Cela peut expliquer, en partie, la différence par rapport aux 2 autres entreprises.

Les 3 entreprises répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées.

### 8.4. Analyse du critère «délai d'exécution».

L'idée d'inclure le délai comme critère reflétait la volonté de respecter au mieux les échéances imposées dans le cadre du «Plan Marshall 2.vert», étant donné le temps perdu par les démarches administratives (permis, acquisition des terrains,...) simultanées.

A l'instar de ce qui a été fait pour les prix unitaires, des précisions ont été demandées sur les réductions de délai proposées, à chacune des 3 entreprises les mieux positionnées et par les mêmes courriers repris en annexe 7, afin d'argumenter.

L'entreprise SODRAEP-EUROVIA-WANTY-T.R.B.A. avait remis, avec son initiale, un planning très général (sur 200 jours calendrier), assez peu détaillé. Leur réponse permet d'argumenter leur proposition en mettant en avant :

- Une association entre 4 entreprises de classe 8 ;
- Un planning détaillé;
- Une possibilité de travail par pause (soit 16h de travail par jour);
- Une progression simultanée sur le chantier réparti en 7 zones;
- Des références de travaux similaires pour les 4 associés séparément ou partiellement associés.

L'entreprise COLAS avait remis, avec son offre, un planning détaillé (sur 200 jours calendrier). Leur réponse vient préciser leur proposition en mettant en avant :

- Un groupe qui réunit, au sein de ces différentes unités, 1.100 personnes;
- Une réflexion basée sur des journées de travail de 10 heures;
- Des références de travaux similaires.

L'entreprise KUMPEN-ERAERTS avait remis, avec son offre, un planning détaillé (sur 340 jours calendrier). Leur réponse vient préciser leur proposition en mettant en avant :

- Des références de travaux similaires pour la même association momentanée.

Ils ne font apparemment pas mention d'une optimisation du temps de travail sur la journée, contrairement aux deux autres.

Or, pour des délais tels que proposés par les 2 premiers, l'incidence des critères extérieurs au chantier (cadence d'approvisionnement, disponibilité des centrales,...), ainsi que la nécessité de coordonner 4 entreprises (SODRAEP-EUROVIA-WANTY-T.R.B.A.) ou plusieurs unités d'exploitation différentes (pour COLAS Belgium) amènent à penser que ces dispositions seront bel et bien strictement nécessaires.

Nous en concluons que les 3 entreprises répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées dans le cadre de ce critère.

## 9. Conclusion générale

Suite à l'analyse administrative et arithmétique des soumissions, on peut considérer

- que toutes les offres sont qualitativement recevables,
- que toutes les offres sont régulières.

Le classement unique des soumissions donné ci-dessus nous amène à qualifier la soumission de l'Association Momentanée SODRAEP - EUROVIA - WANTY - T.R.B.A. comme la plus intéressante.

Dès lors, nous proposons au Collège Exécutif de l'I.B.W. de désigner cette firme comme adjudicataire de ces travaux pour le total de 17.793.273,60 € T.V.A.C.".

III.8. Par décision du 15 septembre 2015, le collège exécutif de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché aux parties intervenantes. Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est motivée comme suit :

- " Le Collège Exécutif décide l'unanimité :
- Vu la loi du 12 du novembre 1997 relative à la publicité de l'intercommunale;
  - Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés et certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 25;
  - Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'Information et aux voies de recours en matière de marchés et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
  - Vu royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures;
  - Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés et des concessions de travaux publics et ses modifications ultérieures, notamment l'article 5, § 2;
  - Vu la décision de notre organisation du 4 septembre relative à l'attribution du marché de conception pour le marché «Travaux d'Infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activité économique de Tubize II» à AM C<sup>2</sup> Project - Myclène, Chemin de la Maison du Roi, 30D à 1380 Lasne;
  - Considérant le cahier des charges N° 2M12-28/00 relatif à ce marché établi par l'auteur de projet, AM C<sup>2</sup> Project - Myclène, Chemin de la Maison du Roi, 30D à Lasne;
  - Considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 16.802.378,34 € hors T.V.A. ou 20.330.877,79 €, 21% T.V.A. comprise;

Considérant que cette estimation dépasse les seuils d'application de la publicité européenne;

Vu la décision du Collège exécutif du 5 novembre 2013 approuvant les conditions, le montant estimé et le mode de passation (appel d'offres ouvert) de ce marché;

Vu l'avis de marché 2014/S 163-291418 paru le 27 août 2014 au Journal Officiel de l'Union Européenne;

Vu l'avis de marché 2014-518778 paru le 25 août 2014 au niveau national;

Considérant que les offres devaient parvenir à l'intercommunale au plus tard le 9 octobre 2014 à 10h00;

Considérant que le délai de validité des offres est de 240 jours de calendrier et se termine le 6 juin 2015 (prolongé jusqu'au 30 novembre 2015);

Considérant que 6 offres sont parvenues;

- SOCIETE MOMENTANEE KUMPEN-ERAERTS, Rue du Rabiseau 3 à B – 6220 Fleurus (13.455.280,81 € hors TVA ou 16.280.889,78 €, 21% TVA comprise)

- Bam Galère sa, Rue Joseph Dupont 73 à B - 4053 Chaudfontaine (16.794.736,04 € hors TVA ou 20.321.630,61 €, 21 % TVA comprise)

- Colas Belgium Agence Sud-Ouest, chemin de Foubersart 131 à B - 7860 Lessines (14.978.883,77 € hors TVA ou 18.124.449,36 €, 21% TVA comprise)

- Société momentanée VERBRAKEN CONSTRUCTION - TEGEC - FODETRA, Rue de Charleroi 14 à 6180 Courcelles (14.623.634,36 € hors TVA ou 17.694.597,58 €, 21 % TVA comprise)

- Association momentanée VIABUILD SUD (VIABUILD SUD et VIABUILD), Avenue des Moissons 30A à 1350 Perwez (13.876.884,71 € hors TVA ou 16.791.030,50 €, 21% TVA comprise)

- Société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A., Rue Saint Bernard 60-62 à 1060 Bruxelles (14.705.525,40 € hors TVA ou 17.793.485,73 € 21% TVA comprise)

Considérant que l'auteur de projet propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit la Société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A. Rue Saint Bernard 60-62 à 1040 Bruxelles, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 14.705.184,79 € hors TVA ou 17.793.273,60 €, 21% TVA comprise;

Considérant qu'une partie des coûts est subsidiée par SPW - DG06 Monsieur J. Mouvet, Directeur, Place de la Wallonie 1 bât II à 5100 Jambes (Namur), et que cette partie est estimée à 16.802.378,34 €;

Considérant le rapport du coordinateur de sécurité, d'où il ressort que cette offre répond aux normes établies par l'arrêté royal du 25 janvier 2001 et ses modifications ultérieures ;

- De sélectionner les soumissionnaires SOCIETE MOMENTANEE KUMPEN - ERAERTS, Bam Galère sa, Colas Belgium Agence Sud-Ouest, Société momentanée VERBRAKEN CONSTRUCTION - TEGEC - FODETRA, Association momentanée VIABUILD SUD (VIABUILD SUD et VIABUILD) et Société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A. pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative.

- De considérer tes offres des SOCIETE MOMENTANEE KUMPEN - ERAERTS, Bam Galère sa, COLAS Belgium Agence Sud-Ouest, Société momentanée VERBRAKEN CONSTRUCTION - TEGEC - FODETRA, Association momentanée VIABUILD SUD (VIABUILD SUD et VIABUILD) et Société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A. comme complètes et régulières.

- D'approuver la proposition d'attribution pour le marché "Travaux d'infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activité économique de Tubize II", rédigée par l'auteur de projet, AM C<sup>2</sup> Project - Myclène, Chemin de la Maison du Roi, 30D à 1380 Lasne.

- De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.
- D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit la Société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A., Rue Saint Bernard 60-62 à 1060 Bruxelles, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 14.705.184,79 € hors TVA ou 17.793.273,60 €. 21% TVA comprise.
- L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° 2M12-28/00.
- De transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle."

III.9. Cette décision d'attribution du marché du 15 septembre 2015 a été communiquée à la requérante par courrier recommandé du 25 novembre 2015.

Par courrier du 10 décembre 2015, la requérante a demandé à ce que lui soit communiqué le rapport d'analyse des offres qui n'avait pas été joint à la décision attaquée. Elle a également fait état de ce que le délai pour introduire un recours en suspension devant le Conseil d'Etat n'avait pas encore commencé à courir, notamment du fait que le courrier intitulé "avis de non-attribution" ne lui a été adressée que par courrier recommandé, et non par courrier électronique ou par fax, en violation de ce que prévoit l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Par ce même courrier, la partie requérante a également mis la partie adverse en demeure de ne pas attribuer le marché aux parties intervenantes ou, à tout le moins, de ne pas conclure le contrat avec ces dernières.

Par courrier du 17 décembre 2015, la partie adverse, tout en communiquant le rapport d'analyse des offres et le tableau comparatif des prix unitaires repris en annexe 6 dudit rapport, a fait savoir qu'elle considérait que le délai de recours de quinze jours avait bien commencé à courir au plus tard le 26 novembre 2015, avec cette conséquence que toute requête en suspension qui serait introduite après le 11 décembre 2015 serait nécessairement tardive.

Dans le cadre de la présente procédure de suspension, les parties ne contestent pas le fait que la demande de suspension d'extrême urgence a bien été introduite dans le délai de quinze jours imparti à cet effet.

#### IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 19 janvier 2016, les sociétés anonymes SODRAEP, EUROVIA BELGIUM, WANTY et T.R.B.A. demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure. En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

#### V. EXAMEN DU MOYEN UNIQUE

##### V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante invoque un moyen unique, développé en deux branches et pris de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation des articles 21, 95, 96 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 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 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de l'obligation de motivation matérielle, du principe de transparence, du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et du principe du devoir de minutie, ainsi que de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, la requérante fait valoir trois griefs au sujet de la manière dont la partie adverse a procédé au contrôle du caractère anormal ou non de certains prix unitaires :

" En ce que la partie adverse s'est limitée à vérifier les prix anormaux, sur la base de l'article 21, § 3, de l'arrêté du 15 juillet 2011, dans le chef des trois soumissionnaires qui, selon elle, ont déposé les offres «régulières les plus avantageuses».

En ce que la partie adverse a par ailleurs décidé d'entamer la procédure de contrôle des prix en limitant «son analyse (...) [aux] postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 € et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15% ou de +15%».

Et en ce que la partie adverse a enfin considéré les offres de tous les soumissionnaires comme régulières et les a comparées au regard des critères

d'attribution du marché en admettant toutefois que pour certains postes les soumissionnaires proposent des prix anormalement bas ou hauts mais qui «ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission».

Alors que le caractère normal des prix d'une offre constitue un des éléments de sa régularité et que le contrôle des prix doit s'effectuer poste par poste. Par ailleurs, s'il est certain que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour ce faire, il lui revient néanmoins de respecter les principes généraux d'égalité de traitement des soumissionnaires et de minutie.

Alors qu'il résulte de la jurisprudence constante de Votre Conseil que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière.

Et alors que la partie adverse aurait dû motiver sa décision d'attribution de manière claire, complète, précise et adéquate afin de permettre à la requérante de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen concret et exact des circonstances de l'espèce".

La partie requérante développe plus amplement ces trois griefs de la manière suivante.

Au regard des règles et principes généraux, ainsi que de la jurisprudence dont elle fait état dans sa requête, la requérante rappelle que le contrôle de l'anormalité éventuelle d'un ou de divers prix proposés doit s'opérer en deux étapes : lors de la première étape, le pouvoir adjudicateur doit vérifier les offres en vue de détecter une éventuelle présence de prix anormaux; s'il présume la présence d'un ou de plusieurs prix anormaux, le pouvoir adjudicateur doit, dans une seconde étape, solliciter la production de justifications auprès du ou des soumissionnaires concernés et motiver de manière adéquate la prise en considération ou le rejet des justifications qui lui ont été adressées.

Au regard de ce qui précède et s'agissant de la manière dont la partie adverse a procédé au contrôle des prix anormaux, la requérante, se fondant sur divers passages du rapport d'analyse des offres et sur le tableau comparatif des prix y annexés, fait plus précisément reproche à la partie adverse d'avoir, à tort, limité son contrôle des prix anormaux à un double titre.

Tout d'abord, la partie adverse a activé la procédure de contrôle des prix, prévue à l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, uniquement à l'égard des trois soumissionnaires qui, selon elle, ont déposé les offres "régulières les plus avantageuses". Or, elle aurait dû demander de telles justifications à l'ensemble des soumissionnaires et ce, dans la mesure où il résulte du tableau comparatif des postes unitaires que tous les soumissionnaires ont proposé, pour de nombreux postes, des prix unitaires anormaux (bas et hauts). La requérante souligne encore, pour autant que de besoin, que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires est d'ordre

public et qu'elle n'a dès lors pas l'obligation de démontrer un intérêt à soulever ce premier grief.

Ensuite, elle estime que la partie adverse a manqué à son devoir de minutie en décidant de ne solliciter des soumissionnaires concernés une justification des prix que seulement pour "[...] les postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 euros et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15% ou de +15%". En conséquence, la partie adverse n'a pas contrôlé les prix remis pour les autres postes, en ce compris ceux qu'elle juge anormalement bas ou hauts, au motif qu'ils "ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission". A titre d'exemple, la requérante observe qu'il ressort du tableau comparatif des prix que le prix proposé par les parties intervenantes pour le poste 6 de la division 1 a été pointé comme un "prix unitaire dit anormalement haut", mais que la partie adverse, par son courrier du 24 mars 2015, n'a pas invité les parties intervenantes à justifier leur prix pour ce poste. La requérante fait, en conséquence, valoir qu'il se déduit de cette seule circonstance que l'offre de l'adjudicataire présumé, à savoir les parties intervenantes, comporte au moins un prix unitaire anormal, ce qui aurait dû entraîner l'écartement de cette offre pour cause d'irrégularité. La requérante rappelle, en outre, qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et notamment des arrêts n° 198.368 du 30 novembre 2009, n° 209.794 du 16 décembre 2010 et n° 220.718 du 24 septembre 2012, d'une part, qu'il importe peu à cet égard qu'il soit finalement considéré par le pouvoir adjudicateur que le prix anormal considéré ne mette pas en danger l'économie du marché et, d'autre part, qu'une offre doit être écartée comme étant irrégulière lorsque le prix unitaire pour un poste a été reconnu comme anormalement bas ou haut et que les justifications produites par le soumissionnaire concerné n'ont pas pu être admises. La requérante rappelle à cet égard que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas ou haut avec une offre régulière.

Enfin, la requérante fait valoir que la motivation formelle qui figure au point 8.3. du rapport d'analyse des offres est inadéquate. Elle rappelle, qu'au regard des règles et des principes, ainsi que de la jurisprudence invoquées à leur appui, l'appréciation qui conduit la partie adverse à considérer les justifications données par des soumissionnaires au sujet de prix considérés comme apparemment anormaux doit faire l'objet d'une motivation précise. Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce, du fait qu'il ne suffit pas que la partie adverse indique que : "Les 3 entreprises répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées" pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle et matérielle qui lui incombe.

Dans une seconde branche, la requérante fait reproche à la partie adverse d'avoir, sur la base des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, invité l'adjudicataire pressenti du marché à "détailler beaucoup plus précisément [son] planning qui ne comporte que 13 postes très globaux et en faisant apparaître les liens logiques d'enseignement", alors que ces dispositions concernent le contrôle des prix anormaux et ne permettaient pas à la partie adverse d'effectuer une telle demande. Elle fait également valoir que l'article 96, § 4, du même arrêté royal, à savoir la base réglementaire pertinente en l'espèce, prévoit que "le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier". Or, en invitant l'adjudicataire pressenti à détailler beaucoup plus précisément son planning d'intention, la partie adverse a manifestement autorisé ce dernier à faire état d'éléments nouveaux et, partant, à modifier son offre en méconnaissance flagrante des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La requérante fait encore valoir les arguments suivants à l'appui de cette seconde branche :

" Aux termes de son courrier du 24 mars 2015, la partie adverse a invité l'adjudicataire pressenti du marché sur la base des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 à «détailler beaucoup plus précisément [son] planning d'intention qui ne comporte que 13 postes très globaux et en faisant apparaître les liens logiques d'enchaînement».

A ce propos, il convient de noter que le cahier spécial des charges prévoit en sa page 16 que "(...) [les soumissionnaires doivent] produire un planning détaillé (GANTT) des travaux permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution".

Par ailleurs, il ressort du point 8.4 du rapport d'analyse des offres les précisions suivantes :

«8.4. Analyse du critère "délai d'exécution".

L'idée d'inclure le délai comme critère reflétait la volonté de respecter au mieux les échéances imposées dans le cadre du "Plan Marshall 2.vert", étant donné le temps perdu par les démarches administratives (permis, acquisition des simultanées.

A l'instar de ce qui a été fait pour les prix unitaires, des précisions ont été demandées sur les réductions de délai proposées, à chacune des 3 entreprises les mieux positionnées et par les mêmes courriers repris en annexe 7, d'argumenter L'entreprise SODRAEP-EUROVIA-WANTY-T.R.B.A. avait remis, avec son offre initiale, un planning très général (sur 200 jours calendrier), assez peu détaillé. Leur réponse permet d'argumenter leur proposition en mettant en avant :

\*Une association entre 4 entreprises de classe 8 ;

\*Un planning détaillé;

\*Une possibilité de travail par pause (soit 16h de travail par jour);

\*Une progression simultanée sur le chantier réparti en 7 zones;

\*Des références de travaux similaires pour les 4 associés séparément ou partiellement associés».

A titre préliminaire, il résulte de ce qui précède que la partie adverse se trompe de manière flagrante en ce qu'elle indique que le planning détaillé (GANTT) serait utile à l'analyse des offres au regard du délai d'exécution.

En effet, les critères d'attribution tels qu'ils ressortent du cahier spécial des charges sont les suivants :

«Les offres seront classées en fonction des points obtenus en appliquant la formule suivante:

$$POi = \frac{P_{min}}{P_i} \times 80 + \frac{RD_i}{RD_{max}} \times 20$$

Dans laquelle :

- POi = Points obtenus pour l'Offre de l'entreprise i.
- Pmin = Prix remis par l'entreprise la moins-disante.
- Pi = Prix remis par l'entreprise i.
- RDmax : Nombre de jours calendrier maximal de réduction de Délai proposé par une entreprise
- RD<sub>i</sub> = Nombre de jours calendrier de réduction de Délai proposé par l'entreprise i».

Il s'agit donc d'une simple formule mathématique qui n'implique de la part de la partie adverse aucune appréciation quant à la qualité du contenu du planning proposé par le soumissionnaire.

En revanche, comme la partie adverse le rappelle dans son rapport d'analyse des offres, il convenait que les soumissionnaires déposent un planning détaillé «afin de respecter au mieux les échéances imposées dans le cadre du "Plan Marshall 2.vert", étant donné le temps perdu par les démarches administratives (permis, acquisition des terrains,...) simultanées».

Partant, la partie adverse érige irrégulièrement la «qualité du planning» en un critère d'attribution. Or, cette exigence doit s'analyser comme une condition de régularité des offres : les soumissionnaires la respectent ou ne la respectent pas. Cet élément n'a évidemment pas permis à la partie adverse d'opérer une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur.

De plus, les démarches et le raisonnement de la partie adverse démontrent qu'elle estime anormal le planning général proposé par l'adjudicataire présumé. Ainsi, la partie adverse a demandé à l'association SODRAEP – EUROVIA – WANTY - T.R.B.A. une argumentation détaillée de son planning en application des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

La partie adverse aurait, cependant, dû effectuer cette demande sur la base de l'article 96, § 4, de l'arrêté précité qui est relatif à l'examen de régularité des offres et, en conséquence, indiquer dans l'acte attaqué ses griefs à l'encontre du planning général de l'adjudicataire présumé sous la rubrique relative à l'examen des offres.

Si la partie adverse avait procédé de la sorte, elle aurait nécessairement dû constater, comme elle l'a fait dans son rapport d'analyse des offres, que l'adjudicataire pressenti a joint à son offre un planning peu détaillé, voire largement insuffisant du point de vue des exigences du cahier spécial des charges.

Par ailleurs, l'article 96, § 4, de l'arrêté royal prévoit que «le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier». Il ne s'agit donc pas d'octroyer au soumissionnaire une séance de rattrapage en vue de combler les lacunes de son offre.

Le cahier spécial des charges exige très clairement que le planning soit détaillé ce qui n'est pas le cas de l'offre de l'adjudicataire présumé.

De par son invitation du 24 mars 2015, la partie adverse a manifestement autorisé l'adjudicataire présumé à faire état d'éléments nouveaux et, partant, à modifier son offre en méconnaissance flagrante des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Partant, la partie adverse aurait dû déclarer l'offre de l'adjudicataire présumé irrégulière en raison des lacunes du planning proposé. Ce faisant, la requérante aurait remporté le marché étant donné qu'elle est classée deuxième.

Au vu de ce qui précède, la seconde branche du moyen unique est manifestement fondée".

## V.2. Thèses des parties adverse et intervenantes

### V.2.1. Réfutation de la première branche du moyen unique

#### A. Par la partie adverse

La partie adverse considère que la première branche du moyen unique repose sur une lecture ou une compréhension erronées de certaines pièces du dossier et qu'elle n'est fondée ni en fait ni en droit.

Elle développe comme suit son argumentation :

##### " a. La vérification des prix des offres introduites

La partie requérante fonde le raisonnement qu'elle développe sur un long exposé, souvent théorique, des obligations d'un pouvoir adjudicateur lors de la mise en œuvre de la procédure de contrôle des prix prévue par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, «s'il entend éventuellement écarter l'offre en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix qu'elle propose», et lorsque «il interroge alors le soumissionnaire concerné en vue d'obtenir des justifications et procède à une vérification de prix suspectés d'anormalité».

Il apparaît pourtant, à la lecture du dossier administratif (et plus particulièrement du «rapport d'analyse des offres», mais également des courriers adressés par la partie adverse aux trois soumissionnaires concernés) que la partie adverse n'a envisagé à aucun moment l'écartement de quelque offre que ce soit du chef d'anormalité des prix offerts.

La démarche menée par les auteurs de projet de la s.c. Intercommunale du Brabant Wallon s'est en effet tout entière inscrite dans le cadre strict de l'article 21 § 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui prévoit que :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification».

Les auteurs de projet se sont clairement expliqués, en leur «rapport d'analyse des offres», sur la démarche qu'ils ont suivie, en détaillant, au point 8.2 «Recherche des prix anormalement bas et hauts des 3 offres régulières les plus avantageuses» les contrôles qu'ils ont opérés et le raisonnement qu'ils ont tenu :

«L'offre de SODRAEP - EUROVIA - WANTY - T.R.B.A. (17.793.273,60 € T.V.A.C.) présente, par rapport à la moyenne calculée conformément à l'Art. 99 § 2 de l'A.R. du 15.07.2011 (soit 17.748.137,74 € T.V.A.C.), un écart de +0,25 %, donc bien inférieur au 15 % habituellement admis.

L'offre n'est pas à proprement parler considérée comme anormalement basse. [souligné par la partie adverse]».

Il est à noter à ce propos, indépendamment même du fait qu'en application des termes mêmes de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui limitent son champ d'application aux marchés de travaux passés par adjudication (sauf stipulation expresse dans le cadre des documents du marché, absente en la présente espèce), un écart de prix de l'ordre de 15 % n'a aucune incidence particulière en matière d'appel d'offres, un tel écart n'était pas plus constaté par rapport à l'estimation des auteurs de projet (16.726.656,54 euros hors T.V.A.), que ce soit pour l'offre des attributaires ou pour celle de la partie requérante, séparées par moins de 275.000 € sur près de 15 millions d'euros, hors T.V.A.

«Il en est de même pour les offres de COLAS BELGIUM et de KUMPEN - ERAERTS qui présentent, quant à elles, un écart respectif de + 2,12% et - 8,27% par rapport à cette même moyenne !

Néanmoins, malgré l'écart relativement faible entre ces offres et la moyenne calculée, nous avons tenu à demander certaines justifications comme repris dans les courriers de l'I.B.W. du 24/03/2015 repris à l'annexe 7.

Cela permet, entre autres, d'obtenir les rendements escomptés et autres taux horaires de Main d'œuvre, pouvant servir de références aux éventuels décomptes proposés en cours de chantier [souligné par la partie adverse]».

Cette formulation, comme l'objectif ainsi décrit, après avoir de surcroît insisté sur le caractère «régulier» des soumissions considérées, confirme sans équivoque que l'objectif des auteurs de projet (et, par répercussion, de la partie adverse) n'a jamais été, en invitant trois soumissionnaires à compléter l'information fournie, d'écarter l'une ou l'autre des offres soumises au motif de l'anormalité de certains prix, mais se limitait, sans autre portée, à la vérification usuelle et obligatoire des prix.

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la conclusion, pour ce chapitre, des auteurs de projet, lorsqu'ils indiquent que :

«Notre analyse porte, principalement, sur les postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 € et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15% (repris en vert dans le tableau) ou de +15 % (repris en orange dans le tableau).

Nous estimons en effet que les prix remis pour les autres postes, et éventuellement anormalement bas ou hauts [souligné par la partie adverse] ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission».

Le recours à cette option de détermination des prix, unitaires ou globaux, sur lesquels une attention particulière est portée à l'occasion de la «vérification des prix», est conforme à l'objectif de cette obligation de vérification, parfaitement synthétisée par la doctrine la plus récente, qui rappelle à bon droit que :

«Le principe de la vérification des prix est généralisé.  
Elle a pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer qu'une exécution conforme aux documents du marché est possible pour les prix remis».

[Delvaux, Dewolf e.a., Commentaire Pratique de la Réglementation des Marchés Publics, septième édition, tome 1B, page 870, n° 1].

b. La détermination des prix unitaires soumis par les auteurs de projet de la partie adverse à un contrôle plus approfondi

La partie requérante affirme en sa requête en suspension d'extrême urgence que la partie adverse aurait, de manière irrégulière, décidé de limiter la portée du contrôle des prix anormaux.

Elle se fonde essentiellement, dans l'objectif d'étayer cette affirmation, sur le «tableau comparatif des prix unitaires» figurant en annexe 6 du «rapport d'analyse des offres» des auteurs de projet, dont elle croit pouvoir inférer, sur base de la «légende» de ce tableau que :

«Ainsi, la partie adverse a systématiquement estimé anormaux les prix unitaires supérieurs ou inférieurs de 15 % à la moyenne calculée pour chaque poste.

Dans cette logique, il appert que tous les soumissionnaires proposent des prix unitaires anormalement hauts et bas».

Cette lecture et l'interprétation qu'elle sous-tend sont erronées.

Les auteurs de projet se sont limités à établir un «tableau comparatif des offres en date du 9/10/2014» qui mettait en évidence, pour chacune des six soumissions déposées, par le biais de surlignages en couleurs, les :

« \* Prix unitaire dit anormalement bas : + de 15 % en dessous de la moyenne calculée pour ce poste ;  
\* Prix unitaire dit anormalement haut : + de 15 % au-dessus de la moyenne calculée pour ce poste ;  
\* Prix ESTIMATION» [...].

Il apparaît immédiatement que la «sélection» ainsi opérée l'a été de manière volontairement abstraite et exclusivement arithmétique, sans porter quelque appréciation technique que ce soit sur l'éventuelle anormalité de l'un ou l'autre prix, ainsi que le confirme le fait que les auteurs de projet se sont abstenus de rechercher toute corrélation entre les prix offerts et leurs propres estimations, pourtant détaillées par le «tableau comparatif», alors que celles-ci trouvaient leur origine dans des évaluations objectives et argumentées.

La partie adverse a veillé, sur cette base, à inviter les trois soumissionnaires retenus au premier stade de la comparaison à apporter des explications complémentaires dont l'analyse l'a convaincue, pour chacun d'entre eux, de ce que la vérification des prix ainsi opérée ne conduisait à aucune suspicion de prix anormal qui aurait justifié la mise en œuvre, dans un second temps, de la procédure de justification approfondie organisée par l'article 21 § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Il convient d'ailleurs de rappeler, à ce propos, qu'il est communément admis que le pouvoir adjudicateur :

«(...) dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de mettre en œuvre ou non la procédure de contrôle des prix anormaux, sous le contrôle marginal du Conseil d'Etat»

[Delvaux, Dewolf e.a., op. cit., page 876, n° 10].

Les trois soumissionnaires interrogés (en ce compris la requérante) avaient au demeurant parfaitement saisi la portée des explications qui étaient attendues d’eux, puisqu’ils se sont chacun limités à fournir en leurs réponses la décomposition des prix sur lesquels ils étaient interrogés (la société anonyme Colas Belgium indiquant pour sa part, en son courrier de réponse du 3 avril 2015, communiquer «les sous-détails de prix accompagnés des remises de prix et des fiches techniques»), sans s’intéresser aucunement aux éléments de justifications énoncés par l’article 21 § 3 précité (l’économie du procédé de construction, les solutions techniques adoptées ou l’originalité des travaux par exemple...).

Sur un plan de détail, la partie adverse n’aperçoit nullement, dans un tel contexte, l’intérêt ou la nécessité qu’aurait pu présenter une invitation à justifier des prix unitaires adressée aux trois soumissionnaires qui n’apparaissaient pas classés en ordre utile, dès l’instant où leurs réponses n’auraient pu en aucune manière modifier le classement des soumissions et leur offrir une chance de se voir attribuer le marché.

#### c. La base légale de la demande de justification

Au vu des éléments qui précèdent, c’est vainement que la partie requérante entendrait se fonder, pour affirmer que les demandes de justifications formulées trouvaient leur origine dans une suspicion d’existence de prix anormalement hauts ou anormalement bas, sur le fait que les trois courriers de demandes d’explications se réfèrent aux articles «21, § 3 et 99 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques».

La partie requérante a en effet elle-même relevé, cette fois à juste titre, dans le cadre du développement de la seconde branche de son moyen unique, en ce qui concerne la demande, adressée à l’adjudicataire pressenti, de «détailler beaucoup plus précisément [son] planning d’intention (...)» sur la base des mêmes articles, que :

«(...) ces dispositions concernent le contrôle des prix anormaux et ne permettraient pas à la partie adverse d’effectuer une telle demande»,

tout en alléguant que la partie adverse aurait plutôt dû invoquer en son courrier «l’article 96, § 4, du même arrêté royal – la base réglementaire pertinente en l’espèce» [...].

La référence à ces deux articles au stade de la «vérification des prix des offres» relève manifestement d’une simple erreur de plume, comme le confirme au demeurant encore la référence à l’article 99 de l’arrêté royal, dont le champ d’application est limité, par son paragraphe 2, aux marchés de travaux passés par adjudication, le paragraphe premier de cet article se limitant lui à un renvoi global à l’article 21.

#### d. Le respect des obligations de minutie et de motivation formelle

Dans l’objectif de démontrer que la partie adverse aurait manqué à son devoir de minutie – celui-ci s’imposant désormais tant à l’étape obligée de vérification des prix qu’au stade éventuel de justification de prix potentiellement anormaux –, la partie requérante fait valoir, en alléguant que la partie adverse, par le seuil de vérification qu’elle avait défini, aurait été amenée à ne pas contrôler certains prix qu’elle jugeait pourtant anormalement élevés ou bas, que :

«A titre d’exemple, en ce qui concerne le poste 6 de la division 1, le tableau comparatif indique que le prix unitaire proposé par l’adjudicataire présumé est anormalement haut. Dans son courrier du 24 mars 2015, la partie adverse n’a pas invité le soumissionnaire à justifier son prix pour ce poste.

Il se déduit de cette circonstance que l'offre de l'adjudicataire présumé comporte au moins un prix unitaire anormal qui aurait dû entraîner son écartement par la partie adverse».

L'exemple ainsi choisi met pourtant avant tout en évidence les faiblesses du raisonnement, purement abstrait, proposé par la partie requérante.

Le «tableau comparatif des offres» récapitule, pour le poste 6 «Remblais après séchage de la dalle» les prix de soumission suivants :

- pour l'adjudicataire pressenti 16.732,50 €, pour la société momentanée Tegec-Fodetra-Verbraeken 14.841 € et pour la société momentanée BAM-Galère 38.848,50 €, ces trois prix étant surlignés en orange, comme supérieurs de plus de 15 % à la «moyenne» ;

- pour la requérante, la société anonyme Colas Belgium 6.693 € et pour la société momentanée Kumpen-Eraerts 6.838,50 €, ces deux prix étant surlignés en vert, comme inférieurs de plus de 15 % à la «moyenne»;

- pour la société anonyme Viabuild, à 11.494,50 €.

Le même «tableau comparatif» révèle pourtant que l'estimation des auteurs de projet s'établissait elle à 21.825 €, et que dès lors, le prix offert pour ce poste par l'adjudicataire pressenti :

- était, des six prix remis, celui qui se rapprochait le plus de l'estimation et,

- n'était assurément pas «anormalement haut», puisqu'inférieur de manière sensible – mais pas excessive – à celle-ci.

En outre, l'obligation d'une «motivation formelle», précise de surcroît, si elle peut se comprendre en matière d'appréciation de justifications de prix présumés anormaux, ne pourrait s'imposer au stade préliminaire de la vérification générale des prix offerts.

Il se déduit des éléments qui précèdent que la première branche du moyen unique de suspension n'est pas sérieuse".

## B. Par les parties intervenantes

Les parties intervenantes considèrent également que la première branche du moyen unique est dépourvue de tout fondement.

A l'appui de leur affirmation, elles font valoir ce qui suit :

" Par la première branche de son moyen unique, la requérante prétend que la partie adverse aurait méconnu les articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Les parties intervenantes confirment les développements de la partie adverse relativement à la première branche du moyen.

Contrairement à ce que la requérante laisse entendre, les vérifications des prix opérées par la partie adverse ainsi que les contacts entrepris avec les trois soumissionnaires les mieux classés ont été entrepris en application de l'article 21 § 1 de l'AR 15/07/2011 et sont parfaitement réglementaires.

Le cahier spécial des charges prévoit par ailleurs en page 20 que «(...) sur simple demande du pouvoir adjudicateur, les soumissionnaires fourniront préalablement à l'attribution du marché toute indication permettant de vérifier l'offre.

L'article 21 de l'AR du 15 juillet 2011 est applicable au présent marché. Le pouvoir adjudicateur peut donc se permettre de vérifier le coût des mesures et moyens de prévention mentionnés par les soumissionnaires dans le formulaire annexé à leurs offres (...).

Le pouvoir adjudicateur était donc en droit d'interroger les soumissionnaires dans le cadre d'une vérification des prix sans que cela n'implique que ces prix soient considérés par lui comme anormaux.

En tout état de cause et quand bien même faudrait-il considérer, *quod non*, que la vérification des prix par la partie adverse s'analyserait comme un contrôle de la normalité des prix au sens de l'article 21, § 3, de l'AR du 8/07/2011, il n'en reste pas moins que l'attitude de la partie adverse dans le cadre de l'attribution du marché est parfaitement conforme à la réglementation.

Tout d'abord, force est de constater, comme l'a relevé à juste titre la partie adverse dans sa note d'observations, que les affirmations de la requérante procèdent d'une lecture inexacte des pièces du dossier.

Il est, en effet, inexact de soutenir que la partie adverse aurait considéré tous les postes unitaires surlignés dans le tableau comparatif des offres comme étant anormaux.

Ainsi, le point 8.2 du rapport d'analyse des offres précise expressément le contraire en indiquant que, suite à l'application de la formule de contrôle des prix de l'article 99, § 2, de l'AR 15/07/2011, les offres déposées par les soumissionnaires étaient régulières :

«L'offre de SODRAEP-EUROVIA-WANTY-T.R.B.A. (17.793.273,60 EUR TVAC) présente, par rapport à la moyenne calculée conformément à l'Art. 99 § 2 de l'AR du 15.07.2011 (soit 17.748.137,74 EUR TVAC) un écart de + 0,25% donc bien inférieur aux 15% habituellement admis.

L'offre n'est pas proprement parler considérée comme anormalement basse.

Il en est de même pour les offres de COLAS BELGIUM et de KUMPEN-ERAERTS (...).

Néanmoins, malgré l'écart relativement faible entre ces offres et la moyenne calculée, nous avons tenu à demander certaines justifications comme repris dans les courriers de l'I.B.W. du 24/03/2015 repris à l'annexe 7. Cela permet, entre autres, d'obtenir les rendements escomptés et autres taux horaires de main d'œuvre, pouvant servir de références aux éventuels décomptes proposés en cours de chantier.»

Il résulte donc de la décision attaquée que, contrairement à ce que soutient la requérante, la partie adverse n'a pas considéré que les prix déposés par tous les soumissionnaires auraient été anormaux.

Le tableau comparatif des offres qui forme l'annexe 7 de la décision attaquée, conforte également cette analyse. Il ne ressort en effet pas de ce tableau que les prix surlignés en jaune ou en vert seraient soupçonnés d'anormalité par la partie adverse et nécessiteraient une demande de justification au sens de l'article 21, § 3.

En effet, dans ce tableau comparatif, la partie adverse s'est cantonnée à surligner les prix unitaires des soumissionnaires qui présentent un écart de plus de 15% par rapport à la moyenne des offres mais elle n'en a pas déduit que ces prix seraient *de facto* anormaux. Il ne peut être déduit de ce procédé de classification purement mathématique que la partie adverse aurait estimé que les prix surlignés apparaissent nécessairement comme anormaux.

La légende de cette annexe le confirme puisque son libellé utilise les expressions de «prix unitaire dit anormalement bas» ou de «prix unitaire dit anormalement haut». Ces prix ne sont donc pas considérés par la partie adverse comme anormalement bas ou haut.

L'unique exemple du poste n° 6 du marché qui est dénoncé par la requérante dans sa requête est tout à fait parlant à cet égard : alors que le prix unitaire de ce poste est surligné en orange pour les parties intervenantes, car il s'écarte de plus de 15% de la moyenne des offres déposées, il s'avère que le prix unitaire déposé par les parties intervenantes (à savoir 2,30 EUR) est le prix le plus proche déposé par un soumissionnaire par rapport à l'estimation financière du pouvoir adjudicateur pour ce poste (à savoir 3 EUR).

Soutenir que, dès lors que la partie adverse a surligné le prix de ce poste dans le tableau comparatif, cela impliquerait la démonstration que la partie adverse a soupçonné ce prix d'anormalité, constitue un postulat inexact.

La requérante n'invoque d'ailleurs, dans sa requête, aucun élément précis tendant à démontrer que l'analyse de la partie adverse serait erronée et que certains prix déposés par les parties intervenantes seraient *in concreto* anormaux.

La requérante fonde donc son moyen sur un postulat factuel inexact.

En conséquence, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne s'imposait pas au pouvoir adjudicateur de solliciter des demandes de justification de prix, à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires et sur l'ensemble des postes surlignés dans le tableau comparatif des offres.

Outre que le grief de la requérante soit fondé sur une lecture inexacte des pièces du dossier, force est de constater que la requérante ne justifie pas de l'intérêt à invoquer ce moyen, en ce qui concerne le premier grief qui est soulevé.

Pour rappel, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir omis de demander à tous les soumissionnaires du marché, des justifications de prix anormaux, «dans la mesure où il résulte du tableau comparatif des postes unitaires que tous les soumissionnaires ont proposé pour de nombreux postes des prix unitaires anormaux».

En effet, quand bien même la partie adverse aurait-elle dû, *quod non*, solliciter des justifications de prix aux soumissionnaires classés en 4e, 5e et 6e position, ceci n'aurait eu aucune conséquence favorable pour la concluante sur le classement de son offre.

Or, «l'intérêt au moyen consiste à vérifier dans quelle mesure le moyen invoqué par le requérant lui a véritablement causé grief» (J. SOHIER, Manuel des procédures devant le Conseil d'Etat, Kluwer, 2014, p.67-68).

Quand bien même le pouvoir adjudicateur aurait sommé l'ensemble des soumissionnaires à fournir les justifications de leurs prix, le marché n'aurait pas davantage pu lui être attribué, de sorte que sur ce point, l'intérêt au moyen fait défaut (C.E. (12<sup>e</sup> ch.) n° 227.233, 29 avril 2014).

Une partie requérante n'a pas d'intérêt à invoquer un moyen ou une branche d'un moyen, lorsque celui-ci ou celle-ci n'est pas de nature à changer l'ordre des offres à son profit (C.E. (12<sup>e</sup> ch.) n° 227.946, 1<sup>er</sup> juillet 2014).

La requérante reconnaît d'ailleurs dans sa requête qu'elle ne jouit pas de l'intérêt à soulever ce premier grief, mais elle prétend que la violation prétendument commise par la partie adverse toucherait à l'ordre public et pourrait donc être soulevée sans qu'un intérêt ne soit démontré.

D'une part, les parties intervenantes contestent que le grief invoqué par la requérante, à savoir «l'égalité de traitement des soumissionnaires» dans le cadre du contrôle de la normalité des prix touche à l'ordre public.

En effet, Votre Conseil a déjà jugé :

- qu'un moyen pris d'une prétendue violation du principe d'égalité des soumissionnaires, n'est pas d'ordre public (CE, arrêt n° 185.218 du 8 juillet 2008);
- qu'un moyen relatif à une méconnaissance des dispositions en matière de contrôle de normalité des prix n'est également pas d'ordre public (CE, arrêt n° 203.721 du 6 mai 2010).

D'autre part, il est à noter que la modification des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat par la loi du 20 janvier 2014 consacre toutefois le principe selon lequel «Les irrégularités visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.»

Or, aucune de ces hypothèses n'est rencontrée ici.

La doctrine en déduit que la nouveauté apportée par cette loi vise «les moyens pris d'une violation d'une formalité prescrite à peine de nullité ou d'une règle d'ordre public qui ne devraient plus être pris en compte que si cela présente un quelconque intérêt au requérant.» (J. SOHIER, Manuel des procédures devant le Conseil d'état, Kluwer, 2014, p.68).

La requérante ne justifie donc pas de l'intérêt à soulever cette partie du moyen.

Les parties intervenantes contestent également le deuxième grief invoqué par la requérante, relatif à la vérification des prix des soumissionnaires pour les postes les plus importants du marché.

En effet, «le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de détection des prix anormaux. Ce pouvoir concerne tant l'actionnement de la procédure de vérification que l'analyse des justifications produites par le soumissionnaire concerné.» (J. SOHIER, Manuel des procédures devant le Conseil d'Etat, Kluwer, 2014, p.68) (cfr. également C.E. n° 226.235, 28 janvier 2014).

Selon une jurisprudence bien établie de Votre Conseil (CE, arrêt n° 221.222 du 29 octobre 2012), «il n'appartient pas au Conseil d'Etat de décider si un prix est anormal ou non, mais seulement de rechercher si le pouvoir adjudicateur a éventuellement commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas un prix pour apparemment anormal.» (cfr. également CE, arrêt n° 222.635 du 26 février 2013 et arrêt n° 222.782 du 8 mars 2013).

Comme indiqué ci-avant, la lecture des pièces du dossier ne démontre pas que le pouvoir adjudicateur soupçonnait tel ou tel poste du marché d'anormalité.

En l'occurrence, le seul fait que certains prix unitaires des offres des soumissionnaires s'écartaient de plus de 15% de la moyenne des offres ne permet pas de soutenir, comme le fait la requérante, que ces prix devaient nécessairement être soupçonnés d'irrégularité. La réglementation n'impose rien en ce sens.

Dans son arrêt n° 222.782 du 8 mars 2013, Votre Conseil a d'ailleurs observé que l'art. 110, § 3, de l'A.R. du 8 janvier 1996 (qui correspond aujourd'hui à l'art. 21, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011) :

«n'impose au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires que si il entend écarter son offre en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient (...) et laisse au pouvoir adjudicateur le pouvoir d'appréciation de la normalité ou de l'anormalité des prix offerts, notion relative s'il en est».

Le rapport d'attribution prévoit que :

«Notre analyse porte, principalement, sur les postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 EUR et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15% (repris en vert dans le tableau) ou de +15% (repris en orange dans le tableau).

Nous estimons, en effet, que les prix remis pour les autres postes, et éventuellement anormalement bas ou hauts, ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission».

Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a fait un usage tout à fait raisonnable de ce pouvoir d'appréciation dans la vérification de la normalité des prix et a, par ailleurs, strictement respecté le principe d'égalité de traitement dans la mesure où il a appliqué les règles de manière parfaitement identique entre l'ensemble des soumissionnaires et, en tous les cas, entre le soumissionnaire pressenti, à savoir la SM SODRAEP et consorts et la société COLAS, requérante.

La décision du pouvoir adjudicateur de procéder à un examen approfondi de la composition de certains postes considérés comme plus importants pour le marché n'est pas critiquable.

Dès lors que le pouvoir adjudicateur ne soupçonnait pas ces prix d'anormalité, il ne devait pas interroger les soumissionnaires concernés :

«il est donc impératif de ne pas demander la production de justifications lorsque le pouvoir adjudicateur n'envisage pas d'écarter l'offre concernée en l'absence d'élément suffisamment probant d'anormalité d'un prix.» (Y. CABUY & csrts, Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, Larcier, 2013, p.544, n° 812)

Enfin, on soulignera encore que Votre Conseil a déjà jugé (C.E. n° 218.210 du 27 février 2012) que le pouvoir adjudicateur est parfaitement en droit de cibler la demande de justification des prix à certains postes stratégiques, dont la valeur dépasse par exemple certains seuils :

«Dans le cadre de la compétence discrétionnaire large dont bénéficie le pouvoir adjudicateur, la décision de la partie adverse à ne solliciter de justification des prix auprès des soumissionnaires que si certains seuils sont dépassés, n'excède pas les limites de l'appréciation consciencieuse. Par ce moyen, la partie adverse n'a pas établi une limite absolue sur base de laquelle elle a conclu à l'anormalité des prix; elle a seulement choisi de définir une limite sur base de laquelle elle a mené un contrôle des prix dans le dossier concret » (Traduction libre : « In het kader van de ruime discretionaire bevoegdheid waarover de aanbestedende overheid beschikt,

lijkt de beslissing van verwerende partij om over te gaan tot het opvragen van een prijsverantwoording bij beide inschrijvers indien voormelde drempels worden overschreden, de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan. Hiermee lijkt verwerende partij geen absolute grens vast te stellen op basis waarvan zij besluit tot het abnormaal karakter van de prijzen; het lijkt slechts een gekozen grens te betreffen op basis waarvan zij in het concrete dossier beslist een prijsonderzoek te voeren»).

Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par Votre Conseil, notamment par ses arrêts n° 224.305 du 9 juillet 2013 et n° 225.615 du 26 novembre 2013.

La réglementation n'impose donc pas de rejeter la régularité d'une offre pour prix anormal dans la mesure où le poste unitaire détecté comme anormal est de minime importance et ne peut guère avoir d'incidence sur l'économie du marché et/ou la comparaison des offres.

*A fortiori*, il convient d'admettre le principe qu'un pouvoir adjudicateur soit dispensé de s'engager plus avant dans l'examen de la normalité de prix unitaires, dès lors que ceux-ci ne peuvent, en toutes hypothèses, pas avoir d'incidence sur l'attribution du marché, ni fausser la concurrence.

Dans un arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015, société momentanée GALERE-CEI DE MEYER, Votre Conseil a encore parfaitement validé ce raisonnement :

«Concernant la seconde irrégularité dénoncée, l'article 21, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques fait obligation au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres. L'article 21, § 3, alinéa 2, prévoit que : "Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long". Il découle de cette disposition que ce n'est qu'à l'issue de la vérification et uniquement si celle-ci fait apparaître des prix semblant anormalement bas ou élevés que le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire concerné à s'en expliquer. Encore cette invitation à s'expliquer ne s'impose-t-elle à lui que pour autant qu'il considère que cette anormalité est de nature à justifier que l'offre en cause soit écartée».

Il est enfin parfaitement inexact de soutenir comme le fait la requérante, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à la comparaison d'offres irrégulières parce qu'elles contiendraient des prix anormaux.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré qu'il existait des prix anormaux, que ce soit dans le chef de la SM SODRAEP et consorts ou de la SA COLAS !

Le pouvoir adjudicateur a, au contraire, uniquement expliqué les raisons pour lesquelles il n'envisageait pas, en toute hypothèse, de poursuivre les investigations quant à la normalité des prix des postes unitaires les moins importants eu égard à l'absence d'incidence potentielle de ceux-ci sur un écartement des offres.

Le moyen en sa première branche n'est pas fondé".

## V.2.2. Réfutation de la seconde branche du moyen unique

### A. Par la partie adverse

La partie adverse considère à nouveau que la seconde branche du moyen unique repose sur une lecture ou une compréhension erronées de certaines pièces du dossier et qu'elle n'est fondée ni en fait, ni en droit.

Elle développe comme suit son argumentation :

#### " a. L'objet du moyen

La seconde branche du moyen unique se fonde sur le postulat selon lequel la partie adverse aurait «manifestement autorisé l'adjudicataire pressenti à faire état d'éléments nouveaux et, partant, à modifier son offre en méconnaissance flagrante des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires».

La partie requérante estime, au départ de ce postulat, que la partie adverse «érige irrégulièrement la "qualité du planning" en un critère d'attribution», alors qu'à l'en croire, l'exigence de production d'un planning devrait «s'analyser comme une condition de régularité des offres».

#### b. La nature des informations sollicitées par la partie adverse

La partie requérante peut, tout d'abord, être approuvée lorsqu'elle analyse l'article 6. Critères d'attribution du Cahier spécial des Charges n° 2M12-28/00, qu'elle reproduit en sa requête en suspension, comme «une simple formule mathématique qui n'implique de la part de la partie adverse aucune appréciation quant à la qualité du contenu du planning proposé par le soumissionnaire».

La partie adverse n'a, d'ailleurs, jamais envisagé autrement la mise en œuvre des critères d'attribution qu'elle avait elle-même fixés, comme le confirment le tableau récapitulatif, dressé sur des bases strictement arithmétiques, et le «classement des entreprises selon application des critères d'attribution» repris en page 11 sur 23 du «rapport d'analyse des offres».

Dans le cadre de la comparaison à laquelle ils ont procédé, les auteurs de projet ont toutefois entendu, compte tenu notamment de l'importance du délai pour le classement des offres, obtenir auprès des trois soumissionnaires qui avaient obtenu le meilleur classement certaines informations complémentaires relatives aux réductions de délai qu'ils proposaient tous trois, afin d'apprécier au mieux le caractère raisonné et la faisabilité de ces délais réduits.

C'est dans ce contexte que la partie requérante, par exemple, a spécifié par sa lettre recommandée du 3 avril 2015 que «Le délai que nous vous avons proposé est basé sur des journées de 10 heures», option qui, de manière logique, ne figurait pas dans sa soumission.

L'article 8.1.10 du Cahier spécial des Charges prescrivait par ailleurs que :

«Les offres parviennent au pouvoir adjudicateur accompagnées des documents suivants :

(...)

8.1.10. Un planning détaillé (GANTT) des travaux permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution».

En sa soumission du 9 octobre 2014, l'adjudicataire pressenti a joint, en annexe 11, un «Planning détaillé permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution», sous la forme attendue d'un planning GANTT.

Ce planning prévisionnel, subdivisé en 13 tâches, répondait adéquatement aux caractéristiques d'un «diagramme de GANTT», telles qu'elles sont exposées par le site Gantt.com :

«Chaque tâche est matérialisée par une barre horizontale, dont la position et la longueur représentent la date de début et la date de fin.

Ce diagramme permet donc de visualiser d'un seul coup d'œil :

- Les différentes tâches à envisager
- La date de début et la date de fin de chaque tâche
- La durée escomptée de chaque tâche
- Le chevauchement éventuel des tâches, et la durée de ce chevauchement
- La date de début et la date de fin du projet dans son ensemble»,

et respectait donc les exigences formelles définies par le Cahier spécial des Charges.

A l'occasion de sa demande de vérification (et dans le même esprit que la demande de «communiquer les moyens en machines et en main d'œuvre (...) que vous vous engagez à mettre à disposition simultanément (...)» adressée aux trois soumissionnaires, précisions qui ne figuraient pas dans les soumissions...), la partie adverse a invité l'adjudicataire pressenti à détailler de manière plus précise le planning déposé en sa soumission.

La société momentanée SODRAEP - EUROVIA - WANTY - T.R.B.A. a donc transmis, pour faire suite à cette demande, par sa lettre du 2 avril 2015, le «Détail des 13 postes globaux du planning», sans modifier aucunement notamment les échéances des tâches.

La réponse apportée ne pouvait donc être interprétée que comme une «précision» licite, et conforme à l'enseignement de la doctrine, qui considère à juste titre que :

«A ce titre, le pouvoir adjudicateur est en droit d'accepter que le soumissionnaire dise plus dans les documents complémentaires que dans les documents originaux ou révèle une performance déterminée existante.

(...)

Le respect de l'égalité entre soumissionnaires n'est pas compromis lorsque la précision de l'offre met en avant des avantages que n'exprimait pas l'offre déposée initialement mais qui étaient contenus dans celle-ci en dehors de toute modification matérielle» (Delvaux, Dewolf e.a., Commentaire Pratique de la Réglementation des Marchés Publics, 7<sup>ème</sup> édit. 2014, tome 1b, page 1444, n° 18).

Il se déduit des éléments qui précèdent que la seconde branche du moyen unique n'est pas non plus sérieuse, et que le recours en suspension doit être déclaré non fondé».

## B. Par les parties intervenantes

Les parties intervenantes considèrent également que la deuxième branche du moyen unique est dépourvue de tout fondement.

A l'appui de leur affirmation, elles font valoir ce qui suit :

- " Le Cahier spécial des charges adopté par la partie adverse sollicitait que les offres des soumissionnaires soient accompagnées d'un «planning détaillé (GANTT) des travaux permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution» (p. 16, art. 8.1.10).

Les parties intervenantes ont bien déposé, à l'appui de leur offre du 9 octobre 2014, un planning des travaux de type GANTT.

La requérante ne le conteste pas mais soutient que la partie adverse aurait nécessairement dû considérer que le planning déposé par les parties intervenantes était «peu détaillé, voire largement insuffisant du point de vue des exigences du Cahier spécial des charges».

Force est tout d'abord de constater que le Cahier spécial des charges ne définit pas le degré de détail qui était attendu des soumissionnaires, autrement que par l'obligation de déposer un planning de type GANTT.

A cet égard, deux éléments préalables doivent être rappelés :

- D'une part, la raison d'être de la transmission de ce planning était uniquement, suivant le C.S.C., de permettre au pouvoir adjudicateur de pouvoir «évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution».

Or, il a déjà été indiqué que la réduction du délai d'exécution proposée par les parties intervenantes était de 200 jours calendrier, soit exactement la même durée que celle proposée par la requérante. (cfr. rapport d'analyse des offres, p.13)

Que ce soit pour la requérante ou pour les parties intervenantes, le pouvoir adjudicateur a conclu dans son rapport d'analyse des offres qu'un tel délai d'exécution était justifié à suffisance (rapport d'analyse des offres, p.13).

Le planning GANTT remis par les parties intervenantes reprend et détaille la réduction de délai de 200 jours calendrier proposée dans leur offre ; la requérante ayant proposé exactement la même réduction de délai que les parties intervenantes, elle est malvenue de prétendre que le planning transmis par les parties intervenantes pour justifier le raccourcissement du délai d'exécution ne serait pas suffisamment détaillé et, dès lors, justifierait l'écartement de leur offre.

- D'autre part, le degré de précision du planning à transmettre est à relativiser. La partie adverse elle-même indiquera dans son courrier du 24 mars 2015 aux parties intervenantes qu'elle souhaitait uniquement un «planning d'intention».

En aucune manière, il n'était exigé des soumissionnaires que ceux-ci fournissent le programme précis des travaux à exécuter dans le cadre de ce marché.

En effet, le programme complet des travaux relatifs à l'ensemble de l'entreprise devra être fourni dans un délai postérieur, à savoir dans les 15 jours calendrier qui suivent l'approbation de l'offre de l'attributaire (cfr. C.S.C., art. 36, p.25).

Le CSC précise encore (cfr. CSC, art. 36, p.25) que ce programme comprendra notamment un diagramme de GANTT décrivant le tableau des activités :

- \* Un tableau renseignant :  
L'activité.  
La durée proposée, les délais étant exprimés en jours ouvrables.  
Les débuts et fins des activités au plus tôt et au plus tard.
- \* Le tableau des activités transposé en diagramme Gantt :  
Dès que l'ordre de service est délivré, ce tableau est complété par des repères «calendrier».

Une remise à jour du programme est effectuée par l'entrepreneur toutes les quinzaines et à chaque modification importante, de commun accord entre parties, et ce pendant toute la durée de l'entreprise.

L'unité de temps dans ce planning est la semaine. Le planning est accompagné des plans montrant les phases successives d'exécution proposées pour assurer à tout moment la circulation des véhicules. Il tient compte des périodes de congés payés et de la nécessité de réaliser certains travaux lors des conditions atmosphériques favorables.

Cette exigence complète l'article 36 du C.C.T. Qualiroute (<http://qc.spw.wallonie.be/fr/qualiroutes/>) lequel précise (en page 27) ce qui suit :

«1. Planning des travaux

Sauf disposition contraire du cahier spécial des charges, l'adjudicataire fournit au fonctionnaire dirigeant le planning des travaux dans les quinze jours de calendrier qui suivent la notification de l'approbation de son offre».

En l'occurrence la seule exigence de détail fixée par le C.S.C. était le fait que le planning devait être établi sous forme de diagramme de GANTT (C.S.C., p. 16, art. 8.1.10).

Or, pour rappel :

«Le diagramme de Gantt, couramment utilisé en gestion de projet, est l'un des outils les plus efficaces pour représenter visuellement l'état d'avancement des différentes activités (tâches) qui constituent un projet. La colonne de gauche du diagramme énumère toutes les tâches à effectuer, tandis que la ligne d'en-tête représente les unités de temps les plus adaptées au projet (jours, semaines, mois etc.). Chaque tâche est matérialisée par une barre horizontale, dont la position et la longueur représentent la date de début, la durée et la date de fin.

Ce diagramme permet donc de visualiser d'un seul coup d'œil :

- Les différentes tâches à envisager
- La date de début et la date de fin de chaque tâche
- La durée escomptée de chaque tâche
- Le chevauchement éventuel des tâches, et la durée de ce chevauchement
- La date de début et la date de fin du projet dans son ensemble

En résumé, un diagramme de Gantt répertorie toutes les tâches à accomplir pour mener le projet à bien, et indique la date à laquelle ces tâches doivent être effectuées (le planning)».

Il ressort de l'offre déposée par les parties intervenantes que celles-ci ont bel et bien respecté cette exigence lors du dépôt de leur offre. Elles ont déposé un planning d'exécution des travaux, sous forme de diagramme de GANTT, démontrant que ceux-ci seront réalisés en 200 jours calendrier.

Il est donc inexact de soutenir que leur offre serait contraire aux exigences du Cahier spécial des charges.

Pour le surplus, le Cahier spécial des charges ne donne pas d'autres éléments objectifs d'appréciation du degré de détail du planning à déposer.

Dans la mesure où la partie adverse n'a pas autrement déterminé le degré de détail du planning à déposer, il n'apparaît pas, en droit, que l'offre des parties intervenantes aurait pu être rejetée pour une irrégularité.

A cet égard, on peut se référer par analogie à la jurisprudence de Votre Conseil (Voir p.ex. CE, arrêt n° 226.574 du 27 février 2014) en ce qui concerne l'obligation

pour le pouvoir adjudicateur de fixer des seuils minima précis à atteindre par les soumissionnaires en ce qui concerne les critères de sélection qualitative des marchés. Il est désormais acquis qu'un pouvoir adjudicateur ne peut pas, sous peine de violer les obligations de transparence et d'égalité, refuser de sélectionner des soumissionnaires à un marché sur base de critères de sélection rédigés de manière vague ou sans seuil précis.

Cette jurisprudence est déduite de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui indique notamment que :

«la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres»(C.J.U.E., 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, pt 93).

Un tel raisonnement est également applicable en l'espèce. Dès lors que l'exigence de déposer un planning détaillé n'est autrement expliquée que par la nécessité que ce planning soit sous format GANTT et qu'aucun autre élément objectivable ne définit le degré de détail attendu, il serait contraire à l'égalité et à la transparence qu'un pouvoir adjudicateur puisse déclarer irrégulière l'offre d'un soumissionnaire, sous prétexte que le planning déposé ne serait pas assez «détaillé».

Les parties intervenantes contestent donc que leur offre pourrait être considérée comme irrégulière.

A titre extrêmement subsidiaire, quand bien même faudrait-il considérer que le planning déposé par les parties intervenantes ne serait pas conforme aux exigences du Cahier spécial des charges, *quod non*, les parties intervenantes constatent qu'une telle irrégularité ne pourrait pas être qualifiée de «substantielle ».

Suivant la jurisprudence de Votre Conseil (cfr. notamment arrêt n° 223.301 du 26/04/2013), l'article 110 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 (dont l'article 95 de l'AR du 15/07/2011 reprend les dispositions) :

«établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir notamment celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal, celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges, mais également celles dont la méconnaissance peut avoir pour effet d'affecter la comparabilité des offres ou de porter atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires. Il incombe au pouvoir adjudicateur d'apprécier si une dérogation au cahier spécial des charges peut avoir une incidence sur la comparabilité des offres ou le principe d'égalité entre les soumissionnaires, de telle sorte que la prescription ainsi méconnue doive être tenue pour essentielle au sens de l'article 110, paragraphe 2.»

La doctrine (Y.CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL, M. VASTMANS, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, Larcier, 2013, p.536-537), se fondant sur la jurisprudence de Votre Conseil, énumère cinq critères qui permettent de qualifier une irrégularité de substantielle :

- «a) L'incidence de l'irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?
- b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle le classement ? (...)
- c) Rend-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?

- d) La prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respectée est-elle ou non fondamentale ? (...)
- e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges était-elle bien d'écarter l'offre en cas de non-respect de la formalité ou de la disposition ? (...)

Si la réponse à l'une de ces questions est positive, l'irrégularité constatée est bien substantielle.»

Or, d'une part, comme le reconnaît elle-même la requérante dans sa requête, le contenu du planning proposé par les soumissionnaires n'avait pas d'effet sur la formule de cotation des offres, prescrite par le C.S.C.

Le contenu de ce planning n'avait d'autre objet que de s'assurer que la réduction de délai proposée était réalisable, ce que la requérante ne peut nier ayant proposé le même délai d'exécution.

Dès lors, la qualité du contenu du planning à transmettre par les soumissionnaires ne permettait pas d'avantager ou de désavantager un soumissionnaire, elle ne modifiait pas le classement des offres et elle n'affectait pas la comparabilité de ces offres.

D'autre part, il ne pouvait être considéré que la prescription du C.S.C. était fondamentale ou considérée par le pouvoir adjudicateur comme telle. En effet, ce planning ne servait qu'à définir des intentions, lesquelles pourraient être complétées ou, le cas échéant, adaptées dans le programme complet des travaux à établir dans les 15 jours qui suivent l'attribution du marché. Par ailleurs, la production de ce planning n'était pas exigée à peine de nullité par le Cahier des charges. Au contraire, d'autres documents, tel le plan de sécurité et de santé, devaient être joints à l'offre «sous peine de nullité absolue» (CSC, p.21).

En conclusion, s'il fallait considérer que l'offre des parties intervenantes était affectée d'une irrégularité par rapport aux exigences du C.S.C., *quod non*, le pouvoir adjudicateur était libre d'apprécier souverainement si cette irrégularité, non-substantielle, pouvait être couverte, ce qu'il a fait.

En adressant le 24 mars 2015, des demandes de précision aux soumissionnaires, la partie adverse n'a pas violé le prescrit de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15/07/2011.

Pour rappel, selon cette disposition :

«Le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier».

En l'occurrence, la partie adverse n'a pas demandé aux parties intervenantes de modifier leur offre. Leur prix et réduction de délai n'ont pas été modifiés et le classement des offres n'a pas été affecté.

La partie adverse a uniquement demandé plus de détails quant au planning d'intention des parties intervenantes, dans le seul but de vérifier la pertinence de la réduction de délai annoncée par les parties intervenantes dans leur offre.

Il s'agissait donc bien de solliciter des précisions quant à ce planning, au sens de l'article 96, § 4, AR 15/07/2011.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur a parfaitement respecté une égalité de traitement entre la partie requérante et les parties intervenantes puisqu'il a également interrogé la partie requérante et sollicité de celle-ci des précisions/justifications en ce qui concerne la réduction de délai proposée (d'ailleurs identique à celle des parties intervenantes).

Le pouvoir adjudicateur a donc mené des vérifications de la pertinence du délai revendiqué par les soumissionnaires dans leurs offres de manière totalement transparente et égalitaire.

Ces demandes étaient donc parfaitement conformes à la réglementation.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la référence aux articles 21 et 99 du même arrêté royal, contenue dans ce courrier pour fixer un délai de réponse, n'a aucune influence sur la légalité de cette demande.

Le moyen unique, seconde branche, n'est pas sérieux".

### V.3. Synthèse des plaidoiries à l'audience

#### A. En ce qui concerne la requérante

La requérante confirme l'ensemble des griefs invoqués dans sa requête à l'appui des deux branches de son moyen unique et conteste fermement le fait qu'elle se serait livrée à une lecture erronée ou incomplète du rapport d'analyse des offres de même que d'autres pièces établies par la partie adverse ou par l'auteur du projet mandaté par celle-ci et figurant, par ailleurs, au dossier administratif.

S'agissant de la première branche du moyen, elle relève à cet égard qu'il y a peut-être eu une confusion dans le chef de la partie adverse et de l'auteur de projet, mais que ce rapport ou ces pièces laissent peu de place à l'interprétation. Il y a bien eu un contrôle du caractère "anormal" des prix au sens de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ce que confirme la rubrique 8.2 du rapport d'analyse des offres, si ce n'est que ce contrôle a été, à tort, limité aux trois soumissionnaires dont les offres avaient été jugées les plus avantageuses. Il y a, par ailleurs, bien eu, à l'issue de cette première étape, une demande de justification envoyée aux trois soumissionnaires, et ce au sujet de prix *a priori* considérés comme "anormalement haut" ou comme "anormalement bas". Les courriers du 24 mars 2015 adressés à ces soumissionnaires font par ailleurs expressément mention des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La partie adverse a, par ailleurs, manqué à son devoir de minutie en limitant les postes du métré pour lesquelles une demande de justification a été formulée, comme l'atteste le poste 6 de la rubrique 1 du tableau comparatif des offres dont il a été fait état dans la requête. Elle n'établit pas non plus avoir dûment procédé à l'examen du bien-fondé des justifications données par les soumissionnaires concernés et la motivation formelle succincte qui a été donnée sur ce point n'est de toute évidence pas adéquate.

S'agissant de la seconde branche du moyen, la requérante considère qu'il ressort des pièces figurant dans le dossier que l'adjudicataire pressenti a bien été invité, en application de des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, à

détailler beaucoup plus précisément son planning d'intention, alors qu'une telle demande aurait dû être faite sur la base de l'article 96, § 4, du même arrêté, qui est relatif à l'examen de la régularité des offres. Ce faisant, la partie adverse aurait dû nécessairement constater que la justification donnée par l'adjudicataire pressenti revenait à une modification de son offre, ce que l'article 96, § 4, précité n'autorise pas. Quoi qu'il en soit, la motivation formelle avancée par la partie adverse à ce sujet n'est pas non plus adéquate.

## B. En ce qui concerne la partie adverse

La partie adverse maintient l'ensemble de l'argumentation développée dans sa note d'observations et fondée sur une lecture ou une compréhension erronées de certaines pièces du dossier dans le chef de la requérante.

S'agissant de la première branche du moyen, la partie adverse confirme qu'elle n'a, à aucun moment, envisagé l'écartement de quelque offre que ce soit du chef d'anormalité des prix offerts. Elle a, au contraire, procédé à une simple vérification des prix proposés (voir le rapport d'analyse des offres – 8.2. Recherche des prix anormalement bas et hauts) pour s'assurer qu'une exécution conforme aux documents du marché était possible pour les prix remis. Elle concède, à cet égard, que le renvoi expresse à l'article 21, § 3, et à l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est regrettable, mais qu'il s'agit évidemment d'une simple erreur de plume. En ce qui concerne le procédé retenu pour déterminer les prix unitaires de certains postes qui ont été soumis à la vérification par l'auteur du projet (voir le tableau comparatif des prix qui figure à l'annexe 6 du rapport d'analyse des offres et dont la légende fait expressément état de prix anormalement "dits" hauts et de prix anormalement "dits" bas), la partie adverse insiste sur le fait que ce procédé a été déterminé après qu'il ait été conclu qu'il n'y avait aucune suspicion de prix anormal et que la sélection des postes a été opérée de manière volontairement abstraite et exclusivement arithmétique. L'intention était bien la suivante : vous avez remis des prix – Comment allez vous faire pour assurer la bonne exécution au regard des prix ainsi remis ? Par ailleurs, le choix de ne pas poser cette même question pour les prix qui n'atteignent pas 20.000 euros ne peut pas non plus être considéré comme manifestement déraisonnable au regard du montant total du marché litigieux. A cet égard, le seul exemple donné par la requérante, et relatif au poste 6 de la rubrique 1 du tableau comparatif des offres, se retourne en réalité contre elle : les parties intervenantes ont en effet remis un prix qui est le plus proche de celui qui avait été estimé par le pouvoir adjudicateur pour cette offre et qui n'était assurément pas "anormalement haut". La partie adverse rappelle également qu'il n'y a pas d'obligation de motivation formelle au stade préliminaire de la vérification générale des prix offerts.

S'agissant de la seconde branche du moyen, la partie adverse maintient que l'adjudicataire pressenti a bien produit à l'appui de son offre un planning de GANNT, respectant ainsi les exigences formelles du cahier spécial des charges (article 8.1) et qu'il ne lui a été adressé qu'une simple demande d'informations complémentaires au vu de l'importance du délai de réalisation pour le classement des offres. Ce n'est donc que le détail de ce planning qui a été demandé et ce, sans modification matérielle de l'offre.

### C. En ce qui concerne les parties intervenantes

S'agissant de la première branche du moyen, les parties intervenantes rappellent, qu'en vertu de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, une demande d'information permettant de vérifier l'offre pouvait être adressée aux soumissionnaires sans que cela n'implique que certains prix auraient été considérés comme anormaux par le pouvoir adjudicateur. Elles mettent, par ailleurs, l'accent sur ce que la thèse de la requérante repose sur un postulat inexact, à savoir que, dans le cadre d'une procédure de contrôle de la normalité des prix, il fallait nécessairement interroger l'ensemble des soumissionnaires. Elles considèrent, en tout état de cause, que le principe de l'égalité des soumissionnaires n'est pas d'ordre public et que la requérante n'a pas d'intérêt à invoquer la violation de ce principe du fait que les trois soumissionnaires qui n'ont effectivement pas été interrogés sont, quoi qu'il en soit, classés après elle. En l'espèce, les parties intervenantes considèrent que le pouvoir adjudicateur a bien procédé au contrôle de la normalité des prix sans y trouver de suspicion et qu'il est ensuite passé à autre chose dans le cadre de l'analyse ultérieure des offres régulières qu'il avait décidé de retenir, dont celle de la requérante et celle des parties intervenantes. Ceci ressort clairement de la légende qui accompagne le tableau comparatif des prix et qui fait usage du mot "dit". Il n'y a donc pas eu d'erreur manifeste d'appréciation à considérer les trois premières offres comme régulières et un pouvoir adjudicateur est parfaitement en droit de cibler une demande de justification des prix à certains postes stratégiques, comme, par exemple, ceux dont la valeur dépasse certains seuils. Il y a donc là une simple justification de ce qu'il n'est pas utile de poursuivre des investigations quant à la normalité des prix des postes unitaires les moins importants. A ce sujet, le seul exemple donné par la requérante pour fonder sa thèse, et qui est tiré du poste 6 de la rubrique 1 du tableau comparatif des prix, ne tient pas la route. Enfin, à supposer même qu'il y ait lieu d'accepter la thèse de la requérante, il n'est pas incorrect, comme exposé dans la requête en intervention, de procéder à une certaine sélection des postes dans le cadre d'un contrôle de la normalité des prix.

S'agissant de la seconde branche du moyen, les parties intervenantes rappellent tout d'abord que le délai indiqué dans leur planning d'intention est le même

que celui de la requérante, à savoir 200 jours, qu'elles ont bien remis, comme demandé dans le cahier spécial des charges, un planning d'intention établi sous la forme d'un planning de GANTT et que ce document n'était en tout état de cause pas prescrit à peine de nullité absolue de l'offre. L'information complémentaire qui a été sollicitée auprès des parties intervenantes n'est donc pas une demande formulée dans le cadre de l'application des articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, mais bien une invitation faite de préciser ou de compléter l'offre déposée, en application de l'article 96, § 4, du même arrêté. La manière dont les parties intervenantes ont répondu à cette invitation ne peut pas non plus être considérée comme une modification de l'offre initiale, notamment du seul fait que le délai annoncé dans l'offre est resté le même. En conclusion, les parties intervenantes considèrent que la requérante reste en défaut d'établir l'existence d'une irrégularité et, en tout état de cause, d'établir le seuil objectif de celle-ci. Quoi qu'il en soit, il ne pourrait de toute façon pas être considéré que, si irrégularité il devait y avoir, celle-ci devrait en outre pouvoir être qualifiée de "substantielle", et ce au regard des critères dégagés en la matière. Les parties intervenantes relèvent enfin que des justifications ont aussi été demandées à la requérante à ce stade de l'examen des offres par le pouvoir adjudicateur.

#### V.4. Décision du Conseil d'Etat

##### A. Sur la première branche du moyen unique

Il ressort de l'ensemble des arguments échangés par les parties que le nœud du débat réside dans la question de savoir si la partie adverse, et l'auteur de projet auquel elle a fait appel, ont ou non correctement exercé le large pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu, d'autant plus en cas de procédure d'appel d'offres ouvert, dans le cadre de leur devoir de procéder au contrôle de la normalité des prix, et ce, en application de l'article 21 de l'arrêté royal du 5 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. La partie adverse estime qu'en dépit de la référence malheureuse à l'article 21, § 3, de l'arrêté royal précité dans les courriers adressés aux soumissionnaires le 24 mars 2015, elle n'a nullement estimé que des prix étaient anormaux mais a simplement demandé des "indications" sur certains prix comme le permet l'article 21, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle n'a donc accompli que la première étape de la procédure de contrôle de la normalité des prix, à l'issue de laquelle elle n'a détecté aucune suspicion de prix anormaux. Par contre, l'ensemble de l'argumentation de la requérante part du constat de ce que la partie adverse aurait estimé une série de prix comme étant anormalement hauts ou anormalement bas, ce qui l'aurait amenée à procéder, mais de manière incorrecte, à la seconde étape de la procédure de contrôle de la normalité des prix, à savoir l'invitation faite aux soumissionnaires concernés de justifier, en application des

articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les différents prix remis pour les postes du métré mentionnés dans les courriers du 24 mars 2015. Les parties intervenantes s'en réfèrent globalement à la position défendue par la partie adverse.

A cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose comme suit :

" Art. 21. § 1<sup>er</sup>. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§ 2. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

[...]."

S'agissant par ailleurs d'une procédure d'appel d'offres ouvert, il convient d'avoir également égard à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en application duquel :

" Art. 95. § 1<sup>er</sup>. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1<sup>er</sup>, 51, § 2,

52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1<sup>er</sup> ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1<sup>er</sup>, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

En ce que les courriers du 24 mars 2015 précités font également expressément référence à l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, auquel il est aussi renvoyé dans l'article 95, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du même arrêté royal, il y a lieu d'observer ce qui suit : le paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article se limite à rappeler que le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et ce après que le pouvoir adjudicateur a rectifié les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres; quant au paragraphe 2, relatif à la règle des 15 %, il ne trouve à s'appliquer qu'aux procédures d'adjudication, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il résulte donc des deux articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, invoqués dans son moyen par la requérante que, d'une part, le pouvoir adjudicateur est tenu à la vérification des prix, et que, d'autre part, il est tenu de déclarer irrégulière une offre en cas de prix anormal dès lors que l'article 95, § 3, de l'arrêté fait de cette irrégularité une irrégularité substantielle, ce qui rend l'offre nulle en application de l'article 95, § 4, du même arrêté. Si dans le cadre de la vérification des prix, le pouvoir adjudicateur peut, en application de l'article 21, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, solliciter des "indications" au soumissionnaire concerné, il est en revanche tenu, en vertu du paragraphe 3 de la même disposition et avant d'écarter une offre, de solliciter la "justification" d'un prix qu'il a préalablement constaté être anormalement bas ou anormalement haut. *A contrario*, le pouvoir adjudicateur ne peut retenir une offre présentant un prix anormal que si, d'une part, le soumissionnaire a été invité à fournir des justifications sur ce prix, et que, d'autre part, ces justifications ont été, pour les motifs adéquats et pertinents qui doivent être inscrits dans sa décision, acceptées par le pouvoir adjudicateur. Le contrôle des prix apparemment anormaux, ainsi organisé, a essentiellement pour objet de vérifier si le

prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges, tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du délai, et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics. Dans ce contexte, et pour autant qu'il respecte les principes généraux d'égalité entre soumissionnaires et du raisonnable, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une latitude, tant pour procéder à un contrôle des prix que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications.

C'est dans le respect des dispositions et principes qui viennent d'être rappelés qu'il s'indique de vérifier le bon déroulement de la procédure qui a conduit à sélectionner l'offre des parties intervenantes.

En outre, il convient également de relever d'emblée que, nonobstant l'intention réelle qu'ont pu avoir la partie adverse et l'auteur de projet auquel celle-ci a fait appel dans les démarches qu'ils ont accomplies en vue de sélectionner l'offre des parties intervenantes, intention dont il a notamment été largement fait état dans la note d'observations et en en terme de plaidoiries, le Conseil d'Etat n'en doit pas moins, avant toute chose, fonder sa décision sur la manière dont s'est concrètement déroulée la procédure administrative en cause, de même que sur les pièces qui figurent dans le dossier de l'affaire et pour lesquelles la confidentialité n'a pas été demandée.

A cet égard, l'accent doit être mis sur les aspects suivants de la procédure suivie :

- six offres ont été remises ;
- le point 5 du rapport d'analyse des offres traite de la sélection qualitative des soumissionnaires selon l'avis de marché et se termine par la conclusion que tous les soumissionnaires sont sélectionnés qualitativement ;
- le point 6 du rapport d'analyse des offres est consacré à l'examen de la régularité des offres : la rubrique 6.1 aboutit à la conclusion que tous les soumissionnaires ont remis les documents demandés dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges, la rubrique 6.2 est consacrée à la vérification arithmétique des offres reçues et donc à la mise en évidence et à la correction des erreurs arithmétiques constatées, et la rubrique 6.3 intitulée "Conclusion sur la régularité des offres" reprend un classement arithmétique des différentes offres se terminant par les trois alinéas suivants : "En conclusion, les 6 entreprises ont remis la totalité des documents demandés et aucune anomalie n'est relevée au sujet de la régularité. C'est la raison pour laquelle nous pouvons considérer que toutes les offres remises sont régulières. Ce qui nous amène à analyser, ci-après, ces offres sur base des critères d'attribution" ;
- le point 7 procède à un nouveau classement des six entreprises en application des critères d'attribution fixés par l'article 6 du cahier spécial des charges ;

- le point 8 du rapport d'analyse des offres est ensuite consacré à l'analyse des trois offres régulières les plus avantageuses : la rubrique 8.1 procède à l'analyse du caractère moins-disant des trois offres retenues par rapport à l'estimation à laquelle avait procédé le pouvoir adjudicateur ; la rubrique 8.2, intitulée "Recherche des prix anormalement bas et hauts des 3 offres régulières les plus avantageuses", après avoir relevé que les trois offres ne sont pas à proprement parler considérées comme anormalement basses ou comme anormalement hautes, fait cependant expressément état de ce qui suit : "Néanmoins, malgré l'écart relativement faible entre ces offres et la moyenne calculée, nous avons tenu à demander certaines justifications comme repris dans les courriers de l'I.B.W. du 24/03/2105 repris à l'annexe 7. Cela permet, entre autres, d'obtenir les rendements escomptés et autres taux horaires de main-d'œuvre, pouvant servir de références aux éventuels décomptes proposés en cours de chantier. Notre analyse porte, principalement, sur les postes dont le montant global d'au moins un soumissionnaire est supérieur à 20.000 euros et dont l'écart du soumissionnaire par rapport à la moyenne pour ce poste dépasse de -15 % (repris en vert dans le tableau) ou de +15 % (repris en orange dans le tableau). Nous estimons en effet que les prix remis pour les autres postes, et éventuellement anormalement bas ou hauts, ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission" ; la rubrique 8.3, intitulée "Analyse des justifications de prix reçues des 3 entrepreneurs", est rédigée comme suit : "A la lecture attentive des réponses reçues de la part des 3 entreprises (voir annexe 8), celles-ci justifient tous les postes de manière détaillée comme demandé. Les fiches techniques transmises sont conformes aux prescriptions du C.S.C. et C.C.T. «Qualiroutes». Il est à noter que l'entreprise KUMPEN - ERAERTS compte, pour de nombreux postes, sur «un rabais attendu sur fourniture» pouvant aller de 5 à 15 %. Cela peut expliquer, en partie, la différence par rapport aux 2 autres entreprises. Les 3 entreprises répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées" ; la rubrique 8.4, consacrée à l'analyse du critère "délai d'exécution", arrive à la conclusion que les 3 entreprises répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées dans le cadre de ce critère ;
- le point 9 du rapport d'analyse des offres conclut notamment que toutes les offres sont qualitativement recevables et qu'elles sont toutes régulières ;
- enfin, les courriers du 24 mars 2015, adressés aux trois soumissionnaires retenus et dans lesquels il est notamment demandé à ces derniers de justifier toute une série de postes sélectionnés selon la méthode décrite à la rubrique 8.2 du rapport d'analyse des offres, comportent tous la mention suivante : "En application de l'article 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous prions de nous fournir une justification endéans les 12 jours de calendrier".

Au vu de la procédure d'attribution qui a ainsi été suivie, tout laisse à penser que le pouvoir adjudicateur, après avoir procédé à un contrôle de la régularité des offres dans le cadre duquel il n'apparaît cependant pas que ce pouvoir se serait expressément penché sur la "normalité" des prix remis (voir le point 6 du rapport d'analyse des offres), a ensuite procédé au classement des offres en faisant application des critères d'attribution du marché (voir le point 7 du rapport d'analyse des offres), avant d'en revenir de manière expresse à un processus de contrôle de la "normalité" des prix repris dans les trois offres régulières les plus avantageuses préalablement retenues (voir la rubrique 8.2 du rapport d'analyse des offres et les trois courriers du 24 mars 2015 précités). Même si la partie adverse, appuyée en ce sens par les parties intervenantes, fait expressément valoir que telle n'a pas été l'intention du pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat ne peut que constater, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, qu'un faisceau bien établi d'indices amène à considérer que le pouvoir adjudicateur a bien procédé, à un moment donné de la procédure d'attribution, à un contrôle de la "normalité" des prix remis par les soumissionnaires retenus, contrôle dans le cadre duquel il a bien décidé d'enclencher la procédure de justification prévue par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 : si, en substance, la partie adverse invoque n'avoir indiqué nulle part qu'elle aurait constaté qu'un prix était anormalement bas ou anormalement élevé, il résulte toutefois du tableau comparatif des offres (repris en annexe 6 du rapport d'analyse des offres) et de la légende qui l'accompagne que son auteur paraît bien avoir considéré comme anormalement bas ou hauts les prix surlignés, soit en vert, soit en orange foncé. A cet égard, l'on n'aperçoit pas en quoi la mention du mot "dit" dans la légende du tableau, qui indique "prix dit anormalement haut" ou "prix dit anormalement bas", aurait, par cela seul, pour effet d'exclure le constat, par le pouvoir adjudicateur, de l'anormalité de certains prix. Ceci est, à suffisance de droit, confirmé par le fait, d'une part, que la rubrique 8.2 du rapport d'analyse des offres est expressément intitulée "Recherche des prix anormalement bas et anormalement hauts des 3 offres régulières les plus avantageuses" et, d'autre part, qu'il est expressément fait usage de l'expression "prix [...] éventuellement anormalement bas ou hauts" dans le corps même de cette rubrique. Enfin, la mention figurant dans les trois courriers du 24 mars 2015 est, elle aussi, on ne peut plus claire, du fait qu'elle vise non seulement l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, relatif à la deuxième étape de la procédure de contrôle de "normalité" des prix, mais aussi l'article 99 du même arrêté royal, dont le paragraphe 1<sup>er</sup> renvoie, de manière expresse, à la procédure de vérification des prix conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Il s'ensuit que les divers griefs développés par la requérante à l'appui de la première branche de son moyen unique doivent effectivement être examinés en partant du constat que le pouvoir adjudicateur a bien enclenché la procédure prévue par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et non pas une procédure

visant à solliciter de simples "explications" sur certains prix, comme le permet le § 1<sup>er</sup> de ce même article.

Dans ce cadre, le premier grief invoqué par la requérante et fondé sur ce que l'ensemble des soumissionnaires aurait dû être impliqués dans le recours à la procédure prévue par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ne paraît pas sérieux. En effet, dans la mesure où il résulte du rapport d'examen des offres que l'attributaire du marché et que la requérante ont tous deux été interrogés sur leurs prix, le grief pris de ce que les autres soumissionnaires n'ont pas été interrogés ne présente pas d'intérêt pour la requérante. Même à supposer ce grief sérieux, il n'aurait effectivement pas de conséquence sur le classement des offres en ce qui concerne les trois premiers soumissionnaires classés, dont l'attributaire et la requérante. Pour le surplus, et compte tenu de l'argument qu'elle invoque à l'appui de son intérêt au moyen, à savoir que ce moyen serait d'ordre public, la requérante ne prétend pas qu'il y aurait eu violation du principe d'égalité entre ces trois soumissionnaires.

Le deuxième grief formulé par la requérante consiste à faire reproche à la partie adverse d'avoir, en vue de la détermination des postes pour lesquels une justification des prix remis a été demandée, fait choix d'une méthode qui a eu pour effet qu'aucune justification n'a été demandée pour certains postes qui pourraient éventuellement proposer des prix anormalement bas ou hauts mais qui "ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total du marché". Or, il résulte à cet égard du rapport d'analyse des offres que la partie adverse n'a pas procédé à la vérification de tous les prix, vu qu'elle n'exclut pas que, pour d'autres postes que ceux pour lesquels une vérification a été demandée, des prix soient "anormalement bas ou hauts" (voir le dernier alinéa de la rubrique 8.2 du rapport d'analyse des offre). Partant, le grief pris de la violation de l'article 21, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est sérieux car il n'est pas de nature à exclure que, si une telle vérification avait été effectuée, certaines offres auraient dû *in fine* être jugées irrégulières si le pouvoir adjudicateur avaient estimé l'un ou l'autre prix anormalement haut ou anormalement bas, à défaut de justifications raisonnables au sens de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. A cet égard, l'assertion émanant de la partie adverse selon laquelle d'autres prix anormalement hauts ou bas ne sont pas susceptibles de mettre en péril l'économie du chantier au vu de leur faible incidence sur le montant total de la soumission ne constitue, en aucun cas, une justification - *a priori* - de prix telle que requise par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Comme cela a été rappelé ci-avant, le contrôle des prix apparemment anormaux a précisément essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges, tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du délai. Si l'on peut par ailleurs admettre qu'un pouvoir adjudicateur bénéficie d'une certaine latitude

dans le contrôle des prix, encore faut-il toutefois que, s'il se dispense du contrôle de certains d'entre eux, ce soit au moins à la condition que ceux-ci ne puissent en aucun cas avoir d'incidence sur les principes constitutifs de cette obligation de vérification, dont notamment la bonne exécution des obligations découlant du marché en cause, tant au point de vue du délai qu'au point de vue technique. Or, il ne ressort pas de la motivation de l'acte attaqué, qui ne fait valoir que le faible montant de ces prix, qu'une telle vérification aurait bien eu lieu. Le deuxième grief apparaît, en conséquence, sérieux.

Le troisième grief repose sur le caractère inadéquat de la motivation formelle qui figure à la rubrique 8.3 du rapport d'analyse des offres pour ce qui concerne l'appréciation par la partie adverse du bien-fondé des justifications apportées par les trois soumissionnaires concernés par le recours à la procédure prévue par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il convient à cet égard de rappeler que l'appréciation qui conduit un pouvoir adjudicateur à admettre le bien-fondé des justifications données par un soumissionnaire au sujet de prix préalablement considérés comme anormaux doit faire l'objet d'une motivation adéquate et pertinente. Même si le pouvoir adjudicateur dispose donc en la matière d'un large pouvoir d'appréciation et même si le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur, il ne lui en revient pas moins de vérifier si la décision du pouvoir adjudicateur repose sur une motivation, tant matérielle que formelle, suffisante et adéquate et de censurer une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans son chef. En l'espèce, la motivation formelle de l'analyse des prix au regard des "justifications" avancées par les trois soumissionnaires interrogés, qui se limite tout d'abord à indiquer que les "fiches techniques sont conformes au C.S.C. et C.C.T. «Qualiroutes»", outre qu'elle semble davantage porter sur la conformité des offres, paraît largement insuffisante. Il en va de même de la simple affirmation selon laquelle il ressort, à la lecture attentive des réponses reçues de la part des trois entreprises, que celles-ci justifient tous les postes de manière détaillée comme demandé. Une telle formulation ne permet en effet pas de comprendre les raisons précises pour lesquelles la partie adverse a admis la pertinence des justifications fournies. Le troisième élément de la motivation formelle ne concerne que la seule entreprise KUMPEN-ERAERTS et ne peut donc constituer une motivation suffisante s'agissant des justifications fournies par l'adjudicataire pressenti. Enfin, la simple affirmation de ce que les trois entreprises "répondent de manière satisfaisante aux justifications demandées" relève plus de la simple clause de style que d'une motivation adéquate et pertinente.

En conclusion, il convient de considérer que les deuxième et troisième griefs invoqués par la requérante sont fondés et suffisent, à eux seuls, à conclure que

la première branche du moyen unique doit être considérée comme sérieuse sur ces deux points.

#### B. Sur la seconde branche du moyen unique

En application de l'article 8.1.10 du cahier spécial des charges, chaque soumissionnaire devait joindre à son offre un "planning détaillé (GANTT) des travaux permettant d'évaluer la pertinence du critère d'attribution relatif au délai d'exécution". Comme elles le font valoir dans leur requête en intervention, les parties intervenantes ont annexé à leur offre, en annexe 11, un planning prévisionnel qui répond adéquatement aux caractéristiques d'un "diagramme de GANTT, même s'il ne se subdivise qu'en treize tâches" et même s'il peut être qualifié de "plus général" que les plannings remis par les autres soumissionnaires. Il résulte par ailleurs de la rubrique 6.1 du rapport d'analyse des offres, consacrée à l'examen de la régularité des offres, plus précisément pour ce qui concerne l'analyse administrative des documents transmis par les soumissionnaires et demandés dans les documents du marché, que la partie adverse a expressément considéré que l'ensemble des soumissionnaires ont bien annexé à leur offre un "Planning détaillé GANTT". Il est d'ailleurs expressément considéré dans cette rubrique que "Tous les soumissionnaires ont remis les documents demandés dans l'avis de marché et le Cahier spécial des Charges". De même, dans la rubrique 6.3 du rapport d'analyse des offres, il est encore expressément fait état de ce qui suit : "En conclusion, les 6 entreprises ont remis la totalité des documents demandés et aucune anomalie n'est relevée au sujet de la régularité. C'est la raison pour laquelle nous pouvons considérer que toutes les offres remises sont régulières". Au stade de la suspension d'extrême urgence, il peut donc être considéré que le planning d'exécution remis par les parties intervenantes respecte bien les exigences du cahier spécial des charges.

Il est vrai que la partie adverse, se fondant expressément sur les articles 21, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, a, par la suite, au stade de l'analyse du critère d'attribution "délai d'exécution", invité les parties intervenantes, par courrier du 24 mars 2015, à "détailler beaucoup plus précisément votre planning d'intention qui ne comporte que 13 postes très globaux et en faisant apparaître les liens logiques d'enchaînement". Toutefois, un tel renvoi, malheureux, à ces dispositions, qui ne concernent en effet que la procédure de vérification des prix, ne peut raisonnablement pas être considéré comme une remise en cause expresse par l'auteur du projet de la conclusion à laquelle il était précédemment arrivé et selon laquelle "aucune anomalie n'est relevée au sujet de la régularité" des offres remises, notamment en ce qui concerne "la totalité des documents demandés". Ce renvoi peut, par ailleurs, s'expliquer par le fait que des "précisions" ont été demandées aux trois soumissionnaires les mieux classés au sujet des réductions de délai proposés dans

leurs offres, et ce dans le même courrier que celui qui leur demandaient des "précisions" au sujet de certains de leurs prix unitaires, "précisions" au sujet des prix dont il ressort de l'examen de la première branche du moyen unique qu'il s'agit en réalité d'une demande de "justifications" au sujet de prix préalablement considérés comme "anormalement bas" ou comme "anormalement hauts".

Il y a donc, *prima facie*, lieu de considérer, comme le fait par ailleurs la requérante, que la demande de "précisions" au sujet du planning joint à l'offre des parties intervenantes a, en réalité, été formulée en application de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, lequel prévoit que "[l]e pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier". La question qui se pose donc est de déterminer si, comme le prétend toujours la requérante, les parties intervenantes ont ou non, de par les "précisions" qu'elles ont apportées à leur planning initial, en réalité "modifié" leur offre au sens de la disposition précitée. Or, comme cela a été exposé, les parties intervenantes, par courrier du 24 mars 2015, ont été invitées à "détailler beaucoup plus précisément" leur "planning d'intention qui ne comporte que 13 postes très globaux et en faisant apparaître les liens logiques d'enchaînement". De même, il est fait état dans la rubrique 8.4 du rapport d'analyse des offres de ce que "L'entreprise SODRAEP – EUROVIA – WANTY – T.R.B.A. avait remis, avec son offre initiale, un planning très général (sur 200 jours calendrier), assez peu détaillé. Leur réponse permet d'argumenter leur proposition en mettant en avant : - Une association entre 4 entreprises de classe 8 ; - Un planning détaillé ; - Une possibilité de travail par pause (soit 16h de travail par jour) ; - Une progression simultanée sur le chantier réparti en 7 zones ; - Des références de travaux similaires pour les 4 associés séparément ou partiellement associés". Compte tenu de ce qui précède, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, *prima facie*, en quoi la partie adverse aurait, par son invitation du 24 mars 2015, "manifestement autorisé l'adjudicataire présumé à faire état d'éléments nouveaux et, partant, de modifier son offre en méconnaissance flagrante des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires". La requérante n'expose, à cet égard, pas concrètement en quoi il y aurait bien eu une "modification" de l'offre qui constituerait une irrégularité substantielle, et ce alors même que la réduction de délai annoncée dès le dépôt du planning initial est restée exactement la même à la suite des précisions apportées par les parties intervenantes à la demande de la partie adverse, à savoir 200 jours calendrier, tout comme la réduction de délai proposée par la requérante. A cela s'ajoute le fait que les parties intervenantes relèvent, sans être contredites sur ce point précis, que, pour faire suite à la demande de la partie adverse, elles ont par leur lettre du 2 avril 2015, transmis le "Détail des 13 postes globaux du planning" sans modifier aucunement, notamment, les échéances des tâches telles que mentionnées dans leur planning initial. Il convient enfin de relever que, même si c'est dans une moindre mesure qu'à l'égard des parties

intervenantes, la requérante a, elle-même, également été invitée à "apporter" des "précisions", et ce de la manière suivante : "En tenant compte de rendements réalistes par équipe, nous communiquer les moyens en machines et en main d'œuvre (soit nombre d'équipes) que vous vous engagez à mettre à disposition simultanément pour l'exécution des principaux postes suivant le respect des délais proposés". L'on n'aperçoit donc pas, *prima facie*, comment ce qui, à ce stade de la procédure d'attribution, serait considéré comme des "précisions" pour l'un des soumissionnaires, ne le serait pas pour un autre soumissionnaire.

La seconde branche du moyen unique n'est, en conséquence, pas sérieuse.

## **VI. CONFIDENTIALITE**

La partie requérante dépose à titre confidentiel son offre ainsi que les courriers de justification envoyés à la partie adverse par la société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY - T.R.B.A, par elle-même ainsi que par la société momentanée KUMPEN - ERAERTS (pièces A, B, C et D de son dossier de pièces).

La partie adverse demande, quant à elle, que l'offre de l'attributaire du marché qu'elle dépose comme pièce unique du dossier administratif demeure confidentielle.

Il y a lieu de faire droit à ces demandes, la levée de la confidentialité de ces pièces n'étant pas, à ce stade de la procédure, nécessaire à la solution du litige.

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

### **Article 1<sup>er</sup>.**

La requête en intervention introduite par les sociétés anonymes SODRAEP, EUROVIA BELGIUM, WANTY et T.R.B.A. dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

### **Article 2.**

Est suspendue l'exécution de la décision du collège exécutif de l'Intercommunale du Brabant wallon du 15 septembre 2015 d'attribuer le marché

public de "travaux d'infrastructure et d'équipement du nouveau Parc d'activité économique de Tubize II" à la société momentanée SODRAEP - EUROVIA BELGIUM - WANTY – T.R.B.A.

**Article 3.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 4.**

Les pièces A, B, C et D du dossier de pièces de la partie requérante et la pièce unique du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

**Article 5.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

**Article 6.**

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre, le cinq février deux mille seize par :

|                       |                       |
|-----------------------|-----------------------|
| MM. Jacques JAUMOTTE, | Président de chambre, |
| Vincent DURIEUX,      | Greffier.             |

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.