

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.045 du 7 mars 2016

G./A.218.189/VI-20.702

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

ayant élu domicile chez
Me Laurent-Olivier HENROTTE, avocat,
avenue de Luxembourg, n° 152,
5100 Namur,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER,
François VISEUR et Sophie CHARLIER, avocats,
square de Meeûs, n° 35,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme KRINKELS,

ayant élu domicile chez
Mes François MOISES, Julie BOCKOURT et
Olivier EŠCHWEILER, avocats
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 janvier 2016, la société anonyme SOTRALIEGE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des deux décisions suivantes :

- " - la décision d'attribution du marché de coupe manuelle d'arbres et d'arbustes dans les zones d'arbustes et corridor des talus de l'Arrondissement 53 le long des lignes 78, 90/1, 96, 96/2, 97, 100, 109, 115, 115/1, 106, 118, faisceaux des voies accessoires (e.a. : Saint-Ghislain, Quiévrain, Mons, Tertre, Obourg, Clabecq, Quenast, Soignies, Braine-le-Comte, Hennuyères, Jurbise,...), diverses lignes hors exploitation sur l'arrondissement, y compris l'élimination des déchets de coupes et de déchets divers, à la S.A. KRINKELS dont le siège social est établi à 5100

Nannine, Rue des Scabieuses, 10, prise par INFRABEL en date du 28 décembre 2015 en ce y compris le rapport d'attribution",

" - la décision implicite de ne pas attribuer ce marché à la requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 janvier 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 février 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme KRINKELS a, par une requête introduite le 12 février 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante 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 Laurent-Olivier HENROTTE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes François VISEUR et Sophie CHARLIER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Nathalie VAN DAMME, *loco* Mes François MOISES, Julie BOCKOURT et Olivier ESCHWEILER avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 23 janvier 2014, la société anonyme de droit public INFRABEL a publié au Bulletin des adjudications un avis de marché portant sur un marché public de services relatif à la coupe manuelle d'arbres et d'arbustes dans les zones d'arbustes et corridor des talus de l'Arrondissement 53 le long des lignes 78, 90/1, 96, 96/2, 97, 100, 109, 115, 115/1, 106, 118, faisceaux des voies accessoires (e.a. : Saint-Ghislain,

Quiévrain, Mons, Tertre, Obourg, Clabecq, Quenast, Soignies, Braine-le-Comte, Hennuyères, Jurbise,...), diverses lignes hors exploitation sur l'arrondissement, y inclus l'élimination des déchets de coupes et de déchets divers.

Le marché est passé par adjudication ouverte (CSCH n° 57/52/5/12/029).

III. 2. La séance d'ouverture des offres a eu lieu le 6 mars 2014.

Neuf soumissionnaires ont déposé une offre pour les prix suivants :

- Gebroeders Appermont BVBA : [...];
- Jardins & Paysages Marinx sprl : [...];
- Krinkels SA : 419.872,33 EUR;
- SA Sotraliège : 645.911,52 EUR;
- Deno sprl : [...];
- Corepro sprl: [...];
- Bois & Travaux SA : [...];
- SPRL Marnix & Fils : [...] ;
- A2 SA : [...].

III. 3. Suite à l'ouverture des offres, la société anonyme INFRABEL a procédé à la correction des erreurs de calculs:

- différence liée aux arrondis (pour les sociétés Corepro, Bois & Travaux et Marinx & Fils);
- différence de 10 cents entre le montant total repris sur le modèle de soumission et celui dans le métré (pour la société A2);
- montant de l'offre multiplié par deux car l'offre ne portait que sur un an et non pas sur la durée du marché initial (pour les sociétés Gebroeders Appermont et Jardins & Paysages Marnix).

A la suite de ces diverses corrections, le classement des divers soumissionnaires est modifié comme suit :

- Krinkels SA : 419.872,33 EUR;
- SA Sotraliège : 645.911,52 EUR;
- Deno sprl : [...];
- Corepro sprl: [...];
- Gebroeders Appermont BVBA : [...];
- Jardins & Paysages Marinx sprl : [...];
- Bois & Travaux SA : [...];

- SPRL Marnix & Fils : [...];
- A2 SA : [...].

III. 4. Dans un rapport d'adjudication et d'attribution du marché rédigé le 20 mars 2014, il est fait état, après avoir rappelé que le montant estimé du marché est de 899.778,36 euros (pour le marché initial de deux ans), de ce qui suit au sujet de l'examen de la régularité et de la conformité des offres de même que du choix de l'adjudicataire:

" 4. De la régularité des prix

L'offre introduite par la KRINKELS S.A. a été examinée au sujet du contrôle des prix anormalement bas et anormalement élevés sur base de l'article 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Cet examen a montré que certains prix doivent être considérés comme :
Anormalement bas – postes 1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1 et 2.3.1.

L'offre introduite par KRINKELS SA a été examinée au sujet de la normalité de son montant total sur base de l'article 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Cet examen a montré qu'elle s'écarte de plus de 15 % en moins par rapport à la moyenne des montants des offres déposées (39,84 % en moins).

Il y a lieu d'inviter le soumissionnaire à justifier les prix anormalement bas pour les postes précités et de vérifier s'il tient bien compte de la nécessité d'évacuer les produits de coupe.

La différence avec l'estimation est supérieure à 10 % (53,34 % en moins).

La raison en est la suivante :

Offre anormalement basse.

5. De la conformité des offres

Toutes les offres reçues sont conformes.

6. Du choix de l'adjudicataire

Sur base des prix proposés, le classement est le suivant [tableau limité ici aux deux soumissionnaires concernés par le présent recours]:

Firme	Montant de l'offre éventuellement rectifié (HTVA)
SA Krinkels	419.872,33 euros
SA Sotraliège	645.911,52 euros

Il est proposé d'attribuer le marché à KRINKELS SA qui a introduit l'offre régulière la plus basse, à condition que la firme justifie valablement ses prix anormalement bas".

III. 5. Par un courrier du 16 juillet 2014, la société anonyme INFRABEL demande à la société anonyme KRINKELS de justifier, dans les douze jours calendrier, son prix pour les postes 1.1.2., 1.2.2., 1.3.2. 2.1.1., 2.2.1. et 2.3.1., concernant chaque fois la "coupe des arbres avec une circonférence entre 0,4 m et 1 m). Cette demande fait expressément état de ce que la demande de justification complémentaire se fonde sur les dispositions des articles 21, § 3, et 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et qu'elle est justifiée par le fait que les prix de ces postes paraissent "anormalement bas". En raison de la période de congés annuels de l'entreprise, le point de départ du délai de douze jours calendrier est ensuite reporté au 4 août 2014.

Par courrier du 13 août 2014, la société anonyme KRINKELS répond à cette demande d'explications et invoque la circonstance qu'elle a commis une erreur de transcription pour l'ensemble des postes liés à la coupe d'arbres de 0,4 m à 1 m. Elle fait à cet égard valoir ce qui suit :

" Nous portons néanmoins à votre attention qu'un problème existe pour ce poste particulier de coupe d'arbres avec une circonférence entre 0,4 m et 1 m.

Occupés à examiner les justifications demandées, nous nous sommes immédiatement aperçus de l'existence d'une erreur matérielle au niveau de la transcription du prix unitaire figurant dans les postes dont il est question.

En effet, au lieu d'écrire 1,-€ euros [montant indiqué en toutes lettres], le secrétariat a transcrit un prix unitaire de -,€ euros [montant indiqué en toutes lettres].

Il n'est bien sûr pas possible de justifier ce poste à hauteur de -,€ euros [montant indiqué en toutes lettres] qui doit se justifier comme suit, sur base d'un prix unitaire de 1,-€ euros.

Justifiant de notre intérêt à soulever le problème du fait que nous sommes les moins-disant dans le cadre de cette procédure, nous vous confirmons bien évidemment notre souhait que vos services fassent application des dispositions de l'article 95, § 1^{er} et § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 autorisant le pouvoir adjudicateur à corriger les erreurs matérielles.

A moins que vous ne préfériez utiliser la faculté qui vous est offerte de corriger ce prix en déterminant la tendance des offres, ou en imposant un prix de marché, nous vous offrons d'utiliser ce prix de 1,-€ euros pour corriger notre offre, sur base de la justification proposée, et opérer le classement des différentes offres déposées.

Nous estimons dès lors être fondés à vous demander à ne pas voir notre offre être évincée au motif d'une irrégularité du fait d'un prix anormalement bas".

La société anonyme KRINKELS joint par ailleurs quatre annexes à son courrier en vue de fournir les explications nécessaires afin de justifier le prix corrigé à la suite de l'erreur matérielle découverte.

Suite à ce courrier, il est effectivement procédé à la modification du prix des postes 1.1.2., 1.2.2., 1.3.2. 2.1.1., 2.2.1. et 2.3.1., dans le sens indiqué par la société anonyme KRINKELS, ce qui conduit à la modification suivante dans le classement provisoire des différentes offres (limité aux deux premières offres concernées par le présent recours):

Firme	Montant pour le marché avant correction	Montant après correction	Remarques
SA Krinkels	419.872,33 euros	607.062,33 euros	Problème de transcription
SA Sotraliège	645.911,52 euros	645.911,52 euros	/

III. 6. La "décision motivée d'attribution" du marché est finalement prise le 28 décembre 2015.

La prise en compte de l'offre de la société anonyme KRINKELS est justifiée comme suit :

" Examen de l'offre de la SA KRINKELS en application des articles 21 et 98 de l'AR de passation du 16/07/2012 :

Les prix unitaires de l'offre introduite par la SA KRINKELS ont été examinés conformément à l'article 98, § 1^{er}, dudit AR de passation. En date du 16/07/2014, la firme a été invitée à justifier le prix unitaire des postes de l'inventaire n° 1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1 (arbre de circonférence comprise entre 40 cm et 1m) qui paraissaient bas.

Dans sa réponse, la firme a invoqué une erreur matérielle au niveau de la transposition du prix unitaire, sur base de l'article 95 dudit AR. Elle a ainsi corrigé le prix unitaire des postes concernés.

Cette correction du prix unitaire le rend acceptable sur base d'une justification détaillée de la composition du prix unitaire des prestations demandées.

Cette correction majore l'offre de 187.190,00 euros pour la période initiale.

Sur base du principe de confidentialité des prix unitaires des offres, ceux-ci ne sont pas mentionnés dans la présente décision".

En conséquence, toutes les offres reçues sont estimées conformes et il est décidé d'attribuer le marché, pour la période initiale de deux ans uniquement, à la société anonyme KRINKELS qui a introduit l'offre régulière la plus basse, à savoir celle d'un montant de 607.062,33 euros (hors taxe sur la valeur ajoutée).

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, a été notifiée à la requérante par courrier du 12 janvier 2016.

IV. INTERVENTION

La société anonyme KRINKELS a, par une requête introduite le 12 février 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante fonde son deuxième moyen sur une violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 95 et 98 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du principe d'égalité des soumissionnaires, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès et du détournement de pouvoir.

Elle divise ce moyen en deux branches qu'elle développe comme suit :

- " A.2.a. Première branche : la prétendue erreur de transcription ne peut être considérée comme une erreur matérielle

Votre Conseil doit constater que la modification de l'offre de la SA KRINKELS ne peut être considérée comme la correction d'une simple erreur matérielle de transcription et ce pour les quatre [lire : trois] motifs suivants :

- son caractère répété (i);
- son caractère non évident (ii);
- son impact très important sur le montant de l'offre, seul critère dans la procédure d'adjudication, puisque majorée de plus de 44 % à savoir de 187.190,00 euros (iii).

i Récurrence de l'erreur

La motivation de la décision d'attribution indique que la SA KRINKELS aurait commis une erreur matérielle de transcription du prix unitaire pour les postes de l'inventaire n°1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1. Ces postes correspondent, en réalité, aux mêmes travaux, à savoir la coupe des arbres avec une circonférence entre 0,4 m et 1,0 m.

Une telle erreur de transcription ne peut raisonnablement être qualifiée de matérielle lorsqu'elle apparaît avoir été commise de manière systématique et répétée à pas moins de 6 reprises.

Le métré récapitulatif à déposer par les parties comportait seulement 21 postes; la SA KRINKELS tente de faire passer pour une simple erreur matérielle, une erreur de transcription qui s'est produite pour 6 de ces 21 postes, soit près d'un tiers de la totalité des postes.

ii L'erreur ne se déduit pas sans conteste de l'offre déposée

«A. VANDEBURIE, R. VAN MEELSEN et M. NIHOUL entendent par erreur matérielle, l'élément qui diffère clairement de l'intention réelle du soumissionnaire telle qu'elle résulte des éléments intrinsèques de son offre, qu'ils soient contenus dans celle-ci même ou ressortent de son contexte. Il convient qu'il s'agisse d'erreurs qui ne prêtent guère à discussion». (A. DELVAUX et autres, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1B, Arrêté royal du 15 juillet 2011, 7^{ème} Edition, Confédération Construction, 2014, p. 1426-1427).

Pour qu'il y ait erreur matérielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, il faut que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de la corriger sur la base de l'offre elle-même. (Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL, M. VASTMANS, Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique, coll. Performance publique, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 552).

L'article 95 de l'AR du 16/07/2012 stipule que :

«§1. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix du marché et en appliquant si nécessaire le § 4.

[...]

§4. 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'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas relevé l'erreur matérielle pour la SA KRINKELS (alors qu'il a bien procédé à la correction des erreurs matérielles pour les autres soumissionnaires tels que les arrondis et la multiplication par deux tenant compte de la durée du marché) et n'a pas estimé nécessaire de faire application de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal lui permettant d'inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier.

L'erreur matérielle n'a été invoquée pour la première fois que par la SA KRINKELS et à l'occasion de la vérification par le pouvoir adjudicateur des prix qui intervient après le processus de rectification des erreurs auquel il a procédé (*cfr. infra*).

L'erreur ne se déduisait dès lors manifestement pas sans conteste de l'offre déposée par la SA KRINKELS. Elle ne peut dès lors être raisonnablement qualifiée d'erreur matérielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

iii. La prétendue erreur qualifiée à tort de matérielle par le pouvoir adjudicateur affecte très substantiellement le montant global de l'offre; plus de 44 %.

L'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier.

Il y a lieu de distinguer clairement les notions de «préciser et compléter» de la notion de «modifier».

L'avocat général près de la Cour de Justice de l'Union européenne C. LENZ a eu l'occasion de donner son éclairage sur ces notions:

«37. Du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme "préciser", utilisé dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission, dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou la définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé dans la déclaration commune, celui de "compléter", nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre.

38. Cette réflexion, selon laquelle ni le fait de préciser ni celui de compléter n'ont pour effet de remplacer par de nouvelles données des indications fournies antérieurement, est corroborée par la réflexion objective au terme de laquelle la possibilité de changer certains éléments désavantage potentiellement d'autres soumissionnaires». (Concl. Av. gén. de C. LENZ du 12 septembre 1995 précédant l'arrêt Commission c. Belgique, C-87/94, point 37-38).

En l'espèce, la correction de l'erreur matérielle du prix unitaire des postes de l'inventaire n^{os} 1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1 a manifestement eu pour effet de modifier l'offre déposée par la SA KRINKELS, puisque cette correction a majoré son offre de 187.190,00 euros, soit de plus de 44 %.

Une telle correction ne peut, en tout état de cause, être confondue avec une simple précision ou un complément, qui pour rappel ne peuvent avoir pour effet de remplacer par de nouvelles données, des indications fournies antérieurement.

Par conséquent, en acceptant que la SA KRINKELS corrige sa prétendue erreur matérielle, la SA INFRABEL a méconnu le prescrit de l'article 95 de la loi [lire : de l'arrêté royal] du 16 juillet 2012 en ce que la correction a eu pour effet de modifier l'offre déposée par la SA KRINKELS.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que dans votre arrêt n° 152.843, Votre Conseil a jugé que :

«Considérant, d'autre part, que l'article 114 du même arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur, sinon lui impose, de rectifier après l'ouverture des offres les erreurs purement matérielles ou de calcul et, en cas de doute, de demander par écrit au soumissionnaire de préciser son offre; qu'il en est bien ainsi de la rectification d'un décalage dans l'encodage des prix de certains postes, lequel résulte à la lecture des documents du métré, d'un "décalage" entre le numéro d'article du métré de la firme SIEMENS et le métré du pouvoir adjudicateur; qu'il s'ensuit que la rectification à laquelle ont conduit les erreurs d'encodage concernées ne saurait être de nature à entraîner l'illégalité de la décision d'attribution du marché; qu'il en va d'autant plus ainsi que la rectification des erreurs figurant dans l'offre de la SA SIEMENS n'a pas affecté le montant global de l'offre de cette société».

Dans l'arrêt susmentionné, Votre Conseil a donc eu égard, pour vérifier la qualification de l'erreur invoquée, au fait que cette erreur n'était pas de nature à affecter le montant global de l'offre de la société.

En l'espèce, la prétendue erreur matérielle a affecté sensiblement le montant global de l'offre puisque sa correction a entraîné une augmentation du prix global d'un montant de 187.190,00 euros.

L'erreur commise par la SA KRINKELS a été qualifiée indument de «matérielle». Partant, elle ne pouvait faire l'objet d'aucune correction, sauf à méconnaître les dispositions citées dans le présent moyen et les principes de la concurrence et de l'égalité entre les soumissionnaires.

A.2.b. Deuxième branche : le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas corriger la prétendue «erreur matérielle» à l'occasion de la vérification des prix

La vérification des prix intervient après que le pouvoir adjudicateur ait procédé aux rectifications des éventuelles erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres.

Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur doit rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles. L'article 95 de l'arrêté royal décrit clairement la manière dont doit procéder le pouvoir adjudicateur pour rectifier ces erreurs : il lui appartient de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre, en la comparant aux autres offres et aux prix du marché. Il ne pourra inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier que si cela est nécessaire.

Ce n'est qu'après avoir procédé à ces éventuelles rectifications matérielles et arithmétiques que le pouvoir adjudicateur pourra se pencher sur la vérification des prix.

En ce sens, Ann Lawrence DURVIAUX a écrit que «La rectification des erreurs (et, le cas échéant, les précisions fournies par le soumissionnaire interrogé) a lieu avant la vérification du caractère normal du prix (et, le cas échéant, l'invitation du soumissionnaire à justifier le caractère apparemment anormal d'un prix) : les deux types de réponses ne devraient donc pas, contrairement à ce qui était parfois le cas sous le régime antérieur, se confondre.» (A. L. DURVIAUX, La passation et l'exécution des marchés publics, coll. Marchés & Contrats publics / Overheidsopdrachten en -Overeenkomsten – Dossiers, Larcier, 2013, p. 81)

En ce sens également, les auteurs de l'ouvrage «Le nouveau droit des marchés publics en Belgique» indiquent : «Ainsi que le précise l'article 99, § 1^{er} [lire : 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012], la vérification des prix doit intervenir après avoir rectifié les éventuelles erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, conformément à l'article 96 [lire : 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012] de l'arrêté royal» (Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL, M. VASTMANS, Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique, coll. Performance publique, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 542).

En ce sens également, les auteurs de l'ouvrage «Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics» précisent que «Accepter la correction d'erreurs matérielles à l'occasion d'un contrôle des prix anormaux paraît dangereux. En effet, les limites de la notion d'erreurs matérielles sont floues et corriger sur la base d'éléments justificatifs fournis par le soumissionnaire interrogé alors qu'il est nécessairement informé du classement à l'ouverture des offre expose à prendre en compte des justifications qui, comme par hasard, ont pour effet de modifier ce classement». (A. DELVAUX et autres, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 7^{ème} Edition, Tome 1B, Arrêté royal du 15 juillet 2011, Confédération Construction, 2014, p. 883).

En l'espèce, il ressort de la motivation de la décision d'attribution attaquée, sans la moindre contestation ni équivoque possible, que c'est à l'occasion de la phase de vérification des prix que la S.A. KRINKELS a corrigé une prétendue erreur matérielle dans son offre :

«Examen de l'offre de la SA KRINKELS en application des articles 21 et 98 de l'AR de passation du 16/07/2012 :

Les prix unitaires de l'offre introduite par la SA KRINKELS ont été examinés conformément à l'article 98, § 1^{er}, dudit AR de passation. En date du 16/07/2014, la firme a été invitée à justifier le prix unitaire des postes de l'inventaire n° 1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1 (arbre de circonférence comprise entre 40 cm et 1 m) qui paraissaient bas.

Dans sa réponse, la firme a invoqué une erreur matérielle au niveau de la transposition du prix unitaire, sur base de l'article 95 dudit AR. Elle a ainsi corrigé le prix unitaire des postes concernés.

Cette correction du prix unitaire le rend acceptable sur base d'une justification détaillée de la composition du prix unitaire des prestations demandées.

Cette correction majore l'offre de 187.190,00 euros pour la période initiale.

Sur base du principe de confidentialité des prix unitaires des offres, ceux-ci ne sont pas mentionnés dans la présente décision».

Si à l'impossible Votre Conseil devait considérer que l'erreur commise par la SA KRINKELS devait être qualifiée de matérielle – *quod non* – il ne manquera pas de constater, qu'en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur ne pouvait la corriger à l'occasion de la vérification des prix".

B. Note d'observations

La partie adverse rétorque comme suit :

" (a) Première branche : l'erreur de transcription ne pourrait pas être considérée comme une erreur matérielle

18. La partie requérante considère que la modification de l'offre de la SA Krinkels ne peut être considérée comme la correction d'une simple erreur matérielle de transcription et ce pour les trois (et non quatre) motifs suivants :

- Son caractère répété
- Son caractère non-évident
- Son impact très important sur le montant de l'offre, seul critère dans la procédure d'adjudication, puisque majorée de plus de 44 % à savoir de 187.190,00EUR

Réfutation du moyen

Comme cela a été précisé plus haut, l'erreur matérielle commise par la SA Krinkels vient d'une erreur de transcription commise par son secrétariat.

Son secrétariat a recopié pour chaque poste relatif à la coupe d'arbres d'une circonférence de 0,4 m à 1,0 m le même prix en oubliant le chiffre des dizaines devant le chiffre de l'unité.

Le fait que les quatre postes de l'inventaire concernent chacun des coupes d'arbres de 0,4 à 1,0 m de diamètre explique sans difficulté le caractère répété de l'erreur.

19. C'est également ce qui explique l'impact très important sur le montant de l'offre dès lors que le poste ou l'erreur qui a été commise constitue un poste important, en quantités, du métré.

L'article 95 de l'AR du 15 juillet 2012 n'impose aucune autre exigence que le caractère matériel de l'erreur que le pouvoir adjudicateur serait amené à corriger.

Dans le même ordre d'idée que le cas d'espèce, on pourrait imaginer qu'un pouvoir adjudicateur ait oublié de placer la virgule sur un prix, divisant celui-ci par 100. On pourrait imaginer également l'oubli d'un zéro ou, au contraire, l'ajout d'un 0 en trop. Ce type d'erreurs de transcription est sans aucun doute une des erreurs matérielles qui adviennent parfois à des soumissionnaires.

Ce type d'erreurs a nécessairement un impact très important sur le prix.

Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une erreur matérielle et que la réglementation impose au pouvoir adjudicateur de rechercher l'intention véritable du soumissionnaire, afin de ne pas injustement restreindre la concurrence.

Il appartient donc, sur base de cet article 95, aux pouvoirs adjudicateurs de rechercher la véritable intention des soumissionnaires et donc de corriger ces erreurs afin de ne pas écarter injustement une offre intéressante.

20. En ce qui concerne le caractère non-évident de l'erreur matérielle, Infrabel a interrogé la SA Krinkels au regard du prix unitaire qui paraissait anormalement bas, pour ces six postes relatifs à la coupe d'arbres d'une circonférence de 0,4 m à 1,0 m.

C'est donc bien que ces prix semblaient a priori anormaux à INFRABEL, ce qui explique également pourquoi, sur base des justificatifs détaillés donnés, INFRABEL a pu être convaincue du caractère normal de ce prix.

Notons que l'extrait des conclusions de l'avocat général Lenz du 12 septembre 1995 concerne la «précision» apportée à une offre par un soumissionnaire. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une correction, parfaitement admise par l'arrêté royal du 16 juillet 2012 comme cela a été décrit ci-dessus. Cet extrait n'est pas pertinent en l'espèce.

21. Le fait que le prix soit anormal était donc évident. L'erreur matérielle invoquée par la SA Krinkels était donc, quant à elle, tout à fait raisonnablement plausible, et donc acceptable.

C'est donc à bon droit qu'INFRABEL a pu considérer que l'oubli d'un 1 devant certains postes du métré constituait une erreur purement matérielle et a donc décidé de corriger cette erreur, peu importe l'impact que cette correction avait sur le prix final.

(b) Deuxième branche : le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas corriger la prétendue «erreur matérielle» à l'occasion de la vérification des prix.

22. La partie requérante considère que la correction des erreurs matérielles ne pourrait se faire que préalablement à la vérification de prix et que ces deux opérations constitueraient donc des étapes différentes et hermétiques que tout pouvoir adjudicateur se devrait de respecter scrupuleusement.

Comme cela a été expliqué dans le rappel des principes au premier moyen, dans la pratique, il arrive parfois que ce soit lors de la vérification de prix que le pouvoir

adjudicateur prenne conscience de possibles erreurs matérielles dans le prix. Ainsi, c'est lors de cette vérification de prix que de nombreuses erreurs matérielles ont pu être décelées, ce qui a encore récemment été admis par Votre conseil (C.E., arrêt n° 173.125 du 3 juillet 2007, SA ISS).

23. Si l'arrêté royal du 15 juillet 2012 impose aux pouvoirs adjudicateurs de commencer par la correction des erreurs matérielles avant de procéder à la vérification des prix, c'est justement pour éviter de considérer trop vite qu'un prix est anormal alors qu'il s'agit sans doute d'une erreur matérielle.

Par ailleurs, la détermination des prix exacts a une importance en adjudication dès lors qu'elle enclenche le processus de vérification des présomptions de prix anormaux, en application de l'article 98.

Néanmoins, aucune disposition de l'A.R. du 16 juillet 2012 n'interdit au pouvoir adjudicateur de revenir en arrière et, lors du processus de vérification des prix anormaux, de prendre conscience qu'une erreur matérielle entachait le prix d'un des soumissionnaires. Dans cette hypothèse, il devra éventuellement recommencer le processus de vérification des prix (dans l'hypothèse où la correction apportée déclencherait le mécanisme de l'article 98).

Le Commentaire pratique de la législation des marchés publics ne dit pas autre chose : il évoque le danger à accepter de corriger des erreurs matérielles à l'occasion du contrôle des prix anormaux, ce qui démontre bien que ce n'est pas interdit.

Par ailleurs, rien ne démontre que la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la SA Krinkels avait effectivement commis une erreur matérielle. Au contraire, elle a pris connaissance des nombreuses explications détaillées de la SA Krinkels avant d'accepter de faire cette correction.

Le second moyen n'est donc sérieux dans aucune de ses deux branches".

C. Requête en intervention

La partie intervenante considère également que le deuxième moyen de la requête n'est pas sérieux et ce, pour les raisons suivantes :

" Première branche :

10. La SA KRINKELS renvoie à l'argumentation développée par la SA INFRABEL dans sa note d'observations, qu'elle fait sienne.

Elle ajoute :

a. L'erreur matérielle de transcription tient en l'espèce dans l'omission du chiffre des dizaines lors du recopiage du prix dans le métré par le secrétariat de la SA KRINKELS.

Votre Conseil a admis comme constituant des erreurs matérielles au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 :

- la mention d'un prix unitaire nul (C.E., n° 167.268, 30 janvier 2007),
- la remise d'un prix multiplié par les quantités présumées au lieu d'un prix unitaire (C.E., n° 169.271, 22 mars 2007),
- la discordance entre le montant exprimé en chiffres et en lettres d'un coefficient de frais généraux (C.E., n° 84.379, 23 décembre 1999),

- le glissement de la virgule entraînant un prix unitaire dix fois trop élevé avec en outre des explications sur les conversions de m³ en m² (C.E., n° 166.217, 21 décembre 2006).

L'erreur de transcription, telle qu'en l'espèce, peut être rapprochée de ces erreurs purement matérielles admises par la jurisprudence de Votre Conseil.

b. L'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 constitue, comme indiqué supra, une exception au principe d'intangibilité des offres.

Dès lors, le fait que la correction d'une erreur purement matérielle en application de cet article 95 entraîne la modification du prix est sans incidence sur le caractère purement matériel de l'erreur constatée.

c. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation sur ce qu'il considère être une erreur matérielle susceptible d'être corrigée en application de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (voyez en ce sens C.E., n° 224.305, 9 juillet 2013 : «Le Conseil d'Etat a estimé, en renvoyant au pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur en la matière, qu'à la lumière des éléments avancés, il n'apparaissait pas à première vue que le pouvoir adjudicateur ait pris une décision déraisonnable en tenant compte du montant de 2.999.685,96 €, soit le montant que ce soumissionnaire visait en réalité en soumissionnant pour le poste concerné»).

d. La notion d'erreur purement matérielle n'est pas définie par la réglementation. L'attention du pouvoir adjudicateur a cependant été attirée par les postes recelant une erreur puisqu'il a estimé nécessaire d'interroger la SA KRINKELS. Rien dans la réglementation ne requiert que la correction à apporter une fois l'erreur décelée soit évidente.

Au contraire, l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 permet au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire pour connaître son intention réelle.

Deuxième branche:

11. A l'instar de la SA INFRABEL, la SA KRINKELS relève que, s'il est évident que le pouvoir adjudicateur ne peut procéder à l'examen des prix que sur la base des prix réellement offerts, soit après correction des erreurs devant être corrigées, rien ne lui interdit pour ce faire de s'y reprendre à plusieurs reprises.

S'il corrige une erreur décelée lors de l'examen des prix apparemment anormaux, le pouvoir adjudicateur sera tenu, après avoir effectué cette correction, de procéder à nouveau à l'examen des prix sur la base des articles 21 et 98 de l'arrêté royal du 16 janvier 2012.

Ce qui lui est interdit, c'est de corriger des erreurs matérielles emportant modification sans réexaminer par la suite les prix ainsi corrigés.

Cela fausserait la vérification des prix apparemment anormalement hauts ou bas.

Tel n'est pas le cas en l'espèce.

En ce sens :

- C.E., n° 195.531, 11 août 2009:

«Il semble par ailleurs acceptable, comme le Conseil d'Etat l'a déjà envisagé dans son arrêt n° 169.271 du 22 mars 2007, que l'intention effective du soumissionnaire pouvait également ressortir d'explications demandées par le pouvoir adjudicateur»;

- Cass., 30 mars 2006, Pas. 2006, liv. 3, p. 726:

«Il ressort des éléments auxquels la Cour peut avoir égard que :

- la défenderesse a participé à l'appel d'offres lancé par la demanderesse pour un projet de rénovation;
- sous la rubrique 5.3.b de son offre, elle fait état d'un prix unitaire de 119 francs;
- le 26 septembre 2000, la demanderesse a invité la défenderesse à fournir des justifications quant au prix inhabituel de la rubrique 5.3.b;
- la défenderesse a confirmé que le prix énoncé résultait d'une erreur matérielle et que le prix unitaire litigieux étant de 1.190 francs, le prix total était de 497.800 francs;
- refusant d'avoir égard à cette rectification, la demanderesse a écarté la soumission de la défenderesse;
- la défenderesse réclame des dommages et intérêts».

Les juges d'appel décident «qu'il est manifeste que (la défenderesse) s'est trompée dans l'énoncé du prix unitaire et qu'après avoir demandé des justifications quant au prix, l'architecte pouvait déduire l'intention réelle du soumissionnaire, en comparant son estimation aux offres des autres soumissionnaires».

En décidant sur la base de ces constatations et de ces considérations «que, dès lors qu'elle constituait l'offre la plus basse, la soumission de la défenderesse a été écartée illicitement», l'arrêt justifie légalement et motive régulièrement sa décision".

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

D. Arguments des parties à l'audience

La requérante s'étonne qu'une erreur qui a été reproduite six fois et qui a amené à un prix anormalement bas n'a pas de suite conduit la partie intervenante à réagir lors de l'ouverture des offres, alors même que le montant de son offre était sensiblement plus bas que celui des autres soumissionnaires. Elle observe également que la partie adverse n'a pas invoqué l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, mais bien l'article 98 de cet arrêté. Cela signifie que la partie adverse n'avait pas elle-même décelé une erreur matérielle évidente, mais que c'est la partie intervenante qui a invoqué cette erreur et qui a corrigé elle-même les prix unitaires pour chacun des postes litigieux. On n'est de toute façon pas dans l'hypothèse de l'article 95, § 4, du fait qu'il y a réellement eu modification de l'offre. Quant à l'arrêt n° 173.125 qui a été cité par la partie adverse, il n'est pas pertinent dans le cas d'espèce : d'une part, il se rapporte à une situation antérieure à la modification de la législation; d'autre part, le prix total de l'offre ne semble pas avoir été modifié dans les faits de la cause.

Pour la partie adverse, ce qui compte, c'est de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire. Le sens qu'il convient de donner aux articles 21 et 98 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, c'est que, s'il y a présomption d'anormalité des prix, il convient d'interroger le soumissionnaire et de rechercher son intention réelle sur ses prix. En conséquence, s'il apparaît à ce stade qu'une erreur matérielle a été commise

dans l'offre, il est encore possible de la corriger. Il n'y a donc pas d'ordre précis consistant à devoir d'abord procéder à la correction des erreurs matérielles, pour ensuite procéder à la vérification des prix et ce, sans pouvoir revenir en arrière. S'il est vrai, qu'en application de l'article 86 du même arrêté, un soumissionnaire ne peut plus spontanément intervenir, rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur de corriger encore des erreurs matérielles à ce stade de la procédure. C'est en effet forcément après l'ouverture des offres que d'éventuelles erreurs matérielles apparaissent aux yeux du pouvoir adjudicateur. Il est faux de prétendre que l'erreur matérielle doit être évidente pour pouvoir être corrigée. Cette exigence ne résulte en tout cas pas de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Autrement dit : si l'erreur est évidente, le pouvoir adjudicateur doit la rectifier; en cas de doute, il peut interroger le soumissionnaire. Il est également faux de dire que l'on ne peut plus revenir en arrière lors de la phase de la vérification des prix. Si la société anonyme INFRABEL constate que des prix unitaires paraissent anormalement bas sur le même objet, elle interroge sur ce point le soumissionnaire et si ce dernier constate qu'il a commis une erreur matérielle en oubliant chaque fois le chiffre des dizaines, rien n'empêche INFRABEL, pour tenir compte de l'intention réelle du soumissionnaire d'encore admettre la correction matérielle, de la corriger et de procéder à nouveau à la vérification de la normalité des prix. Il n'y a enfin pas eu d'erreur manifeste dans le chef de la société anonyme INFRABEL à avoir considéré que l'oubli du chiffre des dizaines consiste en une erreur matérielle et la correction d'une erreur matérielle peut avoir un impact important sur l'offre.

La partie intervenante observe encore que la notion même d'"erreur matérielle" n'est pas définie dans la législation, que l'erreur ne doit pas être en soi évidente, que la correction de l'erreur peut avoir pour effet de modifier le prix de l'offre et que des erreurs matérielles comparables ont déjà été acceptées ainsi qu'elle l'a fait valoir dans sa requête en intervention. Elle relève également que la correction de l'erreur matérielle s'est faite suite à la demande de la société anonyme INFRABEL et que cela peut avoir lieu lors de la procédure de contrôle de la normalité des prix. Ce qui est interdit, c'est de corriger des erreurs matérielles emportant modification des prix sans réexaminer par la suite la normalité des prix ainsi corrigés. Or, en l'espèce, il y a bien eu un nouvel examen des prix corrigés.

La requérante maintient que l'ordre chronologique des différentes étapes d'une procédure d'attribution d'un marché public est bien devenu plus précis à la suite de la modification législative récemment intervenue : d'abord application de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et, ensuite, celle de l'article 98 de cet arrêté. En l'espèce, on a, en réalité, corrigé un prix "anormalement bas" sous le couvert d'une erreur matérielle. C'est tout à fait illégal.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En application de l'article 86 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, le soumissionnaire, dès l'ouverture de la séance d'ouverture des offres, "n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur. En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte".

Durant la phase de l'examen de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur peut cependant procéder à la rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques de même que des erreurs purement matérielles dans les offres. A cet effet, l'article 95, § 1^{er} et § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 précité, précise ce qui suit :

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été détectées.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix du marché et en appliquant le § 4 si nécessaire.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime la précision inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut décider soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière.

[...]

§ 4. 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".

La combinaison de ces deux dispositions tend bien évidemment à circonscrire la mesure dans laquelle il peut être dérogé au principe de l'intangibilité des offres, seul le pouvoir adjudicateur étant autorisé, après l'ouverture des offres, à procéder à une correction d'une offre et ce, dans la seule limite de ce que prévoit l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Si l'article 95, § 4, n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur matérielle, il se déduit de l'obligation de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire comme de l'interdiction de modifier l'offre que l'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion.

Durant la phase de vérification de la normalité des prix, l'article 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, dispose que le pouvoir adjudicateur, après avoir appliqué l'article 97 de ce même arrêté, procède, lors de la vérification des prix, au contrôle des prix anormalement bas ou anormalement élevés, conformément à l'article 21, § 3, du même arrêté.

L'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, auquel il est ainsi renvoyé, prévoit, notamment, ce qui suit :

" § 3. [...]

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.

[...]

Les justifications sont acceptables lorsqu'elles se réfèrent notamment:

- 1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° aux solutions techniques adoptées ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, en interrogeant le soumissionnaire, la composition de l'offre en tenant compte des justifications fournies.

[...]"

En l'espèce, la partie intervenante a remis une offre dans laquelle le même prix a, chaque fois, été mentionné, de manière dactylographiée et en chiffres arabes pour les différents postes du métré récapitulatif relatifs à la coupe des arbres avec une circonférence entre 0,4 m et 1,0 m, peu importe qu'il s'agisse d'une coupe à pratiquer sur des talus en remblai, sur des talus à niveau ou sur des talus en déblai. Ce faisant, la partie intervenante n'a, pour ces postes, pas établi de différence de prix selon que la coupe concerne, d'une part, les talus en remblai ou en déblai, et, d'autre part, les talus à niveau, alors que, dans son offre, les prix unitaires en ce qui concerne les postes du métré récapitulatif relatifs aux autres catégories d'arbres sont quelque peu inférieurs à ceux remis pour les deux premiers types de talus. Cette singularité ne semble toutefois pas avoir éveillé l'attention de la partie intervenante lorsqu'elle a établi et contrôlé son

offre, avant même son dépôt. Il est, en outre, à noter que la rubrique du métré récapitulatif intitulée "Prix unitaire ou forfaitaire en lettres" n'a pas été remplie par la partie intervenante, ce qui lui aurait permis de découvrir dès avant le dépôt de son offre l'erreur matérielle dont elle s'est ensuite prévalu. L'on observera enfin que la partie intervenante ne semble pas s'être étonnée le jour de l'ouverture des offres, à savoir le 6 mars 2014, du fait que son offre, d'un montant de 419.872,33 euros, était sensiblement moins élevée que la plupart des autres offres, l'écart avec l'offre la plus proche faite sur la durée de deux ans expressément prévue par les documents du marché, à savoir celle de la requérante étant de $645.911,52 - 419.872,33 = 226.039,19$ euros.

Lors de l'établissement du rapport d'attribution des offres, survenu le 20 mars 2014, le pouvoir adjudicateur a logiquement considéré que les prix unitaires proposés par la partie intervenante reflétaient bien l'intention réelle du soumissionnaire concerné et n'a donc pas décelé, pour les postes incriminés du métré récapitulatif, d'erreur matérielle à rectifier, au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Le pouvoir adjudicateur est donc arrivé à cette conclusion après avoir analysé l'offre, après l'avoir comparée aux autres offres ainsi qu'aux prix du marché, et sans avoir estimé nécessaire de recourir à la procédure de demande d'explication complémentaire prévue par l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Il ressort de même à l'évidence du rapport d'attribution des offres que le pouvoir adjudicateur, après avoir procédé à la correction des erreurs dans les opérations arithmétiques ou des erreurs matérielles commises dans un certain nombre d'autres offres, est ensuite passé au contrôle de la régularité des prix des différentes offres et ce, en application des articles 21, § 3, et 98 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. C'est au cours de cet examen que le pouvoir adjudicateur en a conclu que l'offre de la partie intervenante était susceptible d'être frappée d'irrégularité et ce, pour deux raisons : d'une part, des prix unitaires anormalement bas pour les postes 1.1.2, 1.2.2, 1.3.2, 2.1.1, 2.2.1 et 2.3.1; d'autre part, une offre elle-même anormalement basse, du fait qu'elle s'écarte de plus de 15 % en moins par rapport à la moyenne des montants des offres déposées, cet écart étant de 39,84 %, et que la différence avec l'estimation du marché par le pouvoir adjudicateur est supérieure à 10 % en moins, à savoir 53,34 %. Les deux conclusions suivantes sont finalement formulées dans le rapport d'attribution : il y a lieu d'inviter le soumissionnaire à justifier les prix anormalement bas pour les postes précités et de vérifier s'il tient bien compte de la nécessité d'évacuer les produits de coupe; il est proposé d'attribuer le marché à la partie intervenante qui a introduit l'offre régulière la plus basse, à condition que la firme justifie valablement ses prix anormalement bas.

C'est à la suite de ces conclusions que la partie intervenante a été invitée, par courrier recommandé du 16 juillet 2014, à justifier la régularité de ses prix pour les postes concernés et ce, en application des dispositions des articles 21, § 3, et 98, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Ce même courrier fait par ailleurs expressément état des diverses justifications auxquelles la partie intervenante peut, notamment, recourir pour se justifier et ce, en application de l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Il est donc clair, qu'à ce stade de la procédure, le pouvoir adjudicateur n'a décelé aucune erreur matérielle dans l'offre remise par la partie intervenante et que l'on ne se trouve donc plus dans l'hypothèse d'une invitation à préciser ou à compléter l'offre, sans pouvoir la modifier, au sens de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

C'est dans le contexte ainsi décrit que la partie intervenante, par courrier du 13 août 2014, a, pour la première fois, invoqué une erreur matérielle survenue lors de la transcription du prix unitaire dans l'offre pour les postes considérés : "En effet, au lieu d'écrire 1,-,-- euros [montant indiqué en toutes lettres], le secrétariat a transcrit un prix unitaire de -,-- euros [montant indiqué en toutes lettres]". C'est donc après avoir de son propre chef procédé à la correction du montant du prix unitaire dans les six postés incriminés que la partie intervenante a, ensuite, fourni les explications demandées en vue de justifier ce nouveau prix unitaire de 1,-,-- euros.

La motivation sur laquelle le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour accepter cette façon de procéder dans le chef de la partie intervenante ne se retrouve que dans la décision d'attribution du marché du 28 décembre 2015 : "Cette correction du prix unitaire le rend acceptable sur base d'une justification détaillée de la composition du prix unitaire des prestations demandées. Cette correction majore l'offre de 187.190,00 euros pour la période initiale. Sur base du principe de confidentialité des prix unitaires des offres, ceux-ci ne sont pas mentionnés dans la présente décision".

Au regard de ce qui précède, il n'apparaît pas possible d'admettre, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que l'on se trouverait bien en face d'une simple "erreur purement matérielle" qui pourrait être corrigée, sans plus, en application de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Si l'erreur matérielle incriminée avait été aussi évidente que le font valoir les parties adverse et intervenante, à savoir une simple erreur de retranscription du secrétariat, l'on ne comprend tout d'abord pas la raison pour laquelle cette erreur n'a pas été découverte par la partie intervenante dès l'ouverture offres. Comme indiqué par ailleurs ci-dessus, une telle erreur matérielle aurait, en tout état de cause, pu être évitée dès avant le dépôt de l'offre si la rubrique du métré récapitulatif, concernant l'indication en toutes lettres des prix unitaires, avait été dûment complétée, comme

cela a été le cas dans la justification fournie par la partie intervenante dans son courrier du 13 août 2014 et comme l'a fait la requérante dans son offre. La motivation formelle qui figure dans la décision d'attribution du marché du 28 décembre 2015 n'est d'aucune utilité sur ce point, car elle ne fait que prendre pour acquis la correction matérielle du prix unitaire, sans cependant préciser, d'une part, les raisons pour lesquelles une telle rectification porte bien sur une simple erreur purement matérielle, et, d'autre part, les raisons pour lesquelles une telle rectification ne constitue pas, en réalité, une véritable modification de l'offre, au sens de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Or rien dans le dossier administratif déposé par la partie adverse ni dans les justifications apportées par la partie intervenante ne permet, *prima facie*, de considérer que l'on se trouve, en effet, bien dans l'hypothèse d'une erreur purement matérielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Il n'apparaît tout d'abord pas que l'intention réelle de la partie intervenante aurait bien été, dès le départ, de faire offre, pour les postes incriminés, au nouveau prix unitaire annoncé dans son courrier du 16 août 2014. Comme relevé par la partie requérante, la simple erreur de retranscription qui aurait été commise par le secrétariat l'aurait été à six reprises sans qu'aucune explication concrète ne soit donnée à ce sujet. Ceci n'apparaît pas non plus de toute évidence des documents justificatifs annexés au courrier du 16 août 2014. Tout d'abord la méthode suivie pour en arriver à justifier ce qui aurait dû, dès le début, être le nouveau prix, laisse perplexe à ce stade de l'examen du recours. En effet, après avoir fixé le prix total pour une journée de travail, la partie intervenante déduit de ce prix les montants imputables aux autres postes non contestés et ce, pour un rendement annoncé de 675 m² par jour de travail. Ensuite, ayant déduit ces différents montants du prix total de la journée de travail, elle en arrive à diviser le solde par le nombre moyen d'arbres avec une circonférence entre 0,4 m et 1,0 m qui pourraient être quotidiennement abattus et ce, en tenant compte d'un rendement global de 675 m² par jour. Cependant, rien ne permet d'exclure, et la partie intervenante ne l'établit pas à suffisance de droit, que cette méthode n'aurait pas pu être envisagée *a posteriori*, ce qui serait de nature à porter fondamentalement atteinte au principe d'égalité des soumissionnaires. La méthode pose d'autant plus problème qu'il apparaît que les prix unitaires retenus dans cette méthode pour les autres postes non incriminés du métré récapitulatif ne semblent pas correspondre exactement à ceux qui ont été annoncés dans la soumission initiale. De même, l'évidence de l'erreur ne peut non plus se déduire de la comparaison des prix incriminés avec ceux des autres offres, dès lors que certains autres soumissionnaires ont remis des prix unitaires très proches, voire même inférieurs pour l'un d'entre eux à ceux initialement remis par la partie intervenante. Enfin, tant la répétition de cette erreur par le secrétariat que l'importance de la rectification de cette erreur sur le montant global de l'offre ne permettent pas de

considérer, sans plus, qu'il n'y aurait, en réalité, pas eu de modification importante du contenu de l'offre au sens de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Quant à la jurisprudence citée par les parties adverse et intervenante à l'appui de leur argumentation, celle-ci n'apparaît pas non plus pertinente au regard des circonstances spécifiques du cas d'espèce. En effet : 1°) dans l'arrêt du Conseil d'Etat n° 173.125 du 3 juillet 2007, NV ISS, l'erreur matérielle portait sur l'indication d'un nombre d'heures de travail par jour trop faible dans l'inventaire annexé à la soumission, alors qu'il avait bien été tenu compte du nombre réel d'heures dans les prix proposés et le Conseil d'Etat a pris soin de constater que la rectification de l'erreur matérielle n'avait pas eu pour conséquence de modifier le prix total de l'offre; 2°) dans l'arrêt du Conseil d'Etat n° 195.531 du 11 août 2009, NV DESIRE STADSBADER FLAMAND, il résultait de l'examen de l'intention réelle du soumissionnaire, telle qu'exprimée dans la justification des différents prix annexée à l'offre, que le montant d'un poste reposait sur une mauvaise compréhension excusable d'une disposition des documents de marché, le requérant ayant indiqué un montant de 885.760,37 euros alors que l'estimation qui avait été faite pour ce poste par le pouvoir adjudicateur s'élevait à un montant de 2.500 euros pour ce même poste, tandis que la moyenne des offres arrivait à un montant de 2.497,77 euros. En outre, la rectification de l'erreur matérielle commise pour ce poste, impliquait une adaptation matérielle d'autres postes, avec cette conséquence que le Conseil d'Etat a aussi observé que le montant total de l'offre restait inchangé; 3°) dans l'arrêt n° 220.461 du 13 août 2012, NV PERSYN, le Conseil d'Etat s'est en substance limité à reprocher le fait qu'il n'avait pas été tenu compte, dans la motivation de la décision attaquée, d'une demande de rectification d'une erreur matérielle invoquée par l'un des soumissionnaires au sujet de certains prix proposés dans l'offre; 4°) ce qui a été mis en cause par le Conseil d'Etat dans l'arrêt n° 167.268 du 30 janvier 2007, NV CLEANING MASTERS, c'est l'absence de réponse adéquate par le pouvoir adjudicateur à une invocation par le soumissionnaire évincé de ce que la mention dans l'offre d'un prix unitaire nul résultait d'une simple erreur matérielle qu'il convenait de rectifier; dans la troisième affaire citée par la partie intervenante (C.E., arrêt n° 169.271 du 22 mars 2007, NV SOGIAF et consorts), le soumissionnaire avait, d'initiative, averti le pouvoir adjudicateur de ce qu'une erreur matérielle évidente s'était glissée dans son offre et le pouvoir adjudicateur, après avoir procédé à l'examen de l'intention réelle de ce soumissionnaire et après avoir comparé les autres offres déposées, a considéré que le bien-fondé de cette erreur matérielle pouvait être considéré comme établi au regard des circonstances du cas d'espèce; dans l'arrêt n° 84.379 du 23 décembre 1999, NV VAN RYMENANT et consorts, le Conseil d'Etat, après avoir observé que le formulaire du métré récapitulatif n'était pas tout à fait adéquat et pouvait donner lieu à des difficultés d'interprétation au regard de divers postes, s'est contenté de relever qu'une erreur purement matérielle dans le chef d'un seul soumissionnaire n'était pas a

priori à exclure et a fait reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir soit procédé directement à la rectification de cette erreur matérielle, soit, s'il était d'avis que l'intention réelle de ce soumissionnaire n'était pas claire, rejeté l'offre en raison de son irrégularité; dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 166.217 du 21 décembre 2006, NV HERWEYERS, l'erreur matérielle invoquée par le soumissionnaire évincé portait en effet, comme le relève la partie intervenante, sur un glissement de la virgule entraînant un prix unitaire dix fois trop élevé, mais le soumissionnaire évincé avait fait valoir, d'une part, que cette erreur provenait de ce que le poste demandait un prix en m², alors que le poste précédent du métré demandait un prix en m³, ce qui avait suscité l'erreur dans son chef, et, d'autre part, que son prix rectifié avec l'ajout de la virgule avait pour conséquence que le nouveau prix était bien dans la ligne des prix du marché et était par ailleurs tout à fait comparable avec les prix proposés par les autres soumissionnaires. Le Conseil d'Etat a simplement considéré que, face à ces explications, le pouvoir adjudicateur n'avait pas adéquatement motivé sa décision d'évincer ce soumissionnaire en observant simplement que le prix unitaire proposé était "exagéré".

Au stade de l'examen de la demande de suspension, il y a, en conséquence, lieu de considérer que la première branche du deuxième moyen est sérieuse, du fait que la partie adverse semble bien avoir commis une erreur manifeste d'appréciation et n'a, en tout état de cause, pas adéquatement motivé sa décision d'accepter, qui plus est au stade de l'examen de la normalité des prix, que l'erreur invoquée par la partie intervenante peut effectivement être considérée comme une "erreur purement matérielle" au sens de l'article 95, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Indépendamment de la question de savoir s'il est encore possible ou non, dans le cadre de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, de rectifier, lors de l'examen du contrôle de la régularité des prix, une erreur dans une offre qui serait, à juste titre, considérée comme une erreur purement matérielle, il n'y a dès lors pas lieu d'examiner la seconde branche du deuxième moyen du fait qu'il a été précisément considéré, dans le cas d'espèce, que l'erreur invoquée ne peut, *prima facie*, pas être considérée comme une "erreur purement matérielle" au sens de l'article 95, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

VI. PREMIER, TROISIEME ET QUATRIEME MOYENS

Il n'y a pas lieu d'examiner ces moyens qui, même à les reconnaître sérieux, ne seraient pas de nature à conduire à une suspension plus étendue de l'exécution de l'acte attaqué.

VII. DEMANDE DE SUSPENSION DE L'EXECUTION DE LA DECISION IMPLICITE DE NON ATTRIBUTION

VII. 1. Demande de la requérante

La requérante sollicite également la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme KRINKELS, la partie adverse serait *de jure* tenue d'attribuer ce marché à la requérante, quel que soit le moyen qui serait déclaré sérieux.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme KRINKELS, la requête ne paraît pas recevable en son second objet.

VIII. CONFIDENTIALITE

VIII. 1. Thèses des parties

La partie requérante joint en pièce 3 de sa requête son offre, qu'elle souhaite garder confidentielle.

La partie adverse demande de maintenir la confidentialité des offres des requérantes, du courrier de justifications de prix envoyés par la société anonyme KRINKELS ainsi que du tableau reprenant les prix unitaires de tous les soumissionnaires, et ce, de manière à ne pas nuire aux intérêts commerciaux des parties. Elle indique que cette confidentialité doit être préservée en raison, notamment, de la récurrence des marchés similaires lancés par INFRABEL.

La partie intervenante sollicite le maintien du caractère confidentiel de son offre ainsi que de son courrier du 13 août 2014 portant justification du prix unitaire des postes concernés.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen *prima facie* de la demande de suspension d'extrême urgence, il y lieu de maintenir provisoirement la confidentialité demandée par les parties. Cette confidentialité porte sur les offres, le tableau comparatif des prix unitaires, le courrier de justification de la société anonyme KRINKELS et ses annexes et sur le calcul de la valeur corrigée des prix unitaires.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KRINKELS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché de coupe manuelle d'arbres et d'arbustes dans les zones d'arbustes et corridor des talus de l'Arrondissement 53 le long des lignes 78, 90/1, 96, 96/2, 97, 100, 109, 115, 115/1, 106, 118, faisceaux des voies accessoires (e.a. : Saint-Ghislain, Quiévrain, Mons, Tertre, Obourg, Clabecq, Quenast, Soignies, Braine-le-Comte, Hennuyères, Jurbise,...), diverses lignes hors exploitation sur l'arrondissement, y compris l'élimination des déchets de coupes et de déchets divers, à la S.A. KRINKELS, prise par INFRABEL en date du 28 décembre 2015.

Article 3.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'annexe 3 à la demande de suspension, les pièces A à E de la partie confidentielle du dossier administratif et les annexes 2 et 4 de la requête en intervention sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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

Article 7.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept mars deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.