

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.957 du 3 janvier 2017

G./A.220.485/VI-20.881

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

ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban, n° 15-16, bte 11,
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme NELLES FRERES,

ayant élu domicile chez
Me Eric LEMMENS, avocat,
boulevard de la Sauvenière, n° 68, bte 2/2,
4000 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 13 octobre 2016, la société anonyme BODARWE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 5 juillet 2016 de la Région wallonne d'attribuer à la société anonyme NELLES FRERES le marché public de travaux "CSC n° 01.05.02-15J18 – N626 – Saint Vith – Réhabilitation de la section Laiterie – Prümerberg – PM 950 à 3980", ainsi que, pour autant que de besoin, de la décision implicite de la Région wallonne de ne pas lui attribuer le marché.

Par une requête introduite le 28 novembre 2016, la société anonyme BODARWE demande l'annulation de la même décision.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 octobre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 novembre 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme NELLES FRERES a, par une requête introduite le 28 octobre 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 Pierre-Jean PICARD, *loco* Me Christian BOULANGE, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me Elisabeth KIEHL, *loco* Me Eric LEMMENS, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis contraire.

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. Selon un avis publié le 23 septembre 2015 au Bulletin des Adjudications, la partie adverse met en adjudication publique ouverte le marché de travaux de réhabilitation de la section N626 – Saint Vith - Laiterie – Prümberg – PM 950 à 3980.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° 01.05.02-15J18.

Selon le point 2 de la partie "Généralités" de ce cahier spécial des charges:

" [...] L'entreprise comporte deux divisions lesquelles ont des maîtres d'ouvrage distincts à savoir:
Division 1 – Travaux à charge du SPW
[...] Division 2 – Travaux à charge de la commune de St-Vith
[...] Les deux divisions dont objet ci-avant constituent une seule et même entreprise. La comparaison des offres se fait sur la somme des montants de ces deux divisions."

III. 2. Le 15 octobre 2015, a lieu la séance publique d'ouverture des offres. Huit soumissionnaires remettent offre, dont la requérante. Ces soumissionnaires sont les suivants :

- la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, pour un montant de 2.650.237,26 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société anonyme BODARWE, requérante, pour un montant de 2.959.896,66 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- l'association momentanée formée par les sociétés LES ENROBES DU GERNY/KARP KNEIP CONSTRUCTION, pour un montant de 3.125.587,86 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- l'association momentanée formée par les sociétés ADAMS Peter/MARAITE Bernard, pour un montant de 3.162.552,91 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société anonyme Roger GEHLEN, pour un montant de 3.205.169,54 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société anonyme ASWEBO, pour un montant de 3.290.113,21 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- la société anonyme TRAGECO, pour un montant de 3.549.157,82 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise;
- et la société anonyme ELOY et Fils, pour un montant de 3.625.541,43 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III. 3. En date du 19 octobre 2015, la requérante adresse à la partie adverse un courrier dans lequel elle fait état de ce qui suit:

" Ce courrier fait suite aux résultats des deux adjudications précitées.
Au vu des résultats, nous ne pourrions comprendre que pour ces deux dossiers, l'entreprise la moins-disante ne soit tenue de justifier ses prix.

Nous estimons les montants globaux du moins-disant tout à fait anormal vu la nature des travaux et de sa localisation et en respectant le cahier des charges et la législation sociale.

En espérant que vous comprendrez le sens de notre démarche et dans l'attente de la suite que vous accorderez à la présente, [...]".

III. 4. A une date indéterminée, la partie adverse sollicite l'avis du Bureau des prix quant aux offres de la société anonyme NELLES FRERES et de la requérante.

Dans son avis du 30 octobre 2015, le Bureau des prix conclut que l'offre de la société anonyme NELLES FRERES est globalement acceptable et que les postes à prix apparemment anormal ne sont pas de nature à mettre l'économie générale du marché en péril. En conséquence:

" [...] l'offre la plus basse pourrait être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaires soit nécessaire.

Par ailleurs, il faut observer que le montant global de l'offre NELLES est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions calculée conformément à l'article 99, §2, alinéa 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011. Il ne nous paraît toutefois pas utile de demander à l'entrepreneur la justification du montant total de son offre.

En effet, le Bureau des prix a examiné 79,00 % du total de l'offre la plus basse. Les statistiques montrent que les prix remis, bien qu'inférieurs à la normale, ne peuvent être qualifiés d'anormalement bas.

En résumé, l'Administration dispose d'éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre de NELLES n'est pas anormalement bas.

Par conséquent, l'offre de NELLES pourrait être acceptée directement".

III. 5. Par des courriers du 27 novembre 2015, la partie adverse sollicite, d'une part, de la requérante qu'elle lui adresse, dans un délai de 12 jours calendrier, une justification détaillée des prix des postes 36, 38, 40, 41, 43, 52, 55, 64, 75, 96, 151 et 153 et, d'autre part, de la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, qu'elle lui adresse, toujours dans un délai de 12 jours calendrier, une justification détaillée des prix des postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82, 83, 151 et 153. Aucun des postes pour lesquels une justification de prix est demandée aux deux soumissionnaires concernés ne concerne la division 2 du marché, relative aux travaux qui sont à la charge de la commune de Saint-Vith.

La société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, adresse ses justificatifs de prix par un courrier du 8 décembre 2015.

La requérante adresse ses justificatifs de prix par un courrier du 9 décembre 2015.

III. 6. Par un courrier du 14 mars 2016, la partie adverse sollicite de la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, qu'elle lui fasse parvenir une note détaillant la répartition de ses frais généraux (7 % déclarés dans le justificatif de prix).

La société anonyme NELLES FRERES adresse sa justification du taux de 7 % de ses frais généraux de siège par un courrier du 18 mars 2016. Elle joint par ailleurs à son courrier des exemples de justifications de prix faites pour des marchés similaires, révélant la constance de sa position en la matière et qui, selon la société anonyme NELLES FRERES, ont été dûment admises par les pouvoirs adjudicateurs concernés puisque les marchés en cause lui ont été attribués.

III. 7. Par un courrier du 31 mars 2016, la partie adverse fait savoir à la requérante que "les justificatifs des postes 151 et 153 ne sont étayés par aucun document relatif au site de décharge. Dès lors, il nous est difficile de vérifier l'exactitude du temps de parcours et donc des frais de transports avancés". Elle invite donc la requérante à lui faire parvenir, dans un délai de 7 jours, "une attestation de l'endroit prévu pour la décharge des terres ainsi qu'un document justifiant vos frais de décharge".

La requérante adresse des justificatifs complémentaires par un courrier du 7 avril 2016.

III. 8. Suite à l'analyse des offres à laquelle elle déclare avoir procédé, la partie adverse propose à la commune de Saint-Vith d'attribuer le marché à la société anonyme NELLES FRERES, pour le prix de 2.650.237,26 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

Par une délibération du 18 mai 2016, la commune de Saint-Vith marque son accord quant à cette attribution, rappelant sa prise en charge financière de cette offre à concurrence de 95.864,63 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III. 9. Le 23 juin 2016, l'Inspection des Finances donne son visa, sans objection, quant à l'attribution du marché en faveur de la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante. Dans le document qui fait mention de ce visa, il est fait également état d'un "rapport d'examen des offres" qui aurait été établi en date du 27 mai 2016. Aucun document de ce type ne figure cependant dans le dossier administratif.

III. 10. Par une décision motivée du 5 juillet 2016, la partie adverse considère que tous les soumissionnaires satisfont à la sélection qualitative et que toutes les offres sont formellement régulières au sens de l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Elle décide d'attribuer le marché conjoint de travaux à la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, pour le montant de 2.650.237,26 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise, dont 2.554.372,63 euros à charge de la partie adverse et 95.864,63 euros à charge de l'administration communale de Saint-Vith.

Les passages pertinents de cette décision sont les suivants:

" Considérant que les offres reçues sont formellement régulières au sens de l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;

Considérant qu'en ce qui concerne la régularité matérielle des offres (article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), il a été procédé à la vérification des prix;

Considérant que l'Administration a consulté le Bureau des prix qui, dans son avis du 28 octobre 2015, a estimé que l'offre la moins disante remise par la société NELLES Frères était globalement acceptable;

Considérant que l'Administration a procédé à l'analyse des prix remis conformément à l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que dans ce cadre des compléments d'information pour les prix remis pour certains postes, ont été demandés aux deux plus bas soumissionnaires, à savoir la société NELLES Frères et BODARWE;

Considérant qu'en date du 27 novembre 2015, l'Administration a demandé des compléments d'informations à la société NELLES Frères pour les prix remis pour les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets ainsi que pour les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83 concernant notamment des travaux de fraisage, de démolition, déblais, de terrassement et de fondation en béton;

Considérant que la société NELLES Frères a répondu dans le délai requis, qu'elle justifie ses prix remis pour les postes relatifs à l'évacuation des déchets notamment par l'utilisation des terres par un centre de recyclage appartenant à cette société;

Considérant, en outre, que pour les prix remis pour les autres postes, ce soumissionnaire précise, de manière détaillée, les prix remis pour le personnel employé, le matériel utilisé et justifie le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier;

Considérant qu'à la même date, l'Administration a également interrogé la société BODARWE à propos des prix remis pour les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets ainsi que pour les prix remis pour les postes 36, 38, 40, 41, 43, 52, 55, 64, 75 et 96 concernant notamment, des travaux de déblais, de remblais, de terrassement, d'enrobé et de mise en œuvre de matériaux drainants;

Considérant que pour les postes relatifs à l'évacuation de déchets, ce soumissionnaire précise que les terres et cailloux seraient utilisés dans le cadre d'un autre chantier situé à proximité de celui qui est visé dans le présent marché;

Considérant que pour les autres postes liés aux opérations de génie civil, ce soumissionnaire apporte les renseignements utiles pour justifier le niveau de rentabilité ainsi que les prix remis pour la main d'œuvre employée, le matériel utilisé et les matériaux mis en œuvre;

Considérant qu'il ressort de l'analyse des justifications apportées par ces deux soumissionnaires, que les prix remis n'apparaissent pas anormalement bas ou de nature à mettre l'économie générale du marché en péril, qu'ils sont considérés comme permettant d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges;

Considérant que l'Administration estime que ces justifications sont acceptables;

Considérant que bien que le montant total de l'offre remise par la S.A. NELLES Frères se situe plus de 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres calculée conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ce montant ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes;

Considérant que l'offre de la S.A. NELLES Frères est la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges;

Considérant que, conformément à l'article 61 § 4, aliéna 2, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il a été vérifié que la S.A. NELLES Frères ne se trouve pas dans un cas d'exclusion visé à l'article 61 de l'arrêté royal précité;

Considérant que la commune de Saint Vith a approuvé l'offre de la S.A. NELLES en sa séance du collège communal du 17/05/2016".

Il s'agit de la décision attaquée qui a été notifiée à la requérante et à la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, par courriers du 29 septembre 2016, ce qui signifie que la décision d'attribution du marché a également été notifiée le même jour à la partie intervenante.

III. 11. Par un courrier du 5 octobre 2016, le conseil de la requérante a accusé réception de la notification du 29 septembre 2016 et a sollicité la communication du rapport d'analyse des offres, ainsi que de l'avis du Bureau des prix.

Une suite négative a été réservée à cette demande par la partie adverse en date du 11 octobre 2016, et ce au motif qu'une autorité adjudicatrice ne doit, en application de l'article 29, § 2, de la loi du 17 juin 2013, communiquer à un soumissionnaire non retenu que "les motifs de non choix".

Aucun rapport d'examen ou d'analyse des offres ne figure dans le dossier administratif. L'avis du Bureau des prix du 30 octobre 2015, sans les annexes, figure dans la partie "non confidentielle" du dossier administratif, tandis que cet avis avec ses annexes est aussi repris dans la partie "confidentielle" de ce dossier.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 28 octobre 2016, la société anonyme NELLES FRERES demande à intervenir dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

V. 1. Thèses des parties

La partie adverse plaide l'incompétence du Conseil d'Etat du fait que la décision attaquée a été notifiée à la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, et que le contrat relatif à l'attribution du marché public contesté est déjà valablement formé.

Après avoir rappelé la portée des articles 11 et 30 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, elle fait tout d'abord valoir qu'elle n'avait pas à respecter un délai légal d'attente avant de procéder à la notification de la décision d'attribution. En effet, le montant du marché est de seulement 2.190.278,68 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, alors que le seuil de la publicité obligatoire au niveau belge est de 2.612.500,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. Elle précise ensuite qu'il ressort clairement, tant des documents du marché que de son attitude, qu'elle n'a pas non plus entendu appliquer de délai d'attente volontaire.

Dès lors qu'elle n'avait donc pas à respecter de délai d'attente, la partie adverse considère qu'elle a pu valablement notifier la décision d'attribution du marché à la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, ce qui implique que le marché est conclu et, qu'en application des articles 21 et 30 de la loi du 17 juin 2013 précitée, ce marché ne peut plus être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours quelle qu'elle soit.

La partie adverse déclare encore ne pas ignorer que le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé en sens contraire, mais elle se fonde sur les dispositions précitées de la loi du 17 juin 2013 de même que sur une certaine doctrine pour solliciter de manière expresse un revirement de jurisprudence en cette matière.

La partie intervenante déclare également s'interroger quant à la recevabilité du recours.

A l'audience, la requérante fait valoir que son intérêt à obtenir la suspension de la décision d'attribution du marché est d'autant plus évident que cette décision a été notifiée le même jour que la décision de non-attribution, ce qui rend les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu d'autant plus suspectes que, d'une part, le marché ne pourra commencer à être exécuté avant l'année prochaine, soit après que le chantier qu'elle réalise actuellement pour la partie adverse soit terminé, et que,

d'autre part, les circonstances dans lesquelles la décision attaquée a été prise sont elles-mêmes suspectes. Elle fait à cet égard, notamment, valoir qu'elle n'a pas pu prendre connaissance de l'avis du Bureau des prix, du fait de sa confidentialité, et que le rapport d'analyse des offres n'est tout simplement pas repris dans le dossier administratif. Elle considère par ailleurs que rien ne justifie que le Conseil d'Etat décide de se départir de sa jurisprudence antérieure.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Comme le rappelle tout d'abord à juste titre la partie adverse, le montant du marché public litigieux n'atteint pas le seuil minimum nécessaire à rendre de plein droit applicable le délai légal d'attente en vue de la conclusion du contrat, et ce en application des articles 11 et 30 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 ailleurs, même si cela semble bien avoir été envisagé par la partie adverse dans un premier temps, ainsi qu'il résulte d'un projet de courrier annonçant un délai d'attente de 15 jours en application de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 précitée, aucun délai d'attente volontaire n'a non plus été annoncé à la requérante et la décision d'attribution du marché litigieux à la partie intervenante a bien été communiquée à cette dernière par un courrier daté du 28 septembre 2016. Il s'ensuit que le contrat portant sur le marché public litigieux a bien été conclu, et ce avant même l'introduction de la présente demande de suspension.

Selon l'article 14 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, l'instance de recours compétente peut, dans les circonstances indiquées par cette disposition, annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, et ce à la demande de toute personne "ayant" ou "ayant eu" un intérêt à obtenir un marché déterminé et "ayant été" ou "risquant d'être" lésée par la violation alléguée.

Au regard de cette disposition et comme le Conseil d'Etat l'a déjà relevé à diverses reprises, un requérant, en tant que soumissionnaire dans le cadre d'un marché public contesté, a un intérêt suffisant pour faire annuler cette décision d'attribuer le marché à un tiers, dès lors qu'il a ou a eu un intérêt à obtenir le marché, et ce lorsque la violation qu'il allègue a précisément eu pour effet que le marché ne lui a pas été attribué mais l'a été à un autre soumissionnaire. De même, la circonstance qu'un contrat a été conclu entre-temps et que ce contrat serait même déjà existant n'enlève rien à cet intérêt. L'intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution est en principe apprécié indépendamment du contrat qui fait suite à celle-ci et il est inhérent

au recours contre un tel acte, dit détachable, qu'il reste sans effet direct sur le contrat, à propos duquel ce n'est pas le Conseil d'Etat mais bien le juge judiciaire qui est compétent.

Par ailleurs, en vertu de l'article 15 de la même loi du 17 juin 2013, l'instance de recours compétente peut, dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la loi et en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14.

Il résulte en conséquence de ces dispositions qu'il suffit de pouvoir raisonnablement prétendre que l'on a eu un intérêt à obtenir le marché pour que l'instance de recours compétente en la matière, à savoir en l'espèce le Conseil d'Etat saisi d'un recours contre l'acte détachable que constitue la décision d'attribution d'un marché public, soit et reste compétente pour connaître tant de l'annulation que de la demande de suspension dirigée contre cette décision, et l'usage des termes "a eu" établissent à l'évidence qu'il importe peu à cet égard que le contrat ait lui-même déjà été conclu, voire même soit déjà en cours d'exécution ou déjà exécuté.

Il appartient en effet au Conseil d'Etat d'exercer pleinement la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013 précitée, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, ensuite d'un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours. En effet, en matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure de référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre, en l'occurrence par la conclusion du marché passé, poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés, et partant d'égalité entre les justiciables. Il en va d'autant plus ainsi que subordonner, comme paraissent le faire la partie adverse et la partie intervenante, l'accès à une procédure de référé à un standstill volontaire, lorsqu'aucun délai d'attente légal n'est prévu par la loi, revient, en réalité, à laisser au pouvoir adjudicateur le soin de décider au cas par cas, si oui ou non la décision qu'il a prise pourra être entreprise en référé devant le Conseil d'Etat, ce qui constituerait une violation de l'article 160 de la Constitution, qui charge le législateur de régler la compétence du Conseil d'Etat.

L'exception d'incompétence du Conseil d'Etat est, en conséquence, rejetée.

VI. DE L'URGENCE

VI. 1. Thèses des parties

La partie adverse rappelle qu'en application des articles 11, 23 et 63 de la loi du 17 juin 2013, le délai pour introduire un recours en suspension en extrême urgence est de 15 jours à compter "du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3". Elle observe, qu'en l'occurrence, la décision motivée d'attribution a été adressée à la partie requérante par courrier du 28 septembre 2016 de la partie adverse, avec cette conséquence que le délai de 15 jours a commencé à courir à compter du 29 septembre 2016 et est venu à expiration le 13 octobre 2016. Elle en conclut qu'il convient de vérifier que le cachet faisant foi du dépôt du recommandé à la poste mentionne bien la date du 13 octobre 2016, et non celle du 14 octobre 2016, auquel cas la requête serait irrecevable *ratione temporis*.

La partie intervenante se réfère à l'observation formulée par la partie adverse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort, d'une part, tant des pièces du dossier administratif que des annexes à la requête que la décision attaquée a été notifiée à la requérante par courrier recommandé daté du 28 septembre 2016 et, selon la partie requérante, reçu le 29 septembre 2016 et, d'autre part, du dossier greffe que la requête a été déposée à la poste le 13 octobre 2016.

Il s'ensuit que la requête a bien été introduite dans le délai de 15 jours prévu à cet effet.

La requête est donc bien recevable *ratione temporis*.

VII. DECISION IMPLICITE DE REFUS D'ATTRIBUTION

VII. 1. Thèses des parties

La requérante sollicite, "pour autant que de besoin", la suspension de l'exécution de la décision implicite de la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

La partie adverse, se référant à la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle l'hypothèse exceptionnelle de la censure d'une décision implicite de refus d'attribuer un marché public à un soumissionnaire doit être réservée au contentieux de l'annulation, fait valoir que la requête est irrecevable en ce qu'elle a précisément cet objet.

La partie intervenante fait également valoir que la requête est irrecevable en son second objet, en ce que la requérante ne soutient et ne démontre pas que le marché litigieux aurait dû lui être attribué.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas, et la requérante ne démontre pas non plus, qu'en cas de suspension ordonnée de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la partie intervenante, la partie adverse serait nécessairement tenue d'attribuer le marché à la société requérante évincée, le moyen unique de la requête fût-il déclaré sérieux en toutes ses branches. Ainsi, la partie adverse pourrait-elle, notamment, retirer la décision d'attribution et procéder à un nouvel examen des soumissions ou, encore, renoncer à passer le marché.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de la décision attaquée, la requête n'est donc pas recevable, en son second objet, en ce qu'elle vise la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante.

VIII. EXAMEN DU MOYEN UNIQUE

VIII. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

Dans son moyen unique, pris de la violation des articles 5 et 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 21, 95, § 3, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 8°, et 8, § 1^{er}, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la concurrence et de son corollaire, le principe de l'égalité entre soumissionnaires,

du principe de bonne administration, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation, la requérante développe trois branches.

Dans une première branche, la requérante fait valoir que la partie adverse aurait dû retenir une présomption d'illégalité dans le chef de l'offre de la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, dès lors que cette offre s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Elle développe ce moyen comme suit:

" En ce que la décision motivée d'attribution du marché attribue le marché à la SA NELLES Frères pour un montant de 2.650.237,26 euros TVAC.
L'offre de la SA NELLES Frères s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires.
L'offre de la SA NELLES Frères doit donc être considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

La partie adverse, en présence de cette offre, n'a pas invité la SA NELLES Frères à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéa 2, 4°, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011, et estimé dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présentait pas de caractère anormal comme suit :

«Considérant que l'Administration a consulté le Bureau des prix qui, dans son avis du 28.10.2015, a estimé que l'offre la moins disant remise par la société NELLES Frères était globalement acceptable;
[...]

Considérant que, bien que le montant total de l'offre remise par la SA NELLES Frères se situe plus de 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres calculée conformément à l'article 99, § 2, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011, ce montant ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes»;

Alors que l'article 99, § 2, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 dispose que :

«Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins 4 offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elle soit régulière ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

[...]

En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :

1. soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
2. soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4. Si après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière.

[...].».

Cette disposition oblige le pouvoir adjudicateur à vérifier la régularité de toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires.

Cette obligation de vérification doit être réalisée par le pouvoir adjudicateur de manière sérieuse et conformément à son devoir de minutie, même s'il n'a pas l'obligation de demander une justification au soumissionnaire en cause.

Dans un avis du 09.07.1986 (A.34293/III-9-1000), le Conseil d'Etat avait considéré que :

«L'Administration devra établir qu'elle a procédé à une vérification complète et approfondie de la soumission et indiquer toutes les raisons pour lesquelles elle a jugé que le montant, tout en étant bas, ne l'était pas anormalement».

L'objectif de la réglementation sur le contrôle du montant total de l'offre, comme d'ailleurs sur le contrôle des prix anormaux, est double :

- d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics;
- d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant repris des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

C'est au regard de ce double objectif que le pouvoir adjudicateur doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a bien procédé au contrôle du montant total de l'offre dans le respect de ses principes.

Or, en l'espèce, la partie adverse se contente de préciser dans la décision d'attribution (1) qu'elle a consulté le Bureau des prix qui a estimé que l'offre était globalement acceptable et (2) que le montant total de l'offre ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes.

Il apparaît qu'après avoir interrogé le Bureau des prix, dont l'avis, basé sur des statistiques sans avoir égard aux particularités du marché, n'est pas produit, la partie adverse a estimé pouvoir considérer que le montant total de l'offre ne présentait pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes.

Or, la partie adverse a interrogé la SA NELLES Frères pour les prix remis pour les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets, ainsi que pour les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83 concernant notamment des travaux de fraisage, de démolition, déblais, de terrassement et de fondation en béton (décision d'attribution, 5^{ème} considérant), soit 11 [lire: '10'] postes sur 183 postes que contient le bordereau de prix.

La requérante ignore les prix remis par la SA NELLES Frères pour ces différents postes, mais, sur base de ses propres prix affectés d'un coefficient tenant compte de la différence de prix entre l'offre de la requérante et l'offre de la SA NELLES Frères, il apparaît que la partie adverse a interrogé la SA NELLES Frères sur des postes totalisant une somme de l'ordre de 307.967,52 euros TVAC et qu'elle fonde dès lors sa conviction sur cette analyse parcellaire et critiquée (voir infra deuxième branche) pour forger sa conviction sur le caractère normal ou anormal du montant total de l'offre.

Une telle motivation ne fait aucunement ressortir que la partie adverse aurait adéquatement examiné le montant total de l'offre pour conclure qu'il ne présentait pas de caractère anormal.

La partie adverse raisonne donc par extrapolation sur base de justifications de prix fournies par la SA NELLES Frères qui, ensemble, représentent seulement +/- 11,6 % de l'offre de la SA NELLES Frères.

Cette extrapolation ne peut en aucune mesure constituer une réelle vérification du montant global de l'offre à laquelle était tenue la partie adverse en raison de l'anormalité présumée de ce montant total.

En se contentant d'extrapolation et en ne procédant pas à son devoir de vérification de l'anormalité présumée du montant de l'offre de la SA NELLES Frères, la partie adverse a méconnu les dispositions visées au présent moyen.

Il en résulte que le moyen en sa première branche est sérieux".

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que l'offre de la société anonyme NELLES FRERES, partie intervenante, aurait dû être considérée comme atteinte d'une irrégularité substantielle, du fait qu'elle comporte des prix anormaux. Elle développe ce moyen comme suit:

" En ce que :

Par son courrier du 27.11.2015, la partie adverse a demandé à la requérante une justification écrite et détaillée des prix des postes suivants, totalisant la somme de 990.739,59 euros TVAC :

Poste	Désignation	Quantité	Prix Bodarwé-Adams	Total
151	Mise en site autorisé de déchets traités de terres	19.754,30m ³	3,00	59.262,90
153	Mise en site autorisé de déchets traités de pierres naturelles	8.972,00 m ³	3,00	26.916,00
36	Déblais localisés	9.053,00 m ³	6,00	54.318,00
38	Déblais localisés	11.672,00 m ³	1,60	18.675,20
40	Déblais supplémentaires sol rocheux	6.720,00 m ³	1,00	6.720,00
41	Déblais supplémentaires sol compact	2.000,00 m ³	1,00	2.000,00
43	Remblai général	1.260,00 m ³	14,09	17.753,40
52	Terrassement pour drain	2.683,00 m ³	35,00	93.905,00
55	Terrassement pour canalisation supplémentaire sol compact	794,00 m ³	2,00	1.588,00
64	Sous-fondation type 4	26.871,00 m ²	16,45	442.027,95
75	Opération sur revêtement en Enrobé	6.716,00 m	0,10	671,60

96	Matériau drainant pierres 20/32	2.713,00 m³	35,00	94.955,00
12 postes				818.793,05

Prix de la SA BODARWE

818.793,05
+ TVA 21 %

990.739,59.

Ces postes représentent 33,5 % du montant de la soumission de la requérante, soit 2.959.896,66 euros TVAC.

Selon la décision d'attribution, par courrier du même jour du 27.11.2015, la partie adverse a demandé à la SA NELLES Frères une justification écrite et détaillée des prix des postes suivants :

Poste	Désignation	Quantité
151	Mise en site autorisé de déchets traités de terres	19.754,30 m³
153	Mise en site autorisé de déchets traités de pierres naturelles	8.972,00 m³
7	Démolition sélective par fraisage	17.499,00 m²
36	Déblais localizes	9.053,00 m³
38	Déblais localizes	11.672,00 m³
40	Déblais supplémentaires sol rocheux	6.720,00 m³
41	Déblais supplémentaires sol compact	2.000,00 m³
55	Terrassement pour canalisation supplémentaire sol compact	794,00 m³
82	Bordure – Filet d'eau	2.067,00 m
83	Bande de contrebutage	4.473,00 m

Ces postes totalisent, sur base des prix remis par la requérante, affectés d'un coefficient de 11,7 %, la somme de 307.967,52 euros, selon le détail reproduit ci-dessous :

Poste	Désignation	Quantité	Prix Bodarwé car on ne connaît pas ceux de Nelles	Total
151	Mise en site autorisé de déchets traités de terres	19.754,30 m³	3,00	59.262,90
153	Mise en site autorisé de déchets traités de pierres naturelles	8.972,00 m³	3,00	26.916 ,00
7	Démolition sélective par fraisage	17.499,00 m²	1,20	20.998,80
36	Déblais localizes	9.053,00 m³	6,00	54.318,00
38	Déblais localizes	11.672,00 m³	1,60	18.675,20
40	Déblais supplémentaires sol rocheux	6.720,00 m³	1,00	6.720,00
41	Déblais supplémentaires sol	2.000,00 m³	1,00	2.000,00

	compact			
55	Terrassement pour canalisation supplémentaire sol compact	794,00 m ³	2,00	1.588,00
82	Bordure – Filet d'eau	2.067,00 m	15,53	32.100,51
83	Bande de contrebutage	4.473,00 m	14,68	65.663,64
10 postes				288.243,05

Estimation des prix de la S.A. NELLES (suivant les résultats d'adjudication)	288.243,05
	- 11,7 %
	254.518,61
	+ TVA 21 %
	307.967,52

Le coefficient de 11,7 % résulte de la différence de prix entre la soumission de la requérante et la soumission de la SA NELLES Frères.

Le montant de 307.967,52 euros doit très certainement être minoré en additionnant les prix remis pour ces postes par la S.A. NELLES Frères.

Sur base des prix de la requérante pour ces 10 postes, affectés d'un coefficient de 11,7 %, la SA NELLES Frères a donc été interrogée sur des prix totalisant 11,6 % du montant total de sa soumission affecté d'une présomption d'anormalité.

La consultation du dossier administratif permettra à votre conseil de juger de la différence de traitement appliquée par la partie adverse entre la requérante et la SA NELLES Frères, dont pourtant la soumission présentait un montant total présumé anormal.

La décision motivée d'attribution du marché contient, en ce qui concerne l'analyse des prix de la SA NELLES Frères, les considérants suivants :
«[...]».

Alors que :

- L'article 95, § 3, alinéa 2, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 dispose que :
«L'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou les 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».
- L'article 21, § 1^{er}, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 précise quant à lui 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».

Cette disposition oblige le pouvoir adjudicateur à vérifier la régularité des prix des offres introduites : pour chaque prix qui lui est présenté, il doit se poser la question de savoir s'il est possible d'exécuter le marché tel qu'annoncé pour ce prix. Cette obligation de vérification doit être réalisée par le pouvoir adjudicateur de manière sérieuse et conformément à son devoir de minutie.

La décision motivée d'attribution du marché révèle que la partie adverse a considéré que la SA NELLES Frères :

- a justifié ses prix remis pour les postes relatifs à l'évacuation des déchets, notamment par l'utilisation des terres par un centre de recyclage appartenant à cette société;

- a précisé de manière détaillée, pour les autres postes, les prix remis pour le personnel employé, le matériel utilisé et justifié le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier.

La partie adverse a également considéré que les prix remis n'apparaissaient pas anormalement bas ou de nature à mettre l'économie générale du marché en péril et qu'ils étaient considérés comme permettant d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges.

Sans qu'il soit question pour le Conseil d'Etat de vouloir substituer son appréciation à celle de la partie adverse quant à la décision de considérer les prix pour lesquels elle a interrogé la SA NELLES Frères comme «acceptables», il n'en reste pas moins qu'il relève de la compétence du Conseil de vérifier si, au regard des exigences de motivation qui reposent sur la partie adverse, cette dernière ne doit pas être considérée comme ayant commis une erreur manifeste d'appréciation et violé son devoir de minutie en estimant que les justifications de la SA NELLES Frères sont acceptables.

A cet égard, en ce qui concerne les postes relatifs à l'évacuation des déchets, soit les postes 151 et 153, la partie adverse se satisfait de l'affirmation de la SA NELLES selon laquelle lesdits déchets seraient utilisés par un centre de recyclage lui appartenant sans même avoir vérifié, selon la motivation, l'existence d'une convention entre les deux sociétés prenant ainsi pour argent comptant les déclarations du soumissionnaire interrogé sur l'anormalité de ses prix.

La simple allusion à «l'utilisation des terres par un centre de recyclage appartenant à cette société» ne constitue en aucune mesure un facteur concret et objectif susceptible de justifier le prix et dissiper l'apparence d'anormalité.

Les postes relatifs à l'évacuation des déchets pour lesquels la société NELLES Frères a été interrogée sont les postes :

- 151 : mise en site autorisé de terres : 19.754,30 m³;
- 153 : mise en site autorisé de terres : 8.972,00 m³.

Ces deux postes comprennent le chargement des terres sur camion, leur transport vers un site autorisé, le déchargement et le nivellement des terres.

A supposer même qu'un centre de recyclage appartenant à la société NELLES Frères utilise lesdites terres (sic), encore faut-il les charger sur camion, les transporter et les décharger.

La décision ne contient aucune explication permettant au Conseil d'Etat de considérer que la justification de la SA NELLES Frères a pu convaincre la partie adverse du caractère «acceptable» du prix de ces deux postes.

En ce qui concerne les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83 concernant notamment les travaux de fraisage, de démolition, de déblais, de terrassement et de fondation de béton, la partie adverse prétend que :

«Ce soumissionnaire précise de manière détaillée les prix remis pour le personnel employé, le matériel utilisé et justifie le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier».

Cette motivation est contraire à l'avis des propres services de la partie adverse, ainsi que cela résulte des informations recueillies par la requérante auprès de la Commune de St Vith qui, pour rappel, est maître d'ouvrage des divisions 2 de l'entreprise.

Les services de la partie adverse considèrent en effet que les justifications fournies par la SA NELLES Frères contiennent des incohérences, ne tiennent pas compte des frais de coordination sécurité santé (2,5 %) ni de la redevance CRR (0,8 %) et

que l'ensemble des prix unitaires des postes pour lesquels une justification a été demandée à la SA NELLES Frères sont sous-estimés et doivent être considérés comme anormalement bas.

La S.A. NELLES Frères produit par ailleurs à titre de justificatif du poste 7 («Démolition sélective par fraisage de revêtements hydrocarbonés, en épaisseurs variables, profondeur : 10 cm < E variable <= 15 cm. Avec mise en dépôt»), une offre du 12.10.2015 de la S.A. ENROBEST qui présente les caractéristiques suivantes selon l'actionnaire de référence de cette société :

- Cette offre n'est pas signée.
- Cette offre a été rédigée par la S.A. NELLES Frères, actionnaire minoritaire de la société, sans l'accord des autres actionnaires.

En toute hypothèse, indépendamment du fait qu'il s'agit d'une offre de complaisance, il convient d'observer que la seule jonction à une offre d'une convention de sous-traitance sans autre espèce de justification au regard du contenu proprement dit d'une telle convention qui est la reproduction pure et simple du libellé du poste, en regard duquel figure un prix encore inférieur à celui remis par le soumissionnaire, suspecté d'anormalité, ne constitue pas un facteur concret et objectif susceptible de justifier le prix et d'en dissiper l'apparence d'anormalité.

Dès lors que la partie adverse a considéré qu'elle devait interroger la SA NELLES Frères quant au caractère anormal des prix de certains postes du métré, elle a considéré que le prix de ces postes était de nature à mettre l'économie générale du marché en péril ou ne permettait pas d'exécuter les obligations résultant du cahier des charges.

Or, l'existence d'un seul prix anormal, quel que soit son montant, rend l'offre irrégulière et suffit pour amener le Conseil d'Etat à considérer que l'offre de la SA NELLES Frères doit être écartée.

Il y a dès lors lieu de considérer que la seconde branche du moyen est également *prima facie* sérieuse en ce qu'il est fait reproche à la partie adverse d'avoir violé son devoir de minutie et partant d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prix remis par la SA NELLES Frères sont acceptables".

Dans une troisième branche, la requérante invoque un défaut de motivation de la décision attaquée. Elle fonde cette branche sur l'argumentation suivante:

- " En application des articles 21, §§ 1^{er} et 3, 95, § 3, et 99, § 1^{er}, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 relatifs à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraît anormalement bas par rapport aux prestations exécutées, doit, avant d'écarter l'offre en cause pour cette raison, inviter le soumissionnaire concerné à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné.

Le pouvoir adjudicateur doit également vérifier les justifications fournies et interroger à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

Ceci implique que le pouvoir adjudicateur ne peut déclarer une offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire interrogé sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence.

Pour pouvoir être admises par le pouvoir adjudicateur, les justifications de prix avancées par le soumissionnaire en cause doivent par ailleurs être acceptables,

précises, concrètes et étayées en fait.

Pour rappel, voir *supra* première branche du moyen, l'objectif de la réglementation est double :

- protéger le pouvoir adjudicateur,
- protéger les exigences d'une saine concurrence.

C'est donc au regard de ce double objectif que le pouvoir adjudicateur doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a bien procédé au contrôle des prix anormaux.

Or, rien dans le dossier administratif dont la partie requérante a actuellement connaissance, à savoir la décision motivée d'attribution du marché, ne permet de considérer que la partie adverse a bien adéquatement apprécié la précision, l'exactitude et la pertinence de la justification des prix des différents postes fournie par la SA NELLES Frères.

En effet, la décision motivée d'attribution du marché précise simplement ce qui suit à ce sujet :
«[...]».

Une telle motivation ne fait aucunement ressortir que la partie adverse aurait adéquatement examiné en quoi les prix remis pour les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets et qui resteraient à accomplir nonobstant l'utilisation des terres par un centre de recyclage appartenant à la SA NELLES Frères, permettraient à celle-ci de réaliser ces prestations pour le prix remis.

Par ailleurs, pour les autres postes, soit les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83 concernant notamment des travaux de terrassement et de fondation en béton, prendre pour argent comptant les justifications du soumissionnaire ne fait aucunement ressortir que la partie adverse aurait adéquatement examiné en quoi l'ampleur des prestations à accomplir par la SA NELLES Frères permettrait à celle-ci de les exécuter pour les prix qu'elle a remis et qui ont été estimés anormalement bas.

La partie adverse a dès lors violé non seulement son devoir de minutie, mais également son obligation de motivation, formelle et matérielle.

Il relève de la compétence du Conseil d'Etat de vérifier si, au regard des exigences de motivation qui reposent sur la partie adverse, celle-ci ne doit pas être considérée comme ayant commis une erreur manifeste d'appréciation et violé son devoir de minutie en acceptant les justifications de la SA NELLES Frères sur la seule base des considérations qui figurent dans la décision motivée d'attribution.

Votre Conseil devra constater que la partie adverse a violé tant son obligation de motivation formelle et matérielle que son devoir de minutie et, partant, a commis une erreur manifeste d'appréciation, en considérant pour les seules raisons indiquées dans la motivation de la décision d'attribution du marché que les prix remis par la SA NELLES Frères n'apparaissent pas anormalement bas ou de nature à mettre l'économie générale du marché en péril et qu'ils sont considérés comme permettant d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges, lesdites justifications étant acceptables.

Le moyen [en sa] troisième branche est également sérieux".

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse considère qu'aucune des trois branches du moyen unique n'est sérieuse.

S'agissant de la première branche et après avoir rappelé le prescrit de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, elle justifie sa position de la manière suivante:

" [...] Le nombre des offres déposées est supérieur à sept. La moyenne des offres est de 3.148.664,00 euros

L'offre de la S.A. NELLES est d'EUR 2.650.237,26. Elle s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres. La partie adverse avait donc à vérifier le montant total de celle-ci. Elle a procédé à une telle vérification.

[...] L'article 99, § 2, de l'AR du 15 juillet 2011 ne crée pas une présomption d'irrégularité de l'offre dont le montant s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres.

«L'absence de présomption d'anormalité était confirmée par l'article 110, § 4, de l'A.R. du 8 janvier 1996, selon lequel une offre inférieure de 15 % à la moyenne pondérée était 'considérée comme exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total'.

Désormais, selon l'article 99, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011, une telle offre «est considérée comme exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total».

Le rapport au Roi est muet sur la portée de ce changement de formulation.

L'article 57 de la directive 2004/17/CEE du 31 mars 2004, transposé par l'article 21 de l'A.R. 15 juillet 2011, est plus explicite que l'article 27 de la directive CEE 93/36 du 14 juin 1993 qui lui-même reprenait l'article 29 § 5 de la directive CEE 71/305 du 26 juillet 1971 quant aux précisions ou justifications que peut donner un soumissionnaire interrogé. Il ne contient aucune mention relative à une telle présomption.

Au départ de ces justifications, il appartient au Pouvoir Adjudicateur de procéder à la vérification du montant global de l'offre. La disposition ne va pas jusqu'à imposer de considérer que l'anormalité du montant total de l'offre est établie à défaut de justification [...].

[...] En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter le soumissionnaire à fournir des justificatifs de prix, dès lors qu'il dispose d'éléments probants pour justifier le caractère normal du montant global :

«L'offre inférieure de 15 % de la moyenne des offres doit être vérifiée quant à son montant global. Le pouvoir adjudicateur doit procéder à une vérification sérieuse en exécution de son devoir de minutie. Mais il n'est pas tenu demander une justification au soumissionnaire en cause.

[...] Pour donner suite à cet avis, une Circulaire du Ministre des Travaux publics n° 534-70 du 12 mars 1987 a attiré l'attention des services de ce département sur les risques attachés à une attitude laxiste à l'égard des prix bradés et, sur avis de la Commission des marchés publics [...], une circulaire du Premier Ministre du 6 juillet 1987 [...] a fait de même, concluant que la vérification des prix sans demande de justification ne pourra être adoptée que dans l'hypothèse où :

- soit le service adjudicateur dispose d'éléments tout à fait probants pour justifier le caractère normal du montant global de l'offre, en dépit du fait qu'il s'écarte de 15 % au moins par rapport à la moyenne des montants des

- soumissions déposées;
- [...].

C'est en ce sens que s'est prononcée la section d'administration du Conseil d'Etat par un arrêt du 7 décembre 1993 [...].»

Le rapport au Roi précédant l'A.R. du 8 janvier 1996 reprend cette jurisprudence :

«Conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, le pouvoir adjudicateur qui n'a pas l'intention d'écarter un soumissionnaire, est dispensé de demander à ce dernier de justifier son prix. Il se peut, par exemple, que le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments lui permettant d'établir une justification selon laquelle le prix remis est normal, malgré qu'il se situe en-dessous de la moyenne de 15 p.c. calculée selon le § 4. Dans ce cas, la formalité ne devra pas être accomplie» [...].

Autrement dit, il n'est pas tenu d'interroger le soumissionnaire s'il dispose d'éléments suffisants pour lui permettre d'exclure cette anomalie. Il peut d'emblée rejeter le grief d'anomalie apparente sans demander de justifications [...].

Encore convient-il que ce faisant, il exerce son pouvoir d'appréciation de manière raisonnable au vu des éléments en sa possession qui l'ont amené à vérifier [...].

[...] En l'occurrence :

- sur base de l'expertise qui est la sienne en la matière, et au vu du caractère tout à fait habituel des travaux objet du marché litigieux, la partie adverse disposait de suffisamment d'éléments pour conclure au caractère normal du prix global de l'offre de la S.A. NELLES ;
- la partie adverse a pris soin de solliciter l'avis du Bureau des prix. Celui-ci conclut, sans équivoque aucune, que nonobstant le fait que le montant global de l'offre NELLES est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions calculée conformément à l'article 99, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2001, il ne lui paraît pas utile de demander à l'entrepreneur la justification du montant total de son offre. Il estime, que «l'Administration dispose de suffisamment d'éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre NELLES n'est pas anormalement bas» :

Le tableau DOC P0 (annexe 1) donne le classement des soumissionnaires et leur numéro de référence respectif.

Pour les postes principaux de cette adjudication ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des prix, le tableau DOC C2 (annexe 2) donne la comparaison entre les prix des deux offres les plus basses, ceux de l'estimation de votre direction et les moyennes statistiques du Bureau des prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent 79,00 % du total de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation du Bureau des prix, une surévaluation de votre estimation de 8,78 %. Quant à l'offre la plus basse NELLES, elle se situe -9,55 % en dessous de l'estimation du Bureau des prix.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation généralisée du Bureau des prix*. Elle atteint 2.443.859,92 €. Par rapport notamment à cette estimation généralisée, on peut évaluer l'importance des postes à prix apparemment anormal relevés chez les deux plus bas soumissionnaires :

Offres Montants (hors T.V.A.)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation généralisée	Postes à prix apparemment anormal	Importance de ces postes dans l'offre en question	Importance de ces postes dans l'estimation généralisée du Bureau
-------------------------------------	---	--------------------------------------	---	---

	du Bureau des prix			des prix
1. NELLES (2.190.278,73€)	-10,38 %	7-40-41-55-151-153	2,75 %	10,84 %
2. BODARWE (2.446.195,59€)	0,10 %	36-40-41-46-52-55-151	10,06 %	12,11 %

On constate donc que :

1. L'offre la plus basse NELLES s'écarte de – 10,38 % de l'estimation généralisée du Bureau des prix.
2. Les postes à prix apparemment anormal sont d'une moyenne importance (10,84 % du total de l'estimation généralisée du Bureau des Prix).

La conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable et les postes à prix apparemment anormal comme n'étant pas de nature à mettre l'économie générale de ce marché en péril.

En conséquence l'offre la plus basse pourrait être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaires soit nécessaire.

Par ailleurs, il faut observer que le montant global de l'offre NELLES est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions calculée conformément à l'article 99 § 2 alinéa 2 de l'A.R. du 15 juillet 2011. Il ne nous paraît toutefois pas utile de demander à l'entrepreneur la justification du montant total de son offre.

En effet, le Bureau des prix a examiné 79, 00 % du total de l'offre l plus basse. Les statistiques montrent que les prix remis, bien qu'inférieurs à la normale, ne peuvent être qualifiés d'anormalement bas.

En résumé, l'Administration dispose d'éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre NELLES n'est pas anormalement bas.

Par conséquent, l'offre NELLES pourrait être acceptée directement.

Le Bureau des prix est particulièrement à même d'apprécier le caractère normal ou non du prix d'une offre, dès lors qu'il a pour vocation de déterminer les prix moyens du marché. Il apprécie donc ce prix sur base des données en sa possession et de son expertise pointue en la matière.

Le marché qui nous occupe ne présente aucune particularité quant à ses conditions d'exécution. La partie requérante reste d'ailleurs en défaut de préciser lesquelles elles seraient.

Selon l'arrêt n° 90.449 du 25 octobre 2000 [...] de Votre Conseil, les statistiques du Bureau des prix ont été considérées comme une justification suffisante. *A fortiori* doit-il en être de même d'un rapport motivé établi par le Bureau des prix.

La partie adverse n'avait donc pas à solliciter de la S.A. NELLES Frères la production de quelque justificatif de prix que cela soit, dès lors qu'elle disposait d'éléments probants pour justifier du caractère normal du montant global de son offre.

[...] Nonobstant toute obligation à ce titre dans son chef, la partie adverse a, précisément dans un souci de minutie, demandé à la S.A. NELLES des compléments d'information pour certains de ses prix, et ce aux fins de conforter l'avis acquis du Bureau des prix, ainsi que le sien, relativement à la normalité du montant de son offre. Ces demandes portent sur les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets ainsi que pour les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83 concernant, notamment, des travaux de fraisage, de démolition, de déblais, de terrassement et de fondations en béton.

En respect du principe de l'égalité de traitement, la partie adverse a également sollicité de la partie requérante qu'elle lui adresse des informations complémentaires relativement aux prix des postes 151 et 153, relatifs à l'évacuation des déchets, 36, 38, 40, 41, 43, 52, 55, 64, 75 et 96 concernant notamment, des travaux de déblais, de remblais, de terrassement, d'enrobé et de mise en œuvre de matériaux drainants.

Les compléments d'informations communiqués confirment à la partie adverse la normalité du prix global de l'offre de la S.A. NELLES Frères.

Plus particulièrement, la partie adverse relève que la différence de prix entre l'offre de cette dernière et celle de la partie requérante s'explique par les pourcentages respectivement retenus par ces parties à titre de couverture de frais généraux de siège, de coordination sécurité-santé, de cotisation au CRR (pourcentage fixe) et de marge bénéficiaire. C'est ainsi que les postes totalisent 10 % pour l'offre de la S.A. NELLES Frères et 22,6 % [lire: 'pour la requérante'], soit une différence de 12,6%. L'offre de la partie requérante s'écarte de 11,7% de celle de la S.A. NELLES Frères.

Dans ces circonstances, la partie adverse adopte la décision querellée, avec pour motifs :

«Considérant que l'Administration a consulté le Bureau des prix qui, dans son avis, du 30 octobre 2015, a estimé que l'offre la moins-disante remise par la société NELLES Frères était globalement acceptable;

Considérant que l'Administration a procédé à l'analyse des prix remis conformément à l'article 21, § 1 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que dans ce cadre des compléments d'information pour des prix remis pour certains postes ont été demandés aux deux plus bas soumissionnaires, à savoir les sociétés NELLES Frères et BODARWE ;

[...] Considérant qu'il ressort de l'analyse des justifications apportées par ces deux soumissionnaires que les prix remis n'apparaissent pas anormalement bas ou de nature à mettre l'économie générale du marché en péril, qu'ils sont considérés comme permettant d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges ;

Considérant que l'Administration estime que ces justifications sont acceptables ;

Considérant que bien que le montant total de l'offre remise par la S.A. NELLES Frères se situe plus de 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres calculée conformément à l'article 99, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011, ce montant ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes».

[...] La partie requérante ne critique pas le fait que la partie adverse a conclu à la normalité du prix global de l'offre de la S.A. NELLES Frères sur base de l'avis du Bureau des Prix, et donc l'absence subséquente de nécessité dans son chef de solliciter des justificatifs de prix. Elle ne dispose donc pas de l'intérêt à cette sous-branche du moyen en ce qu'elle est fondée sur la violation de l'article 99, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

Ce que la partie adverse [lire: «la requérante»] fustige c'est l'extrapolation que la partie adverse aurait faite des compléments d'informations qu'elle a sollicités de cette dernière [lire: 'la SA NELLES'], pour prétendre au caractère normal de son prix global. A ce titre, elle relève que :

«Cette obligation de vérification doit être réalisée par le pouvoir adjudicateur de manière sérieuse et conformément à son devoir de minutie, même s'il n'a pas l'obligation de demander une justification au soumissionnaire en cause. [...]

La partie adverse raisonne donc par extrapolation sur base de justifications de prix fournies par la S.A. NELLES Frères qui, ensemble, représentent seulement [...] 11,6% de l'offre de la S.A. NELLES Frères.

Cette extrapolation ne peut en aucune mesure constituer une réelle vérification

du montant global de l'offre à laquelle était tenue la partie adverse en raison de l'anormalité présumée de ce montant total» [...].

Les compléments d'informations ont été requis par la partie adverse à titre surabondant. Ils ne l'ont pas été à titre de «coup de sondes» pour justifier un prix global, mais portaient sur les seuls prix unitaires pour lesquels elle souhaitait disposer de renseignements complémentaires. Les réponses fournies ont conforté la partie adverse dans la normalité du prix, déjà consacrée par le Bureau des prix, et par sa propre expertise.

La partie adverse a également interrogé la partie requérante sur les postes pour lesquels elle souhaitait un complément d'informations, eu égard aux prix remis. Le fait que ces questions aient porté sur plus de prix que ceux pour lesquels la S.A. NELLES Frères a été interrogée n'est pas révélateur d'une inégalité de traitement, mais se justifie par les prix unitaires de l'offre de la partie requérante.

L'on relèvera, par contre, avec intérêt, que la partie requérante considère la valeur des postes pour lesquels des compléments d'informations ont été sollicités comme étant marginale, puisqu'elle est de «seulement 11,6% de l'offre de la S.A. NELLES Frères».

[...] En tout état de cause, le contrôle que pourrait effectuer le Conseil d'Etat quant à l'appréciation faite par la partie adverse de la normalité du prix global de l'offre de la S.A. NELLES Frères ne pourrait, en tout état de cause, que porter sur une erreur manifeste d'appréciation dans son chef, étant, notamment, tenu compte des éléments contrôlables dont elle dispose .

Par analogie, il est, en effet de jurisprudence :

«[...] 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» [...],

Et :

«[...] L'appréciation du caractère anormal ou non des prix et de la valeur des justifications éventuelles relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'administration et il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle de l'administration, hormis l'erreur manifeste d'appréciation, laquelle se définit comme une contradiction évidente mais aussi inexpliquée entre la décision administrative et l'effet de la cause. En l'absence de disposition réglementaire précisant plus amplement la notion de 'justifications nécessaires' au sens de l'article 110, § 3, de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, il s'impose d'apprécier ce caractère de nécessité de manière raisonnable. Les "justifications nécessaires" sont celles qui permettront à l'administration, en fonction notamment d'éléments contrôlables dont elle dispose, d'aboutir à la conclusion que les prix suspectés d'anormaux concordent avec la réalité et ne présagent pas une mauvaise exécution du marché» [...],

Et encore que :

«[...] Sans pouvoir substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, le juge peut vérifier, dans le cadre d'un contrôle marginal, si l'appréciation du

pouvoir adjudicateur est raisonnablement admissible en se limitant à vérifier la réalité et la pertinence des éléments qui ont justifié cette appréciation pour ne sanctionner qu'une appréciation manifestement déraisonnable et à s'assurer que le principe d'égalité entre les soumissionnaires a été respectée, c'est-à-dire que l'appréciation a été exercée avec la même indulgence ou la même célérité à l'égard de tous les offrants. Afin d'exercer ce contrôle, il doit avoir égard aux motifs exprimés dans la décision attaquée et à l'avis de l'auteur de projet qui l'a inspirée» [...],

Et encore que :

«Dans le cadre d'un marché public, il appartient à l'administration d'exercer, dans la mesure de ses capacités, un contrôle des prix, afin d'éviter que la concurrence n'aboutisse à des offres à ce point bradées qu'elles léseraient, si elles étaient retenues, l'intérêt général à la réalisation duquel le marché public est censé concourir. Lorsque le juge judiciaire est amené à vérifier la manière avec laquelle le contrôle des prix a effectivement été réalisé, il ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration, mais doit, au contraire, s'en tenir à un contrôle marginal. De plus, à peine de paralyser l'action de l'administration en lui imposant, *a posteriori*, des exigences démesurées, le juge doit se placer à l'aune d'un administrateur normalement diligent, honnête et prudent qui n'a pas nécessairement les compétences d'un auditeur financier. Cet administrateur satisfera à son obligation s'il aboutit de manière raisonnable à la conclusion que les prix ne sont pas entachés d'erreurs ou ne présagent pas une exécution bâclée de l'entreprise» [...].

La doctrine s'inscrit dans la droite ligne de cette jurisprudence :

«Il appartient aux cours et tribunaux de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer dans le chef de celui-ci une appréciation manifestement déraisonnable. Le contrôle sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur est, par conséquent, marginal. La juridiction peut uniquement vérifier si l'autorité ne s'est pas fondée sur des données factuelles incorrectes ou si elle ne s'est pas manifestement comportée de manière déraisonnable» [...],

Et :

«C'est l'autorité adjudicatrice qui est, en premier lieu, la responsable du contrôle des prix, et le Conseil d'Etat n'a pas à déterminer quel est le prix normal d'une prestation. Son rôle est de vérifier la légalité de la démarche de l'autorité adjudicatrice sur la base de l'argumentation avancée par les parties. [...] Les juridictions judiciaires partagent ce point de vue ; il ne leur appartient pas de substituer leur appréciation à celle de l'autorité» [...].

En l'occurrence, la partie adverse a pris soin de solliciter l'avis du Bureau des prix. Celui-ci a conclu au fait que le montant global de l'offre de la S.A. NELLES Frères n'était pas anormal et au fait qu'elle pouvait être acceptée sans que lui soit demandé de justifier le montant total de son offre.

Au-delà de ce rapport, et par souci de minutie, la partie adverse a demandé un complément d'informations à la S.A. NELLES. Les informations fournies l'ont confortée quant à la normalité avérée du montant total de son offre.

D'aucune manière, il ne peut donc lui être reproché une erreur manifeste d'appréciation quant à la normalité du prix global de la S.A. NELLES Frères.

[...] La partie requérante ne dispose pas d'intérêt à la première branche de son moyen unique. En tout état de cause, cette branche n'est pas sérieuse".

S'agissant de la deuxième branche, la partie adverse observe ce qui suit:

" B. Réfutation – justificatifs de prix produits par la S.A. NELLES Frères.

[...] Dans un souci de minutie, la partie adverse a, en application de l'article 21, § 1^{er}, de l'A.R. du 15 juillet 2011, sollicité de la S.A. NELLES Frères des compléments d'informations relativement à certains prix de son offre.

Elle n'avait pas l'obligation de ce faire, puisque le Bureau des prix a conclu à la normalité du montant global de son offre et au caractère acceptable de ses prix unitaires, sans qu'il n'y ait lieu à aucune demande de justification.

Dès lors que la partie adverse n'était pas tenue de l'interroger, elle n'était pas plus tenue de prendre en compte les réponses apportées par la S.A. NELLES Frères, et ce quand bien même celles-ci auraient été interpellantes, *quod non* en l'occurrence :

«Le fait que le pouvoir adjudicateur a demandé une justification lui impose-t-il de la prendre en considération ? Il est en effet l'expression du besoin pour le pouvoir adjudicateur d'obtenir des éléments complémentaires pour se prononcer.

Comme observé dans le commentaire de l'article 21 au point 26, cette considération n'a cependant pas été retenue en particulier dans une espèce où le soumissionnaire, auteur d'une offre inférieure de 15 % de la moyenne des autres offres, avait sur interpellation répondu dans les termes suivants : 'nous avons réexaminé notre offre en profondeur. Nous ne trouvons pas d'erreurs significatives qui pourraient influencer le prix global'.

Cette réponse reconnaissait l'existence d'erreurs – certes, pas significatives – dans l'établissement de l'offre. Et pourtant, la concordance avec l'estimation a été considérée comme justifiant le prix global remis. Il a été jugé que le fait de l'interrogation révélant une incertitude dans le chef du pouvoir adjudicateur et la teneur de la réponse reçue n'excluaient pas la faculté pour lui de conclure sans même solliciter de justifications complémentaires, à l'absence d'anormalité de l'offre litigieuse. Dès lors que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu d'interroger, il n'était pas tenu de prendre en compte la réponse reçue, même si elle était interpellante [...].

Le moyen tiré de la violation du principe de bonne administration et du devoir de minutie a été rejeté» [...].

Cette solution a d'ailleurs été retenue par Votre Conseil [...] dans un cas identique à celui qui nous occupe où les statistiques du Bureau des prix avaient été considérées comme une justification suffisante :

«Dès lors que dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le pouvoir adjudicateur a décidé d'interroger le soumissionnaire, n'est-ce pas l'indice qu'à tout le moins le pouvoir adjudicateur ne disposait pas des éléments lui permettant d'emblée de conclure au caractère non anormal des prix, de sorte qu'il devrait expliquer dans la motivation de sa décision pourquoi il ne prend pas en compte les justifications reçues ?

Cette considération n'a cependant pas été retenue :

- dans une espèce où les statistiques du Bureau des prix ont été considérées comme une justification suffisante [...];

[...]

Il a été admis que le fait même de l'interrogation en tant qu'il révèle une incertitude dans le chef du pouvoir adjudicateur et le caractère lacunaire de la réponse reçue n'excluent pas la faculté pour lui de ne pas conclure à l'anormalité du montant de l'offre litigieuse d'emblée et donc sans solliciter de justification supplémentaire dès lors que disposant d'éléments suffisants pour exclure ladite anormalité, il n'y était pas tenu [...].

[...] Le moyen tiré de la violation du principe de bonne administration et de

minutie a été rejeté» [...].

A supposer même, comme le soutient la partie demanderesse, que les justificatifs de prix produits par la S.A. NELLES Frères n'aient pas été pertinents, *quod non*, ils ne sont en tout état de cause pas de nature à remettre en cause la normalité des prix de son offre, consacrée selon l'avis du Bureau des prix.

La partie requérante ne justifie donc pas d'un intérêt à la deuxième branche de son moyen unique en ce qu'il y est prétendu à l'absence de caractère pertinent des justificatifs de cette dernière et au caractère anormal des prix y relatifs.

[...] C'est donc de manière parfaitement surabondante que la partie adverse examine les griefs formalisés par la partie requérante quant aux justificatifs de prix de la S.A. NELLES Frères.

[...] La partie requérante critique le caractère admissible des justificatifs pour les postes 151 et 153 relatifs à l'évacuation des déchets, dès lors que :

- «la partie adverse se satisfait de l'affirmation de la S.A. NELLES selon laquelle lesdits déchets seraient utilisés par un centre de recyclage lui appartenant sans même avoir vérifié, selon la motivation, l'existence d'une convention entre les deux sociétés prenant ainsi pour argent comptant les déclarations du soumissionnaire interrogé sur l'anormalité de ses prix» [...].

Il est piquant de lire ce grief, dès lors que, de son côté, la partie requérante, qui au demeurant invoque une inégalité de traitement entre son offre et celle de la S.A. NELLES Frères, produit, quant à elle, à titre de justificatif, un permis, au demeurant en langue allemande, de modification de relief du sol, délivré à un particulier. Aucune convention avec celui-ci n'a non plus été produite. Au demeurant, elle n'établit pas le moindre lien avec cette personne, à la différence de ce qui est le cas pour la S.A. NELLES Frères, qui fait état d'un centre de recyclage appartenant à une société sœur, étant la S.A. NELLES RECYCLAGE.

Le justificatif de prix de la S.A. NELLES Frères a été admis en son principe, tout comme celui de la partie requérante. Cette dernière ne dispose donc pas d'un intérêt au moyen, étant de jurisprudence que :

«La requérante n'a donc pas intérêt à soutenir que la partie adverse aurait dû écarter l'offre de l'attributaire en raison des réductions de délais excessives qu'il a proposées dès lors qu'à supposer que cette critique de la requérante fût sérieuse, son offre eût dû également être écartée pour ce motif» [...].

- «Ces deux postes comprennent le chargement des terres sur camion, leur transport vers un site autorisé, le déchargement et le nivellement des terres. A supposer même qu'un centre de recyclage appartenant à la société NELLES Frères utilise lesdites terres (sic), encore faut-il les charger sur camion, les transporter et les décharger» [...].

Les postes 151 et 153 ressortent exclusivement de «l'évacuation des déchets» (série des postes D9000) hors du chantier (en l'occurrence dans un 'site autorisé', c'est-à-dire un site faisant l'objet d'une autorisation (permis d'urbanisme par exemple)) au sens de Qualiroutes.

Le chargement des camions relève des moyens d'exécution propres à chaque soumissionnaire en fonction de sa conception. En l'occurrence il est à relever que la partie requérante ne l'a pas valorisé dans le cadre des postes 151 et 153. Elle est donc d'autant moins fondée à exiger que la S.A. NELLES Frères l'ait quant à elle fait.

Les prestations autres que le transport sont fonction de l'endroit où sont évacuées les terres. C'est ainsi qu'en ce qui la concerne, la partie requérante prend en compte des frais de décharge et de nivellement, dès lors que, selon ses

dières, les terres seront évacuées sur un terrain propriété d'un particulier. Elle aura donc à payer ce particulier pour leur entreposage et à niveler les terres. La situation de la S.A. NELLES Frères décrite selon son justificatif est autre. Les frais de transport sont pris en charge par le centre de recyclage, dès lors qu'il va pouvoir transformer les terres évacuées en terres chaulées aux fins de leur réutilisation (condition favorable dont dispose la S.A. NELLES Frères). La S.A. NELLES Frères supporte quant à elle le coût de l'utilisation d'une chargeuse sur chenille 16 T.

Il est de pratique courante que le prix pour l'évacuation des terres dépend des opportunités des soumissionnaires. Au vu de celles respectives de la requérante et de la S.A. NELLES Frères, les prix de ces sociétés ont semblé normaux à la partie adverse.

[...] La partie requérante critique encore les justificatifs de prix pour les postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83. Selon elle, la motivation reprise par la partie adverse quant à la pertinence des justificatifs produits serait «contraire à l'avis des propres services de la partie adverse, ainsi que cela résulte des informations recueillies par la requérante auprès de la commune de St Vith qui, pour rappel, est maître d'ouvrage [de la division] 2 de l'entreprise. Les services de la partie adverse considèrent en effet que les justifications fournies par la SA NELLES frères contiennent des incohérences, ne tiennent pas compte des frais de coordination sécurité santé (2,5%) ni de la redevance CRR (0,8%) et que l'ensemble des prix unitaires des postes pour lesquels une justification a été demandée à la SA NELLES Frères sont sous-estimés et doivent être considérés comme anormalement bas» [...].

Outre déplacés, ces propos ne sont pas un tant soit peu étayés.

Au demeurant, ils sont battus en brèche par les éléments concrets du dossier, quant à eux pertinents :

- selon délibération du 18 mai 2016 [...], la Commune de Saint-Vith a marqué son accord quant au projet de décision de la partie adverse d'attribuer le marché à la S.A. NELLES Frères, rappelant sa prise en charge financière de cette offre à concurrence de 95.864,63 euros. Elle se serait abstenue d'une telle délibération si, comme le soutient la partie requérante, cette décision avait été contraire à l'avis de ses services ;
- les justificatifs de prix fournis par la S.A. NELLES Frères tiennent compte des frais de coordination sécurité santé et de la redevance CRR. Ainsi qu'expressément indiqué par cette dernière, ils sont inclus dans son coefficient de frais généraux de siège. Le détail de celui-ci a été fourni selon son courrier du 18 mars 2016.

[...] La partie requérante critique encore le justificatif du poste 7, dès lors que l'offre de la S.A. ENROBEST déposée à son appui ne serait pas signée. Au demeurant, elle aurait été rédigée par la S.A. NELLES Frères, qui serait actionnaire minoritaire de la société «sans l'accord des autres actionnaires».

L'offre est établie sur le papier à entête du sous-traitant. Dans le cadre du contrôle qu'est amené à faire la partie adverse, le fait qu'elle ne soit pas signée n'est pas de nature à remettre en cause sa réalité, ni la pertinence du justificatif de prix qu'elle comporte.

Dans le cadre du contrôle qu'il fait des justificatifs de prix, il n'appartient évidemment pas au pouvoir adjudicateur de vérifier l'actionnariat des sous-traitants et de s'assurer de l'absence de tout conflit effectif ou potentiel entre les actionnaires.

[...] La vérification opérée par la partie adverse l'a été sur base de l'article 21, § 1^{er}, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

Contrairement à la procédure des prix anormaux, cette demande d'«indication» n'est entourée d'aucun formalisme particulier [...]. Plus particulièrement, et contrairement à ce que soutient la partie requérante, il n'y a pas lieu à application de la jurisprudence relative aux offres de sous-traitants, celle-ci s'inscrivant dans le contexte des demandes de justifications de prix en application de l'article 21, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

«Aucune sanction explicite ou automatique n'est non plus énoncée par l'article 21 pour le cas où le soumissionnaire ne répond pas à la demande du pouvoir adjudicateur de fournir toute indication permettant la vérification des prix» [...]. Il n'y a donc pas lieu à application de l'article 95, § 3, alinéa 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

[...] En tout état de cause, il convient de rappeler que le contrôle que pourrait effectuer le Conseil d'Etat quant à l'appréciation faite par la partie adverse quant au caractère pertinent des justificatifs produits ne pourrait que porter sur une erreur manifeste d'appréciation dans son chef, étant, notamment, tenu compte des éléments contrôlables dont elle dispose.

[...] Enfin, et pour autant que de besoin, il convient de relever avec la partie requérante le caractère marginal de ces postes pour lesquels un complément d'information a été requis par rapport à la valeur totale de l'offre de la S.A. NELLES Frères.

Quoiqu'il en soit, il n'y aurait donc pas lieu de déclarer son offre irrégulière, étant de jurisprudence de Votre Conseil que :

«[...] L'arrêt n° 218.210 du 27 février 2012 du Conseil d'Etat [...] va, pour sa part, dans le sens contraire de l'arrêt SOGEPAR. Cette circonstance ne fait aucun doute puisque la haute juridiction administrative a expressément considéré que l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'entraîne pas l'obligation de rejeter une offre à raison d'un prix unitaire anormalement élevé. Le Conseil d'Etat a ainsi admis qu'une offre ne doit pas nécessairement être déclarée irrégulière lorsque le poste qui comporte des prix anormaux n'a qu'une faible importance. La décision du pouvoir adjudicateur doit toutefois comprendre des motifs acceptables à ce propos et rester dans les limites d'une évaluation consciencieuse.

[...]

Dans son arrêt n° 224.305 du 9 juillet 2013, le Conseil d'Etat a confirmé son arrêt NV WEGEBO du 27 février 2012 en précisant expressément que l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'entraîne pas l'obligation de rejeter une offre à raison d'un prix unitaire anormalement élevé [...].

Le Conseil d'Etat a confirmé pour la troisième fois, par son arrêt n° 225.615 du 26 novembre 2013, qu'un prix unitaire anormal pour un poste déterminé n'implique pas automatiquement que l'offre soit déclarée irrégulière» [...].

C. Réfutation – inégalité de traitement.

[...] A titre liminaire de la deuxième branche de son moyen unique, la partie requérante prétend, de manière générale et non justifiée, à une inégalité de traitement entre son offre et celle de la S.A. NELLES Frères :

«La consultation du dossier administratif permettra à votre conseil de juger de la différence de traitement appliquée par la partie adverse entre la requérante et la S.A. NELLES Frères, dont pourtant la soumission présentait un montant total présumé anormal»[...].

[...] La partie requérante s'abstient d'indiquer la manière dont la règle d'égalité de traitement entre les soumissionnaires aurait été transgressée. Or, selon jurisprudence de Votre Conseil :

«Selon l'article 2, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, la requête doit contenir notamment un exposé des moyens. Un moyen de droit consiste en une

description suffisamment claire de la règle de droit qui a été transgressée ainsi que de la manière dont cette règle a été méconnue par l'acte attaqué [...].

Le moyen pris de la violation du principe d'égalité n'étant pas d'ordre public, il appartient à la partie requérante d'exposer, dans la requête, *in concreto* et de manière suffisamment explicite la manière dont ce principe aurait été violé» [...],

Et :

«Par ailleurs, la norme de droit violée de même que la manière dont elle aurait été enfreinte ne sont pas indiquées avec la même clarté dans chacun des moyens. Le Conseil d'Etat se limitera donc aux griefs évidents et aux éventuelles violations du droit. Les parties adverse et intervenante ont en effet eu la possibilité de se défendre de manière substantielle sans compter l'application obligatoire de la procédure d'extrême urgence imposée à l'art. 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services» [...].

Votre Conseil n'a donc pas à avoir égard à ce grief.

En tout état de cause, le dossier révélera qu'il n'est pas fondé.

[...] La deuxième branche du moyen unique de la partie requérante n'est pas sérieuse".

S'agissant de la troisième branche, la partie adverse fait valoir, qu'après avoir exposé les prix remis par les soumissionnaires, la motivation de la décision attaquée fait apparaître les motifs pour lesquels la société anonyme NELLES FRÈRES est désignée en qualité d'attributaire du marché.

En effet, selon la motivation de cette décision, la partie adverse:

- " - notifie avoir consulté le Bureau des prix, lequel a, par son avis du 30 octobre 2015, estimé que l'offre la moins-disante remise par la S.A. NELLES Frères est globalement acceptable;
- précise de manière explicite que la S.A. NELLES Frères justifie les prix remis pour l'évacuation des déchets notamment l'utilisation des terres par un centre de recyclage;
- indique, pour le surplus des justifications, que cette dernière a précisé, de manière détaillée le prix remis pour le personnel employé, le matériel utilisé et justifie le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier.

La même motivation est reprise en ce qui concerne les justificatifs de prix de la partie requérante.

Il est d'ailleurs à relever que dans le cadre du marché AMEL, marché similaire à celui qui nous occupe, l'Inspection des Finances a, fait rare, relevé l'excellence de la motivation de la décision d'attribution [...]. En la forme, elle est la même que celle de décision du marché qui nous occupe".

La partie adverse déduit de ce qui précède que la motivation de la décision permet aux soumissionnaires, dont la requérante, de comprendre la raison à l'origine de l'attribution de ce marché, avec cette conséquence que la troisième branche du moyen unique de la requérante n'est, elle non plus, pas sérieuse.

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante conclut également à l'absence de sérieux des trois branches développées à l'appui du moyen unique. Elle se fonde pour ce faire sur l'argumentation suivante:

" [...] Première Branche,

[...] Dans la première branche du moyen unique, la partie requérante reproche en substance à la partie adverse de n'avoir pas (correctement) vérifié la régularité de l'offre de la partie intervenante, alors que son montant total s'écartait de plus de 15% de la moyenne des montants des offres déposées.

Or, selon l'article 99, § 2, al. 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse disposait de deux possibilités:

«En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur:

- 1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
- 2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si, après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière».

En l'espèce, la partie adverse a interrogé le Bureau des prix qui, dans son avis du 30 octobre 2015, a confirmé que le prix de l'offre de la S.A. NELLES Frères était globalement acceptable.

La partie intervenante relève d'ores et déjà que la partie requérante ne formule aucune critique quant à ce motif (avis du Bureau de prix), de sorte que le moyen est manifestement irrecevable ou, à tout le moins, non sérieux.

En effet, la partie adverse pouvait parfaitement constater que le prix global litigieux, apparemment anormalement bas, n'était en réalité pas anormal vu les renseignements et précisions dont elle disposait, par exemple, via le Bureau des prix (article 99, § 2, al. 3, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; [...]).

Il en va d'autant plus ainsi que le marché ne présentait en l'espèce aucune particularité, que ce soit dans sa conception ou dans ses modalités d'exécution.

L'analyse développée ci-dessous n'est dès lors formulée qu'à titre subsidiaire.

[...] Votre Haute Juridiction considère que :

«En principe, en présence d'une offre dont le montant s'écarte d'au moins quinze pour cent en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'éventuelle anormalité de ce montant. Il peut le faire en interrogeant le soumissionnaire concerné ou en opérant lui-même les vérifications nécessaires sur la base des informations dont il dispose.

Le soumissionnaire interrogé sur son prix anormalement bas doit le justifier de manière acceptable, précise, concrète et étayée en faits.

Les justifications peuvent notamment, mais pas uniquement, tenir :

- 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 et/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.

La partie adverse dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

Si le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il lui revient toutefois, de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable» [...].

En l'espèce, outre l'avis du Bureau des prix, la partie adverse a invité la S.A. NELLES Frères à justifier les prix unitaires remis concernant les 10 postes suivants, lesquels lui paraissaient potentiellement anormalement bas : [...].

Le 14 mars 2016, la partie adverse a invité la S.A. NELLES Frères à justifier par le biais d'une note détaillée la répartition de ses frais généraux. La partie intervenante s'est exécutée le 18 mars 2016 et a démontré concrètement que les prix offerts permettent de garantir une exécution parfaitement conforme aux documents du marché.

Sur base de l'avis du Bureau des prix évoqué ci-dessus et des justifications de prix unitaires reçues dans le délai imparti, la partie adverse a considéré à juste titre que ni les prix unitaires ni le prix global de l'offre de la S.A. NELLES Frères n'étaient anormalement bas.

L'acte attaqué comporte une motivation pertinente et adéquate, justifiant les raisons pour lesquelles les prix unitaires évoqués ci-dessus et le prix global de l'offre ont été jugés non anormalement bas [...].

Il en résulte que la partie adverse a vérifié le montant total de l'offre de la S.A. NELLES Frères.

D'une part, elle a fait appel au Bureau des prix, lequel a confirmé que le prix de l'offre était globalement acceptable, sans être critiqué sérieusement sur ce point par la requérante.

D'autre part, la partie adverse ne s'est pas contentée d'«extrapoler» l'analyse des justifications de prix unitaires fournies par la S.A. NELLES Frères.

En effet, le montant total de l'offre de la partie intervenante se calcule en additionnant les différents postes du métré et donc les prix unitaires. Or, la partie adverse se trouvait en présence soit de prix unitaires « normaux », soit de prix unitaires apparemment anormalement bas mais dûment justifiés par la S.A. NELLES Frères.

La partie adverse a légalement pu déduire que l'addition de ces prix, « normaux » et déclarés «non anormalement bas», ne pouvait aboutir à un prix total non anormalement bas. Il s'agit précisément de la raison pour laquelle elle indique dans l'acte attaqué que le montant total de l'offre «ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes».

Au terme d'un raisonnement comparable, Votre Haute Juridiction a d'ailleurs déjà eu l'occasion de confirmer que bien qu'il ait demandé des justifications sur le prix global de l'offre d'un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur peut légitimement vérifier, par la suite, quel prix unitaire est concrètement à l'origine du caractère anormalement bas du prix global proposé et le pourcentage de ce poste dans le prix global (C.E., n° 217.389 du 19 janvier 2012, NV VERHAEREN & CIE).

En l'espèce, aucune disposition visée au moyen n'imposait au demeurant à la partie adverse d'examiner l'ensemble des prix unitaires proposés de manière individuelle.

La partie requérante ne démontre pas non plus d'erreur manifeste d'appréciation dans son chef, de sorte que le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

[...] Deuxième Branche,

[...] Dans la deuxième branche du moyen unique, la partie requérante reproche en substance à la partie adverse d'avoir commis une ou plusieurs erreur(s) manifeste(s) d'appréciation en admettant les justificatifs de prix de la S.A. NELLES Frères.

Elle affirme par ailleurs que la consultation du dossier administratif permettrait à Votre Haute Juridiction «de juger de la différence de traitement appliquée par la partie adverse entre la requérante et la S.A. NELLES Frères».

[...] La partie intervenante souligne tout d'abord que cette dernière critique n'est pas développée en termes de recours et s'avère incompréhensible et irrecevable.

A toutes fins utiles, la S.A. NELLES Frères précise qu'elle a été interrogée à propos de 10 prix, qui semblaient potentiellement anormalement bas pour la partie adverse, alors que la S.A. BODARWE a été interrogée à propos de 12 postes dans les mêmes conditions.

Dans les deux cas de figure, la partie adverse a considéré que les prix remis ne présentaient pas de caractère anormal.

[...] Par ailleurs, la partie requérante ne critique pas non plus l'avis du Bureau des prix – qui confirme le caractère acceptable de l'offre de la S.A. NELLES Frère – dans le cadre de cette branche du moyen.

Dès lors, elle n'y a pas non plus intérêt ou, à tout le moins, sa deuxième critique ne peut être considérée comme sérieuse, la justification du Bureau des prix étant – en tant que telle – suffisante.

[...] En outre, la jurisprudence de Votre Haute Juridiction est fixée en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs disposent, lorsqu'ils procèdent à l'analyse et au contrôle des prix anormaux, d'un large pouvoir d'appréciation, entraînant pour conséquence que Votre Haute Juridiction ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration et se limite dès lors à sanctionner l'existence éventuelle d'une erreur manifeste d'appréciation [...].

En l'espèce, la partie requérante reproche à la partie adverse :

- a) de n'avoir pas vérifié la déclaration de la S.A. NELLES Frères selon laquelle les déchets évacués seraient utilisés par un centre de recyclage lui appartenant ;
- b) de n'avoir pas motivé les raisons pour lesquelles les prix proposés pour les postes relatifs à l'évacuation desdits déchets seraient acceptables alors qu'ils comprennent le chargement des terres, leur transport, leur déchargement ainsi que le nivellement des terres ;
- c) d'avoir commis plusieurs erreurs en considérant que les prix proposés pour les autres (7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83) postes étaient justifiés ;
- d) d'avoir tenu compte d'une offre de la S.A. ENROBEST du 12 octobre 2015, déposée par la S.A. NELLES Frères pour justifier le prix du poste 7 alors qu'elle n'était pas signée ;
- e) d'avoir tenu compte d'une offre de la S.A. ENROBEST du 12 octobre 2015, déposée par la S.A. NELLES Frères pour justifier le prix du poste 7 alors que ladite offre présente, elle aussi, des prix anormalement bas.

[...] La partie intervenante s'interroge quant à l'intérêt de la partie requérante à sa première critique, visant la prétendue absence d'engagement du centre de recyclage appartenant à la S.A. NELLES Frères.

En effet, la partie intervenante constate, à la lecture de l'acte attaqué, que la partie requérante a justifié les postes 151 et 153 litigieux en invoquant le fait que les terres et cailloux seraient utilisés dans le cadre d'un autre chantier situé à proximité.

Sous réserve d'analyser le dossier administratif qui sera déposé par la Région wallonne, il semble que la critique visant l'absence de preuve suffisante de l'utilisation effective des déchets litigieux, si elle devait être retenue, conduirait, pour les mêmes raisons, à déclarer l'offre de la S.A. BODARWE irrégulière.

Dans cette mesure, la requérante n'a pas intérêt à la critique, qui ne pourrait ni conduire la partie adverse à procéder à une nouvelle analyse des offres ni lui procurer une nouvelle chance d'obtenir le marché.

[...] A titre subsidiaire et si Votre Haute Juridiction devait estimer la critique recevable, elle devra constater que le centre de recyclage auquel la S.A. NELLES Frères fait allusion dans ses justificatifs de prix fait partie de la SPRL NELLES RECYCLAGE, filiale de la S.A. NELLES Frères [...].

La partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en admettant de tenir compte de cette circonstance dans l'analyse des justifications de prix.

Il en va d'autant plus ainsi que la partie intervenante a prévu une marge bénéficiaire et annexé à sa note justificative le permis d'urbanisme octroyé à la SPRL NELLES RECYCLAGE pour l'aménagement d'une plate-forme de stockage, aménagement via lequel sera valorisée une partie des déchets évacués [...].

Le transport et la mise en remblai des terres seront pris en charge par la SPRL NELLES RECYCLAGE (qui le confirme encore actuellement : ...), laquelle est au demeurant agréée par l'Office wallon des déchets.

Le chargement est quant à lui inclus dans les autres postes du marché.

Le poste 151 vise ainsi exclusivement l'évacuation (et non le chargement) des déchets des postes 36, 38, 39, 42, 45, 47 et 48, lesquels incluent logiquement le chargement des déchets. La démolition, la production des déchets et le chargement constituent une seule opération globale (contrairement au transport).

Il en va de même concernant les postes relatifs à l'évacuation / mise en centre de traitement des déchets.

[...] Au surplus, l'article 21, § 3, al. 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que les justifications de prix concernent notamment (mais pas exclusivement) :

- «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».

En l'espèce, la justification invoquée correspond aux circonstances exceptionnellement favorables visées au 2°.

La requérante ne démontre pas en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prix proposés par la S.A. NELLES Frères pour les postes relatifs à l'évacuation desdits déchets, tels que justifiés, ne sont pas anormalement bas.

La partie intervenante dépose, à titre confidentiel, les justifications qu'elle a déposées, dont les prix unitaires permettent parfaitement de couvrir les différentes prestations identifiées par la requérante (chargement des terres, transport, déchargement).

[...] La partie adverse n'a pas non plus commis d'erreur manifeste d'appréciation en admettant les justifications présentées par la partie intervenante concernant les prix des postes n^{os} 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83.

Afin de préserver la confidentialité de ses prix unitaires, la partie intervenante renvoie aux justifications adressées à l'époque à la partie adverse [...].

Ces arguments détaillés sont suffisamment explicites et se basent (notamment) sur l'expérience acquise par la S.A. NELLES Frères à l'occasion de marchés et chantiers similaires.

Contrairement à ce que soutient la requérante en citant l'argumentaire de la Commune de Saint-Vith, la S.A. NELLES Frère a justifié ses prix au regard des frais de sécurité-santé et de la redevance CRR. Elle renvoie à cet égard au second courrier explicatif adressé à la Région wallonne ainsi qu'à ses annexes [...].

Le taux horaire du personnel a également été justifié par référence aux prix en régie de l'offre, pour lesquels aucune justification complémentaire n'a été sollicitée.

[...] La requérante ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle affirme que l'offre de la S.A. ENROBEST du 12 octobre 2015, concernant le poste n° 7, devrait être écartée.

La S.A. NELLES Frères est en effet actionnaire de la S.A. ENROBEST, dont M. Charles NELLES – administrateur-délégué de la S.A. NELLES Frères [Le capital de la S.A. NELLES Frères est composé de 1082 parts. 1081 parts appartiennent à M. Charles NELLES et une part appartient à Mme Sylvie HEINRICHS, son épouse] – est également l'administrateur délégué et assume la gestion journalière [...].

Le site internet de la S.A. ENROBEST précise dès lors qu'elle est une émanation des sociétés NELLES Frères et WICKLER Exploitation [...].

Les offres de la S.A. ENROBEST ne sont au demeurant jamais signées puisqu'établies par M. Gino CURNEL, gestionnaire de dossier, et qu'elles sont envoyées par mail, envoyées ou données en mains propres à la société demanderesse. Au moment du dépôt de l'offre et des justifications de la partie intervenante, le bureau de M. CURNEL se situait d'ailleurs ... au siège social de la S.A. NELLES Frères.

La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Pour autant que de besoin et pour la clarté des débats, la partie intervenante dépose – à titre confidentiel – une attestation de la S.A. ENROBEST qui le confirme et expose plus précisément encore les éléments qui composent son prix [...].

[...] De même, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la partie adverse ne pouvait tenir compte de l'offre de la S.A. ENROBEST du 12 octobre 2015, déposée par la S.A. NELLES Frères pour justifier le prix du poste 7 au motif que ladite offre présenterait, elle aussi, des prix anormalement bas.

L'offre de la S.A. ENROBEST détaillant les éléments du prix, la position des parties requérantes manque en fait.

[...] Troisième Branche,

Dans la dernière branche du moyen, la partie requérante reproche enfin à la partie adverse de n'avoir pas correctement motivé la décision querellée.

Or, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, l'acte attaqué permet de comprendre les motifs pour lesquels l'offre de la S.A. NELLES Frères a été déclarée recevable.

La partie intervenante se réfère à ce propos aux motifs de l'acte attaqué, qui démontrent que la partie adverse a valablement procédé à une vérification des prix anormaux :
«[...]».

Lui imposer d'exposer les raisons pour lesquelles les prix remis pour les postes relatifs à l'évacuation des déchets permettent de réaliser les prestations de chargement, transports et déchargement revient à lui imposer d'expliquer les motifs de ses motifs.

Il en va d'autant plus ainsi que, s'agissant des prestations liées aux postes 151 et 153, la requérante ne précise pas comment la partie adverse aurait pu ou dû justifier la faisabilité de ces diverses tâches autrement qu'en dévoilant les prix unitaires pratiqués par la S.A. NELLES Frères, ce qui n'eût pas été compatible avec le caractère confidentiel de ceux-ci (voir un raisonnement similaire en matière de corrections: C.E., n° 209.234 du 25 novembre 2010, S.A. TWT).

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

D. Débats à l'audience

La requérante rappelle qu'il n'a pas été donné suite par la partie adverse à sa demande de communication du rapport d'analyse des offres et de l'avis du Bureau des prix, le rapport d'analyse des offres ne figurant par ailleurs pas dans le dossier administratif.

S'agissant de la première branche, la requérante tient à mettre l'accent sur ce que l'avis du Bureau des prix ne porte que sur à peu près 10,38 % de la valeur du marché et que l'analyse des dix prix de l'offre de la partie intervenante ne porte, elle aussi, que sur moins de 10 % de cette valeur. Elle renvoie au développement de sa requête pour faire valoir que la partie adverse a ainsi manqué de minutie dans l'examen des offres, notamment quant au montant global de l'offre de la partie intervenante, et que la motivation de la décision attaquée n'est pas adéquate sur ce point.

Au sujet de la deuxième branche, la requérante fait valoir que la demande de justification des prix de son offre a porté sur près de 33,5 % du montant de sa soumission, alors que la même demande effectuée auprès de la partie intervenante n'a porté que sur 10 % du montant de la soumission de cette dernière. Outre qu'il y a là une différence de traitement non justifiable, la requérante considère à nouveau que la partie adverse a manqué de minutie dans l'examen des offres et que la motivation de la décision attaquée n'est pas non plus adéquate sur ce point, au regard des exigences des articles 21, § 1^{er}, et 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle observe encore que certains passages de la motivation de la décision attaquée relèvent de clauses de style. A titre d'exemple, elle relève que les frais généraux sont évalués par la partie intervenante à 7 %, alors qu'ils couvrent déjà 2,5 % de frais de coordination et 0,8 % de CRR. Elle en déduit qu'il est impossible en pratique que les frais d'encadrement exposés par la partie intervenante ne s'élèveraient qu'à 3,7 %. La requérante fait également valoir qu'elle ne soutient pas que l'offre de la société anonyme ENROBEST, invoquée à titre de justificatif du poste 7, serait un faux, mais bien que cette offre a été formulée sans consultation préalable du conseil d'administration de cette société, et ce alors même que le prix proposé par ce sous-traitant apparaît encore plus anormal que l'offre de la partie intervenante.

La requérante indique encore que la troisième branche de son moyen constitue une synthèse des deux premières branches et qu'il y a lieu de rappeler à cet égard qu'un seul prix considéré comme anormal suffit à justifier l'irrégularité d'une offre.

La partie adverse maintient, au contraire, que le moyen manque de sérieux en toutes ses branches.

En ce qui concerne la première branche, la partie adverse rappelle, qu'au regard de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dont la violation est invoquée par la requérante, il n'y pas d'obligation *ipso facto* pour le pouvoir adjudicateur d'interroger un soumissionnaire s'il estime être en possession d'éléments suffisamment probants. Or, elle considère que tel est bien le cas en l'espèce: elle dispose tout d'abord d'une expérience personnelle avérée en ce qui concerne ce type de marchés publics; elle peut ensuite se fonder sur l'avis du Bureau des prix; elle a par ailleurs sollicité et obtenu des justificatifs pour certains prix proposés par la partie intervenante. Elle met aussi l'accent sur ce qu'elle a sollicité un complément d'information sur la base de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et non sur le § 3, de cet article, lequel paragraphe n'est pas visé dans la décision attaquée et concerne par ailleurs spécifiquement l'hypothèse dans laquelle un pouvoir adjudicateur a constaté, lors de la vérification des prix, qu'un ou plusieurs prix paraissent anormalement bas. Elle en déduit tout d'abord qu'elle n'avait en réalité pas

d'obligation d'interroger la partie intervenante et qu'aucune conséquence négative ne peut donc être tirée de ce qu'elle a demandé certains justificatifs, tant à la partie intervenante qu'à la requérante, ensuite que la justification qui figure à l'appui de la décision attaquée est suffisante et, enfin, que le prix global proposé par la partie intervenante est normal. En comparant les valeurs totales des deux offres, la partie adverse observe encore que les frais de couverture et les frais annexes peuvent être estimés à 22 % pour la requérante et à 10 % pour la partie intervenante, ce qui est normal si l'on tient compte de ce que l'offre de la requérante est supérieure de 11 % à celle de la partie intervenante. De même, il ne peut lui être reproché d'avoir procédé à une extrapolation à partir de dix postes de l'offre de la partie intervenante. La partie adverse se demande même, à ce sujet, si la requérante a bien un intérêt suffisant à son moyen, dès lors qu'il apparaît que la même méthode d'analyse a été suivie pour ce qui concerne son offre. Le recours à la méthode de l'extrapolation est par ailleurs normal, car l'on ne doit pas en arriver à devoir interroger les soumissionnaires pour tous les postes de leur offre, mais uniquement pour les prix des postes qui apparaissent comme étant les plus interpellants. La partie adverse en conclut qu'il n'y a pas eu d'erreur manifeste d'appréciation et que la première branche du moyen unique n'est, en conséquence, pas sérieuse.

Pour ce qui concerne la deuxième branche, la partie adverse maintient que les justificatifs de prix adressés par la partie intervenante sont bien admissibles car ils ont été sollicités sur la base du § 1^{er} de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et non du § 3 de cet article. Elle estime que les critiques dirigées contre la société anonyme ENROBEST en tant que société sous-traitante ne sont pas recevables dès lors qu'aucune convention n'a non plus été exigée dans le chef de la requérante quant aux modalités d'évacuation de déchets, que cette dernière a faites valoir, vers un chantier proche du marché litigieux. Elle rappelle qu'il ne lui a pas paru anormal que les frais de transports ne soient pas pris en charge par la partie intervenante du fait que celle-ci s'en est expliquée dans ses justifications de prix. Les autres critiques formulées par la requérante concernant les autres justifications de prix fournies par la partie intervenante relèvent pour la partie adverse plus du procès d'intention que de véritables critiques, notamment pour ce qui concerne les coefficients de frais de fonctionnement, lesquels sont, en effet, variables en fonction de la taille des entreprises et peuvent être ventilés dans différents postes ou être repris dans un poste séparé. La partie adverse considère enfin qu'il résulte de l'avis du Bureau des prix et de l'annexe y relative qu'elle n'a en l'espèce pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Quant au grief spécifiquement fondé sur une prétendue inégalité de traitement au sujet de la manière dont les deux soumissionnaires ont été traités, la partie adverse maintient que ce grief est irrecevable en l'espèce.

La partie adverse estime par ailleurs que la motivation formelle globale de la décision attaquée est satisfaisante, avec cette conséquence que la troisième branche du moyen n'est pas non plus sérieuse.

La partie intervenante, tout en renvoyant aux arguments déjà développés par la partie adverse, considère que la requérante n'a pas intérêt à son moyen, dès lors qu'elle ne formule aucune critique à l'encontre de l'avis du Bureau des prix, alors que cet avis suffit, à lui seul, à justifier la décision attaquée, avec cette conséquence que les autres motifs repris dans la décision attaquée sont surabondants. Elle ajoute qu'en tout état de cause, la deuxième branche du moyen doit être rejetée sur la base de l'exception "*obscuri libelli*", ce qui a été dit en termes de plaidoiries ne figurant pas dans la requête elle-même. S'agissant de la non-prise en charge par la partie intervenante des frais de transports des déchets à évacuer, cette dernière fait valoir que la possibilité pour la société anonyme ENROBEST de procéder au recyclage des terres induit en la matière un intérêt propre de cette société à accepter de prendre en charge ces frais. Enfin, étant donné que la société anonyme ENROBEST est une filiale de la partie intervenante, il n'est pas pertinent que l'attestation produite au nom de cette dernière n'est pas signée.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Sur la première branche

Il résulte des échanges d'argumentation entre les parties que la première branche du moyen unique met essentiellement en cause l'offre de la partie intervenante au regard de trois dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, à savoir les articles 21, 95 et 99. Celles des subdivisions de ces articles qui présentent une utilité pour l'examen de la branche disposent comme suit:

" Art. 21. § 1^{er}. 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.

§ 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.

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 et/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 nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

[...]"

- " Art. 95. § 1^{er}. 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. [...].

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou les 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.

[...].

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

[...]"

- " Art. 99. § 1^{er}. Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins 4 offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

- 1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;
- 2° [...].

En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :

- 1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
- 2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4. Si après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en

l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière.

[...]".

Au regard des dispositions qui précèdent, il n'est ni contestable ni contesté par les parties que le montant total de l'offre de la partie intervenante s'écarte bien d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, telle que calculée conformément à ce que prévoit l'article 99, § 2, alinéa 2, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La moyenne du montant total des offres à prendre en considération est en effet de 3.148.664,04 euros et le seuil de 15 % de 2.676.364,43 euros, alors que le montant total de l'offre de la partie intervenante est de 2.650.237,26 euros, soit de 26.127,17 euros de moins que ce seuil et de 309.659,40 euros moins disant que le montant total de l'offre de la requérante.

Face à cette situation, la partie adverse déclare avoir choisi, comme le lui permet l'article 99, § 2, alinéa 3, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de motiver directement dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre de la partie intervenante ne présente pas de caractère anormal, tout en affirmant par ailleurs qu'elle n'a pas entendu, comme le prévoit l'article 99, § 2, alinéa 3, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, inviter cette dernière à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4, du même arrêté royal.

Une telle façon de procéder est acceptable pour autant que, en présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments probants pour justifier le caractère normal du montant global de l'offre en question et établir que le pouvoir adjudicateur a bien, ce faisant, procédé à une vérification sérieuse de ces éléments et du caractère normal du montant total de cette offre, en exécution de son devoir de minutie.

A cet égard, la partie adverse fait valoir, dans ses écrits de procédure, qu'elle s'est fondée, pour ce faire, sur trois éléments probants: *primo*, l'expertise qui est la sienne en la matière, au vu du caractère tout à fait habituel des travaux qui font l'objet du marché litigieux; *secundo*, l'avis du Bureau des prix du 30 octobre 2015; *tertio*, des compléments d'information auprès de la partie intervenante pour certains des prix de son offre, et ce afin de conforter l'avis donné par le Bureau des prix. Au sujet de ce troisième élément, la partie adverse déclare encore avoir, dans le souci de respecter sur ce point le principe de l'égalité de traitement, également sollicité de la partie requérante qu'elle lui adresse aussi des informations complémentaires relativement à certains des prix de son offre.

La justification ainsi avancée par la partie adverse pour fonder la

régularité de sa décision d'attribution du marché contesté appelle les observations qui suivent.

La décision attaquée ne fait nullement mention, au titre d'élément probant, de l'expérience personnelle qui serait celle de la partie adverse quant au type de marché public concerné. Il n'est en effet fait mention que de ce que "l'Administration a consulté le Bureau des prix", de ce que "l'Administration a procédé à l'analyse des prix conformément à l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011" et de ce que "l'Administration estime que ces justifications sont acceptables". Ces différentes affirmations ne permettent cependant pas de s'assurer de la manière dont "l'Administration" a en effet pu se prévaloir de son expérience personnelle en la matière, dès lors que le dossier administratif, même dans sa partie déclarée "confidentielle", ne contient aucune trace de l'examen interne auquel aurait procédé cette administration avant de transmettre au Ministre compétent le projet de décision à signer. Il convient en effet de relever que le dossier administratif ne contient ni la demande d'avis adressée au Bureau des prix, ni un quelconque rapport d'analyse ou d'examen des offres, ni aucune note interne à cet égard, ni le dossier transmis pour accord à l'inspecteur des finances, ni, encore, copie du courrier qui a été transmis à la commune de Saint-Vith afin d'obtenir son accord sur le choix du soumissionnaire retenu. Dans ces conditions, le premier élément probant sur lequel se fonde la partie adverse pour justifier la régularité de sa décision d'attribution du marché n'est pas établi à suffisance de droit.

En ce qui concerne l'avis du Bureau des prix, il ne peut tout d'abord pas être *prima facie* considéré, compte tenu de la manière dont la décision attaquée est formellement motivée, que celui-ci a été considéré par la partie adverse comme suffisant, à lui seul, à justifier la régularité de la procédure qui a été suivie, et ce au regard de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il ne peut, en conséquence, pas être fait droit à l'exception soulevée par la partie adverse et par la partie intervenante selon laquelle les autres éléments qui figurent dans la motivation formelle de la décision attaquée sont surabondants, avec cette conséquence que la requérante n'aurait pas d'intérêt, selon les écrits de procédure, à son moyen, à sa première branche ou à la sous-branche de cette première branche, dans la mesure où ses griefs portent sur ces autres éléments.

Dans la mesure où il est également plaidé que le moyen ou, à tout le moins, la première branche de celui-ci, serait manifestement irrecevable ou, en tout état de cause, dépourvu de tout caractère sérieux, du fait que la requérante ne formulerait aucune critique ou, à tout le moins, aucune critique précise à l'encontre de l'avis du Bureau des prix, il y a tout d'abord lieu de constater qu'il était très difficile, voire même impossible, à la requérante de formuler quelque critique un tant soit peu

précise que ce soit à cet égard, du fait même que, nonobstant sa demande expresse de recevoir communication de cet avis, cette dernière n'avait pas pu prendre connaissance de celui-ci au moment même où elle a introduit sa demande de suspension d'extrême urgence. Dans la mesure où, à la suite du dépôt du dossier administratif, la requérante a pu prendre connaissance de cet avis, mais sans ses annexes, la critique qu'elle formule à l'audience et selon laquelle cet avis ne peut servir, à lui seul, d'élément probant, dès lors qu'il ne porte que sur à peu près 10 % tant de la valeur du marché que de la valeur de l'offre de la requérante, est recevable et doit donc faire l'objet d'un examen au stade de la demande de suspension d'extrême urgence.

A cet égard, la seule mention qui est faite de cet avis dans la motivation formelle de la décision attaquée fait état de ce que "l'Administration a consulté le Bureau des prix qui, dans son avis du 30 octobre 2015, a estimé que l'offre la moins disante remise par la société NELLES Frères était globalement acceptable". Une telle mention ne suffit évidemment pas à justifier que, sur la base de cette seule considération, la partie adverse a pu, sans plus, considérer qu'elle disposait d'un élément suffisamment probant que pour décider de ne pas inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Il convient, en conséquence, d'examiner dans quelle mesure les motifs repris dans l'avis du Bureau des prix, à tout le moins, en ce qui concerne la partie déclarée non confidentielle de cet avis, pourraient fonder une telle considération, sans qu'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation ne puisse *prima facie* lui être reprochée. A cet égard, il est fait état de ce qui suit dans l'avis:

" Le tableau DOC P0 (annexe 1) donne le classement des soumissionnaires et leur numéro de référence respectif.

Pour les postes principaux de cette adjudication ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des prix, le tableau DOC C2 (annexe 2) donne la comparaison entre les prix des deux offres les plus basses, ceux de l'estimation de votre direction et les moyennes statistiques du Bureau des prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent 79,00 % du total de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation du Bureau des prix, une surévaluation de votre estimation de 8,78 %. Quant à l'offre la plus basse NELLES, elle se situe -9,55% en dessous de l'estimation du Bureau des prix.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation généralisée du Bureau des prix [Estimation généralisée du Bureau des prix : Estimation du Bureau des prix ramenée à l'ensemble du marché]. Elle atteint 2.443.859,92 euros. Par rapport notamment à cette estimation généralisée, on peut évaluer l'importance des postes à prix apparemment anormal relevés chez les deux plus bas soumissionnaires:

Offres Montants (hors T.V.A.)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation généralisée du Bureau des prix	Postes à prix apparemment anormal	Importance de ces postes dans l'offre en question	Importance de ces postes dans l'estimation généralisée du Bureau des prix
1. NELLES (2.190.278,73 €)	- 10,38 %	7-40-41-55-151-153	2,75 %	10,84 %
2. BODARWE (2.446.195,59 €)	0,10 %	36-40-41-46-52-55-151	10,06 %	12,11 %

On constate donc que:

1. l'offre la plus basse NELLES s'écarte de – 10,38 % de l'estimation généralisée du Bureau des prix.
2. les postes à prix apparemment anormal sont d'une moyenne importance (10,84 % du total de l'estimation généralisée du Bureau des prix).

La conjonction de ces deux paramètres nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable et les postes à prix apparemment anormal comme n'étant pas de nature à mettre l'économie générale de ce marché en péril.

En conséquence, l'offre la plus basse pourrait être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaire soit nécessaire.

Par ailleurs, il faut observer que le montant global de l'offre NELLES est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des soumissions calculée conformément à l'article 99, § 2, alinéa 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011. Il ne nous paraît toutefois pas utile de demander à l'entrepreneur la justification du montant total de son offre.

En effet, le Bureau des prix a examiné 79,00 % du total de l'offre la plus basse. Les statistiques montrent que les prix remis, bien qu'inférieurs à la normale, ne peuvent être qualifiés d'anormalement bas.

En résumé, l'Administration dispose d'éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre NELLES n'est pas anormalement bas.

Par conséquent, l'offre NELLES pourrait être acceptée directement".

Au regard de différents éléments qui figurent dans cet avis, notamment le fait que le Bureau des prix a examiné 79,00 % du total de l'offre la plus basse, que l'écart entre l'offre de la partie intervenante et l'estimation généralisée du Bureau des prix est de moins de 10,38 %, que les postes à prix apparemment anormal sont d'une moyenne importance (10,84 % du total de l'estimation généralisée du Bureau des prix), que la conjonction de ces deux paramètres amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable, que cette offre pourrait, en conséquence, être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaire soit nécessaire, qu'il ne paraît pas utile de demander à l'entrepreneur concerné la justification du montant total de son offre et que l'Administration dispose, en résumé, d'éléments probants pour affirmer que, à tout le moins, le montant global de l'offre la plus basse n'est pas anormalement bas et que, par conséquent, cette offre pourrait être acceptée

directement, il n'apparaît *prima facie* pas établi que la partie adverse aurait manqué de minutie et commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, sur la base de ces éléments, qui peuvent par ailleurs être *prima facie* considérés comme établis au regard des annexes de l'avis du Bureau des prix, que le montant global de l'offre de la partie intervenante peut être finalement considéré comme n'étant pas anormalement bas au sens de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et ce même s'il peut être concédé à la requérante que la manière dont l'avis du Bureau des prix est formellement motivé n'apparaît pas des plus heureuses. Ceci ne suffit cependant pas, en soi, à considérer comme sérieuse la première branche du moyen unique de la requête. L'on relèvera encore à cet égard que la critique formulée par la requérante à l'audience, selon laquelle l'avis du Bureau des prix ne porterait que à peu près sur 10,38 % de la valeur totale du marché et l'analyse des prix de l'offre de la partie intervenante ne porterait, elle aussi, que sur moins de 10 % de cette valeur, manque manifestement de pertinence au regard de l'annexe 2 à l'avis du Bureau des prix, à savoir le tableau DOC C2, pour lequel la confidentialité a été sollicitée par la partie adverse. Sans qu'il soit nécessaire d'ordonner dès à présent la levée, totale ou partielle, de la confidentialité de cette annexe, il suffit en effet de relever que ce tableau porte sur l'examen de 24 des 183 postes du marché, lesquels postes représentent en effet environ 79 % de la valeur totale du marché, ainsi que relevé dans l'avis du Bureau des prix, et que ces postes ont chaque fois donné lieu, tant chacun pris séparément que dans leur ensemble, à une comparaison systématique des prix estimés par le pouvoir adjudicateur, de ceux offerts tant par la partie intervenante que par la requérante, et que de ceux issus de l'estimation du Bureau des prix. Au regard de cette façon de procéder, il ne peut donc pas être *prima facie* considéré que l'avis du Bureau des prix procéderait lui-même d'une erreur manifeste d'appréciation, en ce que les conclusions de cet avis procèdent d'une estimation rectifiée généralisée du Bureau des prix, à savoir une "estimation du Bureau des prix ramenée à l'ensemble du marché". L'extrapolation ainsi également critiquée par la requérante à l'appui de son moyen unique ne porte, en conséquence, pas sur près de 90 % de la valeur totale du marché, mais bien sur +/- 21 % de celle-ci, ce qui est tout à fait différent.

Il est vrai que, comme le soulève la requérante, la partie adverse a toutefois estimé utile d'inviter tant la partie intervenante que la requérante à se justifier sur certains des prix proposés dans leur offre respective.

A ce sujet, il convient cependant d'observer ce qui suit.

Dès lors que le Bureau des prix a, dans son avis, également abordé, fût-ce de manière indirecte, la question de certains postes à prix apparemment anormal, tant dans l'offre de la partie intervenante que dans celle de la requérante, pour en déduire que l'importance de ces postes représente, dans le chef de la partie intervenante,

10,84 % de l'estimation généralisée du Bureau des prix et, dans le chef de la requérante, 12,11 % de cette même estimation, ainsi que pour en conclure que les postes à prix apparemment anormal dans l'offre de la partie intervenante sont d'une moyenne importance par rapport à l'estimation généralisée du Bureau des prix, que ces postes ne sont pas de nature à mettre l'économie du marché en péril et, qu'en conséquence, l'offre la plus basse pourrait être acceptée sans qu'une demande de justification de prix unitaire soit nécessaire, la partie adverse peut être *prima facie* suivie lorsqu'elle affirme avoir souhaité procéder, toujours dans le cadre de l'analyse du montant global de l'offre la plus basse, à des "compléments d'informations" au sens de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ainsi que par ailleurs indiqué dans la motivation formelle de la décision attaquée. Il peut en effet être considéré que le pouvoir adjudicateur peut estimer légitime de vérifier quel prix unitaire ou quels prix unitaires sont concrètement à l'origine du caractère apparemment anormalement bas du montant global proposé d'une offre, de même que le pourcentage que représentent ce ou ces postes dans le prix global proposé.

Pour ce faire, la partie adverse a estimé nécessaire de s'adresser tant à la partie intervenante qu'à la requérante, et ce dans le souci d'assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et en se fondant tant sur différents postes repris dans l'avis du Bureau des prix (6 pour la partie intervenante et 6 pour la requérante), que sur quelques postes supplémentaires, qu'elle a ajouté d'initiative (4 pour la partie intervenante et 6 pour la requérante). Lorsqu'il est procédé à l'analyse de ces différents postes, il est permis de constater que le critère qui a conduit à leur identification n'est pas celui du prix unitaire apparaissant anormalement bas ou élevé. En effet, pour certains des postes identifiés à l'égard de la partie intervenante, il apparaît que les prix unitaires remis par la requérante sont encore plus bas que ceux de la partie intervenante et *vice-versa*. Il est, en conséquence, permis d'admettre *prima facie* que, ce faisant, la partie adverse est bien restée dans le cadre de son examen de la normalité de la valeur globale de l'offre la plus basse et qu'elle n'a donc pas entendu faire application de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la procédure de contrôle d'un prix unitaire paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter. C'est donc bien en ce sens que doit *prima facie* être comprise la motivation formelle, il est vrai quelque peu maladroite sur ce point, de la décision attaquée lorsqu'il est fait état des considérations suivantes:

" Considérant qu'il ressort de l'analyse des justifications apportées par ces deux soumissionnaires que les prix remis n'apparaissent pas anormalement bas ou de nature à mettre l'économie générale du marché en péril, qu'ils sont considérés comme permettant d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges;

Considérant que l'Administration estime que ces justifications sont acceptables;

Considérant que bien que le montant global de l'offre remise par la S.A. NELLES Frères se situe plus de 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres

calculée conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ce montant ne présente pas un caractère anormal étant donné l'analyse des prix remis pour les différents postes".

Des considérations qui précèdent, il résulte en effet de cette motivation que la partie adverse s'est fondée tant sur l'avis du Bureau des prix que sur les compléments d'information communiqués par les soumissionnaires ayant remis les deux offres les plus basses pour considérer qu'il résulte de l'analyse des différents postes de l'offre remise par la partie intervenante que celle-ci est la plus basse, qu'elle est régulière et qu'elle est conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges.

A cet égard, les diverses critiques que formule la requérante au sujet de la manière dont a procédé la partie adverse pour apprécier les compléments d'information qui lui ont été communiqués manquent *prima facie* de pertinence.

Tout d'abord, et contrairement à ce que soutient la requérante, ce n'est pas au stade de l'analyse de ces compléments d'information qu'il a été procédé à une quelconque extrapolation, mais bien dans l'avis du Bureau des prix auquel se réfère également la partie adverse. Pour les raisons qui ont été exposées ci-avant, l'on n'aperçoit à cet égard pas en quoi le recours par le Bureau des prix à cette extrapolation serait constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation.

Par ailleurs, les critiques, qui sont formulées par la requérante à l'encontre de diverses justifications apportées par la partie intervenante au regard de divers postes de son offre et qui ont été considérées comme acceptables par la partie adverse, peuvent être *prima facie* considérées comme dépourvues de caractère sérieux pour les raisons qui seront indiquées lors de l'examen de la deuxième branche du moyen unique de la requête.

Enfin, dès lors que la partie adverse a décidé, afin de préserver le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de solliciter des compléments d'information auprès des deux soumissionnaires qui ont remis les offres les plus basses et que le Bureau des prix a également examiné ces deux offres dans les tableaux annexés à son avis, l'on n'aperçoit pas en quoi le seul fait d'avoir sollicité ces compléments d'informations sur un plus grand nombre de postes de même que sur des postes en partie différents dans le chef de la requérante serait, en soi, constitutif d'une inégalité de traitement.

En conclusion, la partie adverse paraît bien avoir *prima facie* respecté le double objectif de la réglementation sur le contrôle du montant global d'une offre, que rappelle la requérante dans sa requête, à savoir, d'une part, la protection du pouvoir

adjudicateur, et, d'autre part, la protection des exigences d'une saine concurrence entre soumissionnaires.

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

B. Sur la deuxième branche

Comme déjà exposé lors de l'examen de la première branche, le seul fait que, dans les circonstances concrètes du cas d'espèce, la partie adverse a invité la requérante à fournir des justifications sur plus de prix unitaires et sur un montant plus important que ce qui a été le cas pour la partie intervenante ne suffit pas, en soi, à établir une discrimination au détriment de la requérante et celle-ci n'expose par ailleurs pas concrètement en quoi cette éventuelle discrimination pourrait consister.

Comme cela a par ailleurs également été exposé lors de l'examen de la première branche, les circonstances du cas d'espèce ne permettent pas de considérer *prima facie* que les compléments d'information sollicités auprès de la requérante et de la partie intervenante l'ont été dans le cadre de la procédure de contrôle d'un prix unitaire considéré comme anormalement bas ou haut et de nature à entraîner, en tant que telle, l'irrégularité matérielle de l'offre considérée. Il apparaît, au contraire, que, pour certains des postes identifiés à l'égard de la partie intervenante, les prix unitaires remis par la requérante sont encore plus bas que ceux de la partie intervenante et *vice-versa*.

Ceci étant, la requérante peut être suivie lorsqu'elle considère que, quoi qu'il en soit de la disposition de l'article 21 dont il a été fait application, il n'en relève pas moins de la compétence du Conseil d'Etat de vérifier si, au regard des exigences de motivation, tant matérielle que formelle, qui reposent sur la partie adverse, cette dernière ne doit pas être considérée, au regard des critiques que formule la requérante, à l'égard de la motivation attaquée, comme ayant commis une erreur manifeste d'appréciation et violé son devoir de minutie en estimant que les justifications apportées par la partie intervenante sont acceptables.

A cet égard, les critiques que formule la requérante appellent les observations qui suivent.

Les informations que la requérante déclare avoir recueillies auprès de la commune de Saint-Vith quant à d'éventuelles incohérences dans les justifications apportées par la partie intervenante concernant certains de ses prix, ne peuvent être prises en considération du fait qu'elles ne reposent que sur une simple affirmation

dans le chef de la requérante, laquelle ne produit par ailleurs aucun élément probant à ce sujet.

S'agissant par ailleurs des critiques précises dirigées contre les postes 151 et 153, il n'apparaît *prima facie* pas établi que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les justifications fournies par la partie intervenante de l'existence d'une convention conclue avec un centre de recyclage appartenant à une société filiale, la SPRL NELLES RECYCLAGE, laquelle, dans le cadre d'une opération "win – win" prend également en charge les coûts de transport, sont acceptables. Le Conseil d'Etat n'aperçoit *prima facie* pas en quoi il aurait également fallu que la partie adverse exige la preuve de l'existence de cette convention ou de l'engagement de ladite société. Cette dernière n'est en effet pas présentée comme un sous-traitant du marché et la circonstance que cette société ne respecterait pas ses engagements contractuels à l'égard de la partie intervenante n'est pas de nature à empêcher que la partie intervenante sera néanmoins tenue par les prix remis pour les postes 151 et 153. Ces critiques ne sont donc pas pertinentes.

S'agissant des critiques d'ensemble dirigées contre les justifications fournies par la partie intervenante au sujet des prix unitaires des postes 7, 36, 38, 40, 41, 55, 82 et 83, la requérante n'établit pas concrètement en quoi la partie adverse aurait, au regard du dossier administratif, commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la partie intervenante a, au sujet de ces postes, précisé de manière détaillée "les prix remis pour le personnel employé", ainsi que "le matériel utilisé", et justifié "le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier".

En ce qui concerne plus particulièrement le poste 7, la seule circonstance qu'il soit fait état d'une offre non signée et n'émanant que d'un seul actionnaire minoritaire de la société anonyme ENROBEST ne suffit pas non plus pour considérer que le prix unitaire remis sur cette base est nécessairement "anormalement bas". Cette dernière société n'est en effet pas présentée comme un sous-traitant du marché et la circonstance qu'elle ne respecterait pas ses engagements contractuels à l'égard de la partie intervenante n'est pas de nature à empêcher que la partie intervenante sera néanmoins tenue par le prix remis pour le poste 7. Il en va d'autant plus ainsi que la partie intervenante fait valoir, sans être sérieusement contredite, qu'elle est actionnaire de la société anonyme ENROBEST, dont Monsieur Charles NELLES, par ailleurs administrateur-délégué de la partie intervenante, est également l'administrateur délégué de la société anonyme ENROBEST et en assume la gestion journalière.

La partie intervenante a également été invitée à justifier la prise en compte dans son offre des frais de coordination "sécurité – santé" (2,5 %) ainsi que des frais de "C.R.R." (0,80 %). Elle a fait valoir à ce sujet, preuves comptables à

l'appui, que ces frais sont déjà pris en compte dans ses "frais généraux", fixés à 7,00 %, du fait qu'elle est à même de limiter ses "frais d'encadrement" à 3,70 %. Au regard cette justification et des pièces déposées par la partie intervenante, il n'apparaît à nouveau pas, *prima facie*, que la partie adverse aurait violé son devoir de minutie et commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que cette justification est également acceptable.

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

C. Troisième branche

En ce que la requérante invoque, dans cette branche, un vice de motivation matérielle de la décision attaquée, il est renvoyé à ce qui a déjà été exposé pour conclure au caractère non sérieux des première et deuxième branches du moyen unique.

En ce que la requérante invoque, dans cette branche, un vice de motivation formelle de la décision attaquée, il ressort également de l'examen des deux autres branches du moyen unique que la partie adverse a adéquatement respecté son obligation de motivation formelle en indiquant pour les divers motifs expressément repris dans la décision attaquée que l'offre de la partie intervenante est la plus basse, qu'elle est régulière et qu'elle est conforme aux clauses ainsi qu'aux conditions techniques du cahier spécial des charges. Il en va, notamment, ainsi de la considération, établie par les pièces figurant au dossier administratif, fût-ce dans sa partie confidentielle, selon laquelle, "en outre, [...] pour les prix remis pour les autres postes, ce soumissionnaire précise, de manière détaillée, les prix remis pour le personnel employé, le matériel utilisé et justifie le rendement qui découle de la mise en œuvre de ce chantier". La motivation formelle de la décision attaquée a, par ailleurs, atteint son but, à savoir que la requérante a pu comprendre la ou les raisons pour lesquelles son offre n'a finalement pas été retenue par le pouvoir adjudicateur, ainsi que cela ressort à suffisance du contenu de sa requête en suspension d'extrême urgence. Conclure en sens contraire reviendrait, en effet, à contraindre la partie adverse à indiquer dans la décision attaquée les motifs de ses motifs.

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

D. Décision sur l'ensemble du moyen unique

Le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses branches.

IX. BALANCE DES INTERETS

IX. 1. Demande de la partie adverse

La partie adverse sollicite qu'il soit, le cas échéant, fait application de la balance des intérêts afin de ne pas ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

La demande de suspension de l'exécution de la décision attaquée étant rejetée en raison de l'absence de caractère sérieux du moyen unique invoqué dans la requête, il n'y a pas lieu d'examiner cette demande.

X. DEMANDES DE CONFIDENTIALITE

X. 1. Demandes des parties

La requérante sollicite le maintien de la confidentialité de son offre ainsi que des justifications de prix, conformément aux articles 10 et 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. La requérante estime cette confidentialité nécessaire au secret des affaires et au maintien d'une concurrence loyale entre les entreprises.

La partie adverse sollicite également le maintien de la confidentialité des offres et des justificatifs de prix déposés par les parties requérante et intervenante dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. Ces documents sont repris comme pièces 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2 et 2.3 du dossier administratif confidentiel. La partie adverse dépose également, en pièce 3 du dossier administratif confidentiel, l'intégralité de l'avis du Bureau des prix du 30 octobre 2015.

La partie intervenante sollicite la confidentialité de son offre et des justifications de ses prix.

X. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité, à l'exception de l'avis du Bureau des prix du 30 octobre 2015, mais sans ses annexes.

XI. INDEMNITE DE PROCEDURE

Le recours en annulation ayant déjà été introduit, il est réservé à statuer sur ce point.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 2.3 et 3 du dossier administratif confidentiel, les annexes n^{os} 3, 5 et 7 de la requête en suspension d'extrême urgence et de la requête en annulation ainsi que les annexes 2, 3, 5, 6, 8, 9 et 20 de la requête en intervention sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

Article 4.

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

Article 6.

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

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

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.