

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 237.157 du 25 janvier 2017

A. 218.375/VI-20.715

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

ayant élu domicile chez
M^e Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride 26,
1180 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,

ayant élu domicile chez
M^e Olivier JADIN, avocat,
rue Jules Destrée 72,
6001 Marcinelle.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 février 2016, la société anonyme EUROVIA BELGIUM demande l'annulation de la décision de la ville de Charleroi du 8 décembre 2015 "d'écarter la soumission qu'elle avait déposée par application de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et d'attribuer le marché de travaux de remplacement de revêtements et sécurisation des voiries et trottoirs communaux - Vauban phase III- Travaux de réparation des voiries et trottoirs aux entreprises PIRLOT aux prix unitaires des postes mentionnés de son offre du 03/06/2015".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 6 décembre 2016 fixe l'affaire à l'audience du 11 janvier 2017 à 10 heures.

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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Caroline DELFORGE, *loco* M^e Olivier JADIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 1^{er} juin 2015, le conseil communal de la partie adverse décide de lancer un marché public relatif à la réalisation de travaux de remplacement de revêtements et de sécurisation des voiries et trottoirs communaux. Ce marché est intitulé "Vauban phase III - Travaux de réparation des voiries et trottoirs" et son mode d'attribution est l'adjudication ouverte.

La séance d'ouverture des offres a lieu le 4 août 2015. Six offres sont reçues dans les délais fixés, dont celle de la partie requérante et celle de la société ENTREPRISES PIRLOT.

Le 3 septembre 2015, la partie adverse écrit à la requérante en l'invitant à apporter des justificatifs de prix détectés comme anormalement hauts en ce qui concerne les trois postes suivants :

- Poste 5 - D3220-E – "Démolition sélective par fraisage de revêtement hydrocarboné, en épaisseur variable, profondeur : $5\text{ cm} < E \leq 10\text{ cm}$, en vue d'une évacuation";
- Poste 9 - D4610 - E – "Démolition sélective de fondation/sous fondation de chaussée, en matériaux non liés, en vue d'une évacuation";
- Poste 165 - J1479* - "Remplacement de trapillons".

Ce courrier, envoyé à la requérante par pli simple, n'indique pas le délai dans lequel elle était tenue de répondre.

Par un courrier daté du 4 septembre 2015, la requérante répond à la partie adverse ce qui suit :

- " Par la présente, et en réponse à votre courrier daté du 03 septembre 2015 références VO/SA/YG/MB/FR, veuillez trouver ci-joint la justification de prix globale demandée.

Par la même occasion, nous nous permettons de vous rappeler que notre société, et principalement le secteur «Charleroi», réalise annuellement, +/- 20 millions d'euros de chiffres d'affaires en Région wallonne, et de ce fait possède une grande expérience dans les travaux d'entretien et d'aménagement de voirie et de trottoirs en zone urbaine à forte densité de population et de circulation, et dès lors nous maîtrisons parfaitement les coûts de ce type de travaux.

Par rapport à la concurrence, notre siège d'exploitation de Charleroi se situe à Couillet à proximité du R3, ce qui réduit les temps de trajets, optimisant ainsi le temps d'occupation de nos hommes et de nos machines. Du fait de la proximité, le personnel d'encadrement est disponible plus longtemps sur le chantier et l'organisation en profite d'autant plus.

Il va donc de soi que l'exécution par EUROVIA BELGIUM de nombreux chantiers en Région Wallonne, pour le compte du Service Public de Wallonie, de la Province du HAINAUT (HIT), de différentes Intercommunales (IGRETEC - INASEP) et de différentes communes sur les territoires avoisinants permet à notre société de bénéficier, à la différence de ses concurrents, de frais de personnel, de transport et de mobilité fortement réduits.

A ce sujet, M.-A. FLAMME a d'ailleurs fort justement observé, dans son Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, que l'on peut raisonnablement admettre qu'un entrepreneur qui est en train d'exécuter plusieurs travaux dans une commune peut offrir des prix plus bas pour un marché à exécuter dans la même commune et qui s'apparente auxdits travaux en cours en raison de l'absence de frais de transport du matériel, de la limitation éventuelle des frais de

transport du personnel, de la mise en œuvre simultanée du personnel dirigeant sur plusieurs chantiers et d'une mise en œuvre plus efficace des ouvriers».

Par rapport à la concurrence, nous vous rappelons également qu'EUROVIA BELGIUM appartient au groupe EUROVIA qui possède ses propres carrières (carrière de Bailleux, et principalement la CUP à Bierges et Lessines), sa propre usine de liant (Hydrocar à Namur), plusieurs centrales d'hydrocarbonés, à 100% ou en participation et sa propre centrale de recyclage, ce qui permet d'optimiser le prix de revient des matériaux. EUROVIA BELGIUM, par son appartenance au groupe VINCI, peut bénéficier des prix de fournitures et sous-traitance négociés par la centrale d'achat commune aux sociétés du groupe VINCI (par exemple CFE et BPC en Belgique). EUROVIA possède également une plate-forme multi modale d'importation et de stockage de matériaux à Anvers. Cette plate-forme est fonctionnelle depuis 2007, et permet d'obtenir des matériaux à meilleur prix.

Hydrocar (filiale d'EUROVIA) est fournisseur en bitume modifié pour les centrales d'hydrocarbonés d'EUROVIA et mais aussi de plusieurs de nos concurrents directs.

EUROVIA BELGIUM bénéficie d'un laboratoire moderne et performant, qui permet d'élaborer des solutions innovantes et intervient en autocontrôle sur les chantiers.

Enfin, vu la tendance économique actuelle nous avons souhaité faire un effort sur nos prix -que nous maîtrisons cependant parfaitement et qui sont bien équilibrés - afin de nous assurer un chiffre d'affaires pour les années à venir.

Tous ces éléments nous permettent d'optimiser nos prix au maximum par rapport à la concurrence.

[...]".

Trois annexes sont jointes à cette lettre. Elles indiquent, pour chacun des trois postes concernés, la structure des prix proposés selon trois éléments : la main-d'œuvre (nombre d'heures et prix horaire), le matériel (nombre d'heures et coût horaire) et le transport (nombre d'heures et prix horaire). Un rendement journalier est également annoncé. Pour le poste "J1479* – Remplacement des trapillons", un quatrième élément (fourniture) est ajouté.

Le 25 novembre 2015, un rapport d'attribution est rédigé par le service technique de la partie adverse. Ce rapport procède notamment à l'analyse des prix en relevant qu'"aucune offre n'est inférieure à la moyenne moins 15%" mais que cinq offres, dont celle de la requérante, présentent des prix unitaires apparemment anormalement hauts, en telle sorte que des justifications ont été demandées. La partie adverse n'a pas considéré que l'offre de la société "ENTREPRISES PIRLOT" présentait de tels prix.

En ce qui concerne l'analyse des prix de l'offre de la société anonyme EUROVIA BELGIUM, le rapport d'attribution mentionne ce qui suit :

" Prix anormalement hauts : postes 5, 9 et 165.
 Par son courrier recommandé daté du 04/09/2015, justifie ses prix par le fait que par rapport à la concurrence son siège d'exploitation de Charleroi se situe à Couillet à proximité du R3, ce qui réduit ses temps de trajets, optimisant ainsi le temps d'occupation de ses hommes et de ses machines, voir son courrier.
 À la lecture de son courrier justifiant ses prix, l'entreprise argumente par de multiples explications que ses coûts sont réduits, ce qui permet de proposer un prix optimisé; or dans notre courrier nous lui demandions de justifier des prix anormalement hauts.
 Il est à remarquer que le prix unitaire est 62,8 % supérieur à la moyenne des prix pour le poste n°5 réf. D3220-E, de 63,6% supérieur à la moyenne des prix pour le poste n°9 réf. D4610-E et de 36% supérieur à la moyenne des prix pour le poste n°165 réf. J1479*.
 En égard à l'offre de prix déposée par cette entreprise pour des travaux similaires dans le cadre du dossier Droit de Tirage n°3 (adjudication du 12 mars 2015), nous constatons une augmentation du prix unitaire de l'ordre des 57,6% supérieur au prix unitaire du poste n°5 réf. D3220-E et de 56,5% supérieur du prix unitaire du poste 9 réf. D4610-E.
 Cette augmentation des prix unitaires ne se justifie pas étant donné que la formule de révision qui entre le 12 mars 2015 et le 04 août 2015 présente un indice de prix inférieur (en mars 2015 : S = 31,106 et en août 2015 : S = 31,094 ainsi que les prix de référence M3 en mars 2015 : M3 = 1,0564 et en août 2015 : M3 : 0,9845).
 Le justificatif ne répond, au vu de cette analyse, en rien à notre demande, nous écartons l'offre d'Eurovia en application de l'article 21 § 3, alinéa 2 de l'AR, du 15/07/2011".

Pour le surplus, le rapport renvoie à un tableau comparatif des offres et conclut à l'attribution du marché à la société ENTREPRISES PIRLOT, soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

Le 8 décembre 2015, le collège communal de la partie adverse décide, sur avis favorable de son directeur financier, d'attribuer le marché à la société ENTREPRISES PIRLOT. Cette décision contient la motivation suivante :

" Considérant que l'ouverture des offres a eu lieu le 04/08/2015;
 Considérant que six firmes ont remis une offre :
 [...]
 Considérant que tous les soumissionnaires sont sélectionnés sur base de la déclaration sur l'honneur implicite;
 Considérant que toutes les sociétés sont sélectionnées car sont bien agréés dans la catégorie et la classe exigées par les documents du marché;
 [...]
 Considérant que les Entreprises EUROVIA justifie des prix anormalement bas, alors qu'il lui était demandé de justifier des prix anormalement élevés, qu'elle ne répond dès lors aucunement à la demande du Pouvoir adjudicateur et qu'elle est dès lors écartée en application de l'Art. 21, § 3, al.2 de l'AR du 15/07/2011 :
 Considérant que le montant de l'offre régulière la moins disante est celle des Entreprises PIRLOT au montant corrigé de 2.785.513,85 € HTVA soit 3.370.471,76€ TVAC.
 Considérant que ce marché est à commande partielle;
 Considérant que la dépense à résulter de ce marché peut être imputée sur les crédits

du budget extraordinaire de 2015 sur les articles 0421/73160/001/10-VMO 2015/82 et article 0421/73160/001/03-VMO 2015/78;
Sur proposition de l'Echevin des Travaux,
Décide :
Article 1 : d'approuver les conclusions du rapport d'attribution du marché;
Article 2 : de considérer le rapport d'attribution en annexe comme partie intégrante de la présente délibération;
Article 3 : d'attribuer le marché de travaux de remplacement de revêtements et sécurisation des voiries et trottoirs communaux - Vauban phase III - Travaux de réparation des voiries et trottoirs aux entreprises PIRLOT aux prix unitaires des postes mentionnés dans son offre du 03/06/2015;
Article 4 : de soumettre la présente décision à l'autorité de tutelle".

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 17 décembre 2015, la partie adverse informe la requérante de sa décision d'écarter son offre pour irrégularité substantielle.

Le 29 janvier 2016, la partie adverse communique à la société ENTREPRISES PIRLOT la décision de la désigner comme adjudicataire du marché.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche, en substance, à la partie adverse, d'avoir écarté son offre, qui était la moins-disante, en application de l'article 21, § 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et d'avoir attribué le marché au soumissionnaire deuxième classé, la société anonyme ENTREPRISES PIRLOT, sans avoir respecté les exigences formelles de l'article 21, § 3, précité, ni vérifié, dans le respect de l'indispensable égalité entre les soumissionnaires, les justifications qu'elle avait apportées, alors que celles-ci confirmaient la parfaite régularité de sa soumission, en manière telle que le marché devait, légalement, lui être attribué.

Dans une première branche, elle fait valoir ceci dans sa requête en annulation:

" Alors que l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose que l'invitation à fournir les justifications utiles soit adressée au soumissionnaire concerné par lettre recommandée et lui accorde pour ce faire un délai de 12 jours de calendrier, le courrier de demande de justifications de trois prix unitaires adressé par la partie adverse l'a été par courrier simple, sans préciser le délai de réponse exigé, poussant la requérante, par un souci de précaution bien compréhensible, compte tenu de l'importance financière du marché considéré, à réserver suite à cette demande le jour même de sa réception, le 4 septembre 2014, générant l'erreur commise dans le choix de la lettre de couverture".

Dans son mémoire en réplique, elle précise que si l'absence d'envoi par recommandé n'a pas eu de conséquence directe en ce qui la concerne, dès lors qu'elle a bien réceptionné le pli litigieux le lendemain de son envoi, l'omission de cette formalité a néanmoins pu l'amener à s'interroger sur la connaissance par le pouvoir adjudicateur des règles qu'il était tenu de respecter et à choisir de répondre dans l'urgence, afin d'éviter une décision d'attribution prématurée. De même, elle fait valoir qu'il ne peut lui être opposé qu'elle ne pouvait raisonnablement pas ignorer, en tant que spécialiste des marchés publics, que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 imposait au pouvoir adjudicateur de lui laisser un délai minimal de douze jours pour répondre à sa demande de justification. Elle soutient, à cet égard, que l'absence de mention du délai de réponse l'a incitée à réagir immédiatement afin de prévenir une décision d'éviction, fût-elle arbitraire, au prétexte d'un défaut de réponse, décision qui "l'aurait contrainte à de longues procédures de recours". Elle cite, pour étayer son argumentation, un arrêt du Conseil d'État qui a sanctionné le non-respect par un pouvoir adjudicateur du délai minimal de douze jours prescrit par la réglementation applicable.

Dans son dernier mémoire, elle réitère cette argumentation et expose que "la connaissance par les soumissionnaires du délai de réponse réglementairement déterminé ne les met [...] nullement à l'abri d'une décision intempestive et anticipée du pouvoir adjudicateur, contre laquelle elles n'auraient plus alors que la possibilité de l'introduction d'un recours en suspension". Elle rappelle que "l'arrêt [...] déjà évoqué par le mémoire en réplique, a au demeurant ordonné l'annulation d'une décision d'attribution de marché en faisant notamment grief à la partie adverse de «n'avoir donc pas octroyé à la requérante le délai nécessaire pour justifier légalement ses prix» et, en conséquence, de n'avoir donc pu «déclarer légalement son offre irrégulière»".

Dans une seconde branche, la requérante soutient que "les motifs retenus à l'occasion de l'examen de la «justification des prix» par le «Rapport d'attribution du marché» attestent de ce que la partie adverse n'a prêté aucune attention aux justifications objectives qui lui étaient fournies, puisqu'ils se réfèrent exclusivement

soit aux termes de la lettre de couverture, soit à la comparaison des prix offerts avec la «moyenne des prix», soit enfin - et de manière tout à fait illégale - aux prix offerts par la requérante à l'occasion d'une autre procédure d'attribution". Elle ajoute que "cette absence d'examen des justifications objectives produites surprend d'autant plus que la consultation du «Rapport d'attribution du marché» révèle que [pour] la comparaison des prix offerts avec la «moyenne des prix», tous les soumissionnaires, à la seule exception notable de l'adjudicataire, ont été invités à justifier, au moins partiellement, les mêmes «prix anormalement hauts»". Elle estime que "le principe d'une mise en perspective des prix offerts par la requérante avec des prix que la partie adverse indique considérer systématiquement comme «anormalement hauts» permet de s'interroger sur les prix mis en exergue par le «Tableau comparatif des offres», que le «Rapport d'attribution du marché» présente en son article 5.1 comme «joint en annexe», mais que la ville de Charleroi s'est abstenue de communiquer lors de son courrier du 17 décembre 2015". Elle demande, à cet égard, que la partie adverse soit invitée à lever la confidentialité dudit tableau comparatif des offres.

Elle ajoute que l'analyse faite dans le rapport d'attribution du marché des justifications proposées par les autres soumissionnaires interrogés fait apparaître que la partie adverse a admis pour celles-ci des justifications reposant sur un type de décomposition des prix unitaires similaire à celui qu'elle-même avait renseigné. Elle considère donc que "c'est en violation de la nécessaire égalité de traitement entre les soumissionnaires que la partie adverse a négligé de se prononcer, de manière étayée, sur les explications précises [qu'elle a] fournies, en sa réponse [...] et a limité sa critique aux termes de la lettre de couverture de cette dernière".

La requérante fait encore valoir que "la précision de l'estimation du montant du marché par la partie adverse (soit 4.681.818,18 € T.V.A. comprise, ou 3.869.271,22€ hors T.V.A.) indique que celle-ci n'a pu être réalisée que par l'application, au mètre récapitulatif de soumission, de prix unitaires estimés pour chacun des postes". Elle soutient qu'"il aurait dès lors été logique que, au moins dans un premier temps, la partie adverse opère une comparaison entre les prix unitaires offerts et les prix unitaires énoncés dans sa propre estimation". Selon elle, "une telle comparaison paraissait s'imposer d'autant plus que, la moyenne des six soumissions déposées s'établissant à (21.701.471 : 6) ou 3.616.911 € T.V.A. comprise, elle était inférieure de 22,75 % à cette estimation, rendant la possibilité de la découverte de prix unitaires objectivement anormalement hauts peu vraisemblable".

Elle relève, enfin, que la partie adverse se fonde pour justifier l'écartement de sa soumission, sur deux prix unitaires qu'elle a offerts dans le cadre d'une autre

procédure d'adjudication ouverte ayant pour objet un marché qui ne lui fut pas attribué. Elle expose qu'"indépendamment même du fait qu'une telle comparaison n'est nullement justifiable ou exemplative, chaque marché présentant ses spécificités propres et la structure des prix unitaires déposés dans le cadre d'une adjudication n'ayant pas de lien nécessaire avec la structure d'une autre offre", elle avait, dans le cadre d'un autre marché dont elle a cette fois été déclarée adjudicataire par la partie adverse et qui se trouve en cours d'exécution, offert en 2015 des prix unitaires identiques à ceux tenus pour anormalement haut dans le cadre du présent marché.

Elle conclut que "c'est sans motif admissible, et en violation notamment de l'article 21, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que la partie adverse a écarté [sa] soumission [et que] le marché aurait dû [lui] être adjugé puisqu'elle avait déposé la soumission régulière la moins-disante".

En réplique, elle rappelle que la partie adverse s'abstient de toute référence aux tableaux qu'elle avait joints à sa justification, mais se limite à invoquer la discordance entre la demande de justifications portant sur des prix apparemment anormalement hauts et la justification de prix apparemment anormalement bas. Elle soutient que "ce seul élément ne pouvait dispenser la [partie adverse] d'examiner de manière objective et approfondie les explications techniques démontrant que les trois prix unitaires qu'elle avait identifiés ne présentaient nullement un caractère «anormalement hauts»". En s'abstenant de consacrer le moindre intérêt aux justifications de ses prix, la partie adverse a selon elle, vicié sa décision d'éviction. Elle constate à cet égard que "la partie adverse ne tente même pas de soutenir que les justifications présentées n'auraient pas été convaincantes et acceptables".

Elle réitère, par ailleurs, sa demande de levée de la confidentialité du tableau comparatif des offres et cite, à cet égard, un arrêt du Conseil d'État qui a jugé que le maintien de la confidentialité ne se justifie plus pour des prix unitaires. Elle ajoute que le refus d'accès prive d'intérêt l'affirmation selon laquelle le prix moyen des offres des soumissionnaires constitue un critère valable pour apprécier le caractère normal d'une soumission.

Concernant les prix offerts pour des marchés antérieurs, elle précise que des prix offerts à l'occasion de marchés analogues antérieurs ne peuvent être assimilés à la comparaison des prix offerts par un même soumissionnaire dans deux procédures successives. Elle fait encore valoir que l'on ne peut lui reprocher d'avoir avancé tardivement différents éléments justifiant la variation de ses prix unitaires dès lors qu'elle ne pouvait imaginer que la partie adverse recourrait à un tel mode

d'appréciation.

Dans son dernier mémoire, elle réitère, en substance, son argumentation. Concernant la justification qu'elle a fournie suite à la demande lui adressée par la partie adverse, elle précise que "son courrier de couverture du 4 septembre 2015 n'aurait même pas dû être pris en considération par la partie adverse, dans la mesure où il était manifestement étranger (et incompatible) à la demande de justifications de prix unitaires exprimée". En effet, "l'article 21 § 3, alinéa 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 limite [...] expressément les demandes à formuler en présence de prix paraissant «anormalement bas ou élevés» aux «justifications nécessaires sur la composition du prix concerné» [en sorte que] sa lettre du 4 septembre 2015, se référant à «la justification globale demandée», n'aurait eu de sens que dans le contexte spécifique de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui impose, dans le cadre de l'examen de la régularité des offres, en cas d'écart d'au moins quinze pourcents en dessous de la moyenne des soumissions déposées (situation qui n'était pas rencontrée en l'espèce), «la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité de son montant total»". Elle considère que "cet envoi étant clairement hors sujet et résultant d'une simple erreur administrative, [il] n'aurait dès lors même pas dû être pris en compte".

Elle insiste, par ailleurs, pour avoir accès aux justifications fournies par les autres soumissionnaires interrogés par la partie adverse, indiquant à ce sujet que "dès l'instant [...] où il a été établi qu'il n'existait pas de motif réglementaire de conférer une quelconque portée à sa lettre d'accompagnement du 4 septembre 2015, tandis que les quatre autres soumissionnaires interrogés ont, eux aussi, «justifié les prix anormalement hauts relevés par la partie adverse en proposant des décompositions de prix», il apparaît indispensable de comparer les justifications qu'ils ont fournies, de surcroît pour les mêmes postes, avec celles que la requérante avait elle-même avancées".

La requérante ajoute, en ce qui concerne les éléments de référence pris en compte par la partie adverse, que "l'absence de la moindre évocation à l'estimation du coût détaillé du marché que ses propres services ont déterminé, de surcroît en fonction de l'expérience acquise à l'occasion de plusieurs marchés similaires, laisse perplexe", d'autant plus que "se voit substitué à cette estimation le critère spécifique d'une «moyenne générale» des offres déposées, alors que cette dernière trouve nécessairement l'une de ses sources dans le contexte, par essence variable et dépourvu de signification concrète, de la situation économique au moment du dépôt des soumissions, et n'a en conséquence qu'une portée très relative". Elle estime que "la

prise en considération de l'estimation préalable - et, *a priori*, fiable - aurait pourtant été d'autant plus opportune qu'il importe de rappeler que le présent recours a pour origine une éviction décidée sur la base de trois prix unitaires jugés anormalement hauts (d'une incidence financière cumulée, sur base des prix unitaires présentés par la requérante, de $([25000 \times 3,50] + [6.250 \times 17,80] + [14 \times 650])$ de 207.850 €, dans le cadre d'un marché pour lequel elle avait remis un prix au montant global de 3.261.264,39 € TVAC, inférieur, à l'instar d'ailleurs des autres soumissionnaires, de plus de 30% à ladite estimation...). Elle souligne, en outre, "que la méthode adoptée par la partie adverse, pour aboutir à la conclusion que le prix qu'elle avait offert pour deux des trois postes considérés était anormalement élevé, apparaît pour le moins spéculative et dépourvue d'objectivité, dans la mesure où, d'une part, le nombre de procédures d'attribution auxquelles [elle] a participé assez récemment pour des marchés de nature similaire permettrait de multiplier aisément le même type de références, tout en laissant apparaître de réelles - et explicables... - variations dans les prix unitaires présentés d'une procédure à l'autre, mais d'autre part et surtout, où la même démarche aurait sans nul doute pu être adoptée à l'égard des autres soumissionnaires, y compris l'adjudicataire, placés dans une situation semblable, sans qu'il n'en ait rien été, et ce en violation de l'obligation d'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires". Elle détaille, par ailleurs, son argumentation concernant la différence entre les postes litigieux du présent marché et ceux du marché antérieur auquel se réfère le rapport d'attribution du marché et en conclut qu'"aucune comparaison utile n'aurait dès lors pu en être inférée".

IV.2. Appréciation

A. Quant à la première branche

L'article 21, § 3, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est rédigé comme suit :

" Art. 21.

[...]

§ 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".

En l'espèce, l'envoi de la demande de justification n'a pas eu lieu par lettre recommandée. Cependant, cette formalité est destinée, non pas à assurer la protection du soumissionnaire interrogé qui, à défaut de pli recommandé, pourra affirmer n'avoir reçu aucune demande, mais bien à ménager au pouvoir adjudicateur une preuve de l'envoi de la demande et à lui donner une date certaine. Le non-respect de cette formalité n'a, dès lors, pas pu léser la partie requérante. L'on n'aperçoit, par ailleurs, pas en quoi la circonstance que le pli ne lui était pas adressé par recommandé aurait raisonnablement pu l'inciter à fournir une réponse précipitée, ainsi qu'elle le soutient.

Il est exact, également, que la demande de justification ne comprend pas l'indication du délai de réponse. Toutefois, il ressort des faits de la cause que cette circonstance n'a pas empêché la requérante de réagir à ce courrier, ni la partie adverse de prendre connaissance de cette réaction. La requérante reste, par ailleurs, en défaut de démontrer en quoi la teneur de la lettre lui adressée aurait pu lui donner à penser que la partie adverse comptait s'exonérer de l'obligation que lui fait l'article 21, § 3, précité, de laisser au soumissionnaire un délai minimal de douze jours de calendrier afin de fournir sa réponse. En réalité, l'absence d'envoi recommandé, susceptible de prouver l'envoi et de lui donner une date certaine, combinée avec l'absence d'indication d'un délai pour répondre, ne pouvait léser la requérante qui aurait, le cas échéant, pu en tirer argument s'il lui avait d'aventure été reproché d'avoir répondu tardivement à ce courrier. L'on reste donc sans comprendre en quoi la carence de la partie adverse à cet égard aurait, ainsi que le prétend la requérante, pu raisonnablement l'inciter à répondre précipitamment.

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

B. Quant à la seconde branche

La décision attaquée, en ce qu'elle écarte l'offre de la requérante, est motivée par la seule considération suivante:

" Considérant que les Entreprises EUROVIA justifie des prix anormalement bas, alors qu'il lui était demandé de justifier des prix anormalement élevés, qu'elle ne répond dès lors aucunement à la demande du Pouvoir adjudicateur et qu'elle est dès lors écartée en application de l'Art. 21 §3, al. 2 de l'AR du 15/07/2011".

Elle déclare, par ailleurs, approuver les conclusions du rapport d'attribution du marché, au sujet duquel elle indique encore qu'il doit être considéré comme faisant partie intégrante de la délibération. Ce rapport contient une motivation qui est plus détaillée que celle de la décision proprement dite, mais qui repose sur le

même et unique motif. Ainsi, après avoir relevé qu'"à la lecture de son courrier justifiant ses prix, l'entreprise argumente par de multiples explications que ses coûts sont réduits, ce qui permet de proposer un prix optimisé" alors qu'il lui était demandé "de justifier des prix anormalement hauts", il poursuit en détaillant les indices qui ont amené la partie adverse à tenir les prix en question pour apparemment anormalement hauts, avant de conclure comme suit:

" Le justificatif ne répond, au vu de cette analyse, en rien à notre demande, nous écartons l'offre d'Eurovia en application de l'article 21 § 3, alinéa 2 de l'AR, du 15/07/2011".

Tant la motivation expresse de la décision que celle du rapport d'attribution du marché auquel elle se réfère reposent donc sur le seul constat de l'absence de réponse de la requérante à la demande qui lui était adressée de justifier des prix unitaires apparemment anormalement hauts. Les considérations qui figurent dans le rapport d'attribution du marché concernant les raisons pour lesquelles la partie adverse a interrogé la requérante au sujet de ces prix n'autorisent pas à tirer une autre conclusion, dès lors qu'elles ne constituent pas un motif distinct pour écarter l'offre de la requérante, mais bien une étape dans le raisonnement amenant à la conclusion que le justificatif fourni "ne répond, au vu de cette analyse, en rien à [la] demande [de la partie adverse]".

Il s'ensuit que les longs développements que consacre la requérante à l'analyse faite par la partie adverse des prix litigieux sont inopérants, dès lors qu'ils ne portent pas sur le motif de la décision attaquée, à savoir l'absence de réponse à la demande de justification qui lui avait été adressée.

Il n'est, par ailleurs, pas contesté que la requérante a répondu à cette demande de justification de trois prix unitaires apparemment anormalement hauts par des explications visant à justifier le caractère apparemment anormalement bas de ces mêmes prix. Sur ce point, la requérante admet elle-même, notamment dans son dernier mémoire, que ce qu'elle présente comme un "courrier de couverture" n'aurait pas dû être pris en considération par la partie adverse, "dans la mesure où il était manifestement étranger (et incompatible) à la demande de justifications de prix unitaires exprimée". Elle soutient toutefois qu'elle a bien justifié ses prix dans les fiches décomposant la structure de ceux-ci, fiches qui étaient annexées à ce courrier. A cet égard, la lecture de la réponse adressée par la requérante à la partie adverse fait apparaître qu'elle se compose d'une explication détaillée sur deux pages des circonstances qui lui permettent d'"optimiser [ses] prix au maximum par rapport à la concurrence", explication à laquelle sont jointes trois fiches décomposant la structure

des prix pour les trois postes litigieux. Ces fiches intitulées "justification de prix" ne contiennent aucune indication qu'elles visent, en réalité, à justifier des prix anormalement hauts, en sorte que rien n'aurait autorisé la partie adverse à y voir autre chose que des annexes à un courrier justifiant des prix anormalement bas. Il ne revenait, pour le surplus, pas à la partie adverse de modifier d'initiative le sens de la réponse fournie par la requérante, voire, comme le suggère celle-ci, d'écarter cette réponse pour n'en retenir que les annexes en leur donnant une portée contredisant les termes utilisés par la requérante elle-même.

Il s'ensuit que la partie adverse a valablement pu constater que la requérante n'a pas répondu à la demande de justification de prix anormalement hauts qui lui avait été adressée et qu'elle pouvait, sur cette base, écarter son offre sans violer les principes et dispositions visés au moyen.

Le moyen n'est pas fondé en sa seconde branche.

V. Confidentialité

La partie requérante demande à prendre connaissance du tableau comparatif des offres et des réponses réservées aux trois soumissionnaires interrogés.

En ce qui concerne les réponses fournies par les autres soumissionnaires interrogés par la partie adverse, il n'y a pas lieu d'en lever la confidentialité, dès lors que leur divulgation pourrait nuire au secret des affaires et qu'elle ne serait, de surcroît, d'aucune utilité pour la solution du litige, puisque ces soumissionnaires n'ont pas été déclarés attributaires du marché public querellé et qu'ils se trouvent, en outre, dans une situation objectivement différente de celle de la partie requérante, ayant, quant à eux, répondu à la demande de justification de prix unitaires apparemment anormalement hauts, ainsi que cela leur était demandé.

En ce qui concerne le tableau comparatif des offres, sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de savoir s'il est possible d'en lever partiellement la confidentialité sans risquer de porter atteinte au secret des affaires, il suffit de constater que dans les circonstances de l'espèce, cette demande est sans utilité aucune pour la solution du litige, dès lors qu'en toute hypothèse, il ressort de l'examen de la seconde branche du moyen unique que le seul motif pour lequel l'offre de la requérante est écartée tient à l'absence de réponse de sa part à la demande de justification de trois prix unitaires apparemment anormalement hauts qui lui avait été adressée. Il est, par conséquent, sans intérêt de divulguer des informations dont la

partie adverse soutient qu'elles relèvent du secret des affaires et qui sont sans lien avec le motif unique de l'acte attaqué.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse demande que la requérante soit condamnée à une indemnité de procédure fixée à son montant de base de 700 euros. La requérante ne fait valoir aucune circonstance justifiant de s'écarter de ce montant.

Dès lors que la partie adverse obtient gain de cause, il ya lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1.

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

président de chambre,
conseiller d'Etat,
conseiller d'Etat,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.