CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 237.345 du 10 février 2017

A.216.086/VI-20.475

En cause : **1. la société anonyme ERAERTS DRAGAGES ET ENTREPRISES**,
2. la société anonyme ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,
3. la société anonyme STRABAG BELGIUM,

ayant élu domicile chez
M^es Virginie DOR et
Charles-Henri DE LA VALLEE POUSSIN, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

l'association de droit public Association hospitalière de Bruxelles - Centre hospitalier universitaire Jules-Bordet,

ayant élu domicile chez
M^es Patrick THIEL et
Valentine DE FRANCQUEN, avocats,
place Flagey 17
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête, recommandée à la poste le 8 juin 2015, la société anonyme ERAERTS DRAGAGES ET ENTREPRISES, la société anonyme ONDERNEMINGEN JAN DE NUL, la société anonyme STRABAG BELGIUM demandent l'annulation de la décision de l'association de droit public ASSOCIATION HOSPITALIÈRE DE BRUXELLES - CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE JULES BORDET, adoptée le 27 mars 2015 d'attribuer à la société momentanée composée des sociétés CFE, BLATON et ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, le lot 1 "Gros-œuvre fermé" du marché de travaux ayant pour objet la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht, et, par voie de conséquence, de ne pas leur attribuer le marché".

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.

Par une ordonnance du 25 juillet 2016 l'affaire est fixée à l'audience du 28 septembre 2016 à 10 heures, date à laquelle elle est mise en continuation à l'audience du 16 novembre 2016 à 10 heures.

Des courriers du 9 novembre 2016 ont remis l'affaire *sine die*.

Par une ordonnance du 27 décembre 2016, l'affaire est fixée à l'audience du 25 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. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{e} Virginie DOR, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et M^{e} Patrick THIEL et Valentine DE FRANCQUEN, avocats, 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.

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 :

1. Le 15 octobre 2014, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché relatif à la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht, lot 01 : gros œuvre fermé. La procédure d'attribution revêt la forme d'une adjudication publique ouverte.

2. Le 18 octobre 2014, la même publication est effectuée au Journal officiel de l'Union européenne.

Des avis rectificatifs sont publiés les 18 octobre 2014 au Bulletin des adjudications et le 13 décembre 2014 au Journal officiel.

3. Dans le cahier spécial des charges applicable au marché, les "clauses techniques du lot 01" contiennent, dans une partie B "Techniques spéciales", notamment la disposition suivante :

" 01.7.3. Éléments de radioprotection

01.7.3.1 Blocs de radioprotection des parois des salles en maçonnerie à haute densité

Les blocs utilisés seront adaptés à toutes les énergies des équipements installés dans les salles de radiothérapie (neutrons, photons, particules, etc.). La configuration des blocs à haute densité permettra d'éliminer tout passage du rayonnement entre les parois constituées.

01.7.3.1.1 Composition

Les blocs en maçonnerie à utiliser pour les murs des salles de radiothérapie sont de type :

- Blocs sur plans appelés « V5 » à densité minimale $\rho = 5{,}0$ g/cm³

Les blocs seront exempts de plomb pour éviter une production de rayonnement secondaire de neutrons.

Ces blocs sont constitués essentiellement de béton fabriqué à partir de ciments Portland ou autres et de billes d'acier, «granulés de fer» de petites dimensions ou autres composants métalliques selon le choix retenu par le présent lot.

Les facteurs d'atténuation des blocs au rayonnement utilisé dans les salles de radiothérapie […] auront les valeurs minimales suivantes :

[…]".

4. Le 21 janvier 2015, six offres sont déposées dont celle des requérantes pour un montant de 56.272.391,95 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et celle de la société momentanée constituée des sociétés C.F.E., BLATON et ENTREPRISES LOUIS DE WAELE pour un montant de 47.823.402,11 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

5. Le 16 février 2015, un rapport d'analyse des offres est établi. Le rapport conclut à la sélection qualitative des requérantes et de la société momentanée constituée des sociétés CFE-BLATON-ENTREPRISES LOUIS DEWAELE et propose d'attribuer le marché litigieux à cette dernière, dont l'offre est considérée comme l'offre régulière la plus basse.

6. Le 27 mars 2015, le conseil d'administration de la partie adverse, se fondant sur le rapport d'analyse des offres, décide d'attribuer le marché à la société momentanée constituée des sociétés C.F.E., BLATON et ENTREPRISES LOUIS DE WAELE.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, a également été querellée par une requête tendant à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de son exécution et enrôlée sous la référence G./A.215.644/VI-20.431 introduite par d'autres soumissionnaires. L'arrêt n° 231.227, prononcé par le Conseil d'État le 18 mai 2015, rejette cette demande de suspension.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un moyen unique pris de la violation des articles 10 et 11 de la constitution, des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence dans les marchés publics, du principe de légitime confiance, des articles 4 et 24 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 9, § 2, alinéa 1er, 21, §§ 1er et 3, 95, §§ 3 et 4, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la

passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'erreur manifeste d'appréciation, des articles 2 et 3 de la loi du 21 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir. Elles y exposent en substance que l'acte attaqué attribue le marché aux adjudicataires dont l'offre propose la fourniture de blocs à haute densité à un prix unitaire de 1.163,00 euros alors que ce prix unitaire, soit constitue un prix anormalement bas qui aurait dû justifier l'écartement de l'offre des adjudicataires, soit révèle le fait que l'offre de ces derniers propose des blocs différents de ceux qui étaient exigés par le cahier spécial des charges.

Elles développent ce moyen en faisant valoir, à titre principal, que la jurisprudence du Conseil d'État est fixée en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de se livrer à une analyse de la régularité des offres, et notamment de leur prix et que, sur cet aspect, la vérification doit être effectuée poste par poste, que, dans cet exercice, les prix généralement constatés sur le marché, mais également les offres des autres soumissionnaires, sont reconnus comme des éléments pertinents à l'aune desquels il y a lieu d'apprécier le caractère normal d'un prix présenté dans une offre, que, dans la détermination du caractère normal d'un prix, le pouvoir adjudicateur dispose d'un important pouvoir d'appréciation, qu'en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'en n'actionnant pas la procédure de vérification des prix de l'adjudicataire dans un premier temps, et en n'écartant pas leur offre dans un second temps, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Les requérantes indiquent qu'elles ont fixé, dans leur offre, le prix unitaire de la fourniture et la pose de blocs de maçonneries de type "V5" à 6.758,79 euros/m³ sur la base du devis établi par la société VERITAS, société qui avait été renseignée par le pouvoir adjudicateur, que, à l'exception du fournisseur Garrot-Chaillac qui proposait un prix unitaire deux fois plus élevé, les requérantes ne sont parvenues à trouver aucun autre fournisseur de blocs "V5", qu'un de leurs concurrents a rencontré les mêmes difficultés en ne trouvant, comme fournisseur de blocs "V5", que la société VERITAS, que la partie adverse elle-même n'a pu répondre à la première question posée par un soumissionnaire concurrent ("pourriez-vous nous indiquer précisément la société et les personnes de contacts nous permettant de nous procurer ces blocs?") qu'en communiquant les coordonnées de la seule société VERITAS auprès de laquelle elles ont finalement dû se résoudre à se fournir, que la partie adverse reconnaissait en outre, dans sa réponse, que VERITAS était le fournisseur qu'elle avait consulté dans le cadre de la préparation du marché, que, pour proposer un prix unitaire de 6.758,79 euros/m³, elles ont dû consentir un certain effort et tabler sur une remise de 20 % que leur proposerait VERITAS, qu'elles observent encore que le prix unitaire proposé par Galère dans son offre, (à savoir

7.356,00 euros/m³), était très similaire au leur, qu'il est impossible que les adjudicataires aient pu proposer, pour le poste litigieux, un prix unitaire de 1.163,19 euros/m³), soit 6 fois inférieur à celui proposé par elles et 7 fois inférieur à celui proposé par Galère, qu'un tel prix constitue incontestablement un prix anormalement bas compte-tenu des prix de ventes pratiqués par les deux fournisseurs de blocs "V5" sur le marché, et compte-tenu surtout du très faible nombre de fournisseurs proposant ce produit. Les requérantes poursuivent en exposant que, dans son arrêt n° 231.227, rendu dans le cadre de la procédure en suspension d'extrême urgence, introduite par un autre soumissionnaire, le Conseil d'État a rejeté le troisième moyen pris du caractère anormal du prix de l'offre remise par les adjudicataires pour le poste litigieux en considérant que, la partie adverse ayant estimé le prix de ce poste à 800,00 euros/m³ dans son métré estimatif, le prix de 1.163,19 euros/m³ proposé par les adjudicataires n'était en rien anormal, qu'interrogée à cet égard par l'auditorat, la partie adverse aurait déclaré qu'elle avait effectué son estimation avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé qui se serait lui-même informé auprès d'une "société spécialisée", que cette société spécialisée n'est autre que VERITAS que la partie adverse affirme avoir consulté, que, VERITAS leur a remis et à Galère une offre portant sur un prix unitaire de plus de 7.000,00 euros/m³, qu'il est incompréhensible que la partie adverse ait pu évaluer le poste litigieux à un prix unitaire de 800,00 euros/m³ dans son métré estimatif, qu'il convient donc de constater que, comme le Conseil d'État en admettait la possibilité dans son arrêt n° 231.227, l'estimation de ce poste litigieux est elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, que, la partie adverse ayant consulté ce fournisseur et l'ayant de surcroît renseigné aux soumissionnaires, elle devait nécessairement tenir compte de ses prix dans son estimation, qu'elle ne pouvait pas ignorer les prix de ce fournisseur pour reprendre, dans son estimation un prix 10 fois inférieur et ne pas constater que le prix des adjudicataires était bien plus bas que le prix du fournisseur qu'elle avait elle-même consulté et renseigné aux soumissionnaires, que l'estimation de la partie adverse - 10 fois inférieure au prix du fournisseur qu'elle a consulté - est donc manifestement entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, voire d'une erreur matérielle, que, dans la mesure où cette estimation était manifestement faussée, la vérification des prix qui en a résulté - et qui a conduit à accepter des prix manifestement anormalement bas - est également viciée.

A titre surabondant, les requérantes soutiennent que, si le prix de l'offre des adjudicataires relatif aux blocs à haute densité est anormalement faible, il en va de même du montant global de l'offre des adjudicataires (47.823.402,11 euros), lequel est inférieur de plus de 20.000.000 d'euros au montant estimé du marché qui aurait été

fixé à 68.000.000,00 euros, qu'à cet égard, l'on relève également que le poste "menuiseries extérieures" représentait 14.521.051,74 euros dans l'offre des adjudicataires contre 19.724.107,93 euros dans leur offre, soit une différence de plus de 36 %, qu'il en va encore de même pour les portes blindées coulissantes des locaux radio-protégés représentant 55.509,15 euros et 69.028,60 euros dans l'offre des adjudicataires contre 97.941,12 euros et 122.617,41 euros dans leur offre, soit une différence respective de 77 % et 36 % et que la partie adverse a donc manifestement méconnu les dispositions et principes visées au moyen dans le cadre de son analyse de l'offre des adjudicataires.

A titre subsidiaire, les parties requérantes affirment que, si les adjudicataires étaient en mesure de justifier le prix proposé pour le poste relatif aux blocs à haute densité, *quod non*, il ne ferait alors aucun doute que les adjudicataires auraient établi leur offre en proposant, pour ce poste, un matériau différent des blocs "V5" d'une densité de 5g/cm³ exigés par le cahier spécial des charges, qu'il ne fait aucun doute que la prescription imposant l'utilisation de blocs V5 de densité de 5g/cm^3 pour la fourniture de blocs à haute densité, constitue bien une prescription essentielle, les requérantes rappellent l'importance que ces matériaux revêtent pour assurer la radioprotection des différentes pièces du bâtiment qui accueillera le futur institut, qu'il est ainsi incontestable que le respect de la prescription du cahier spécial des charges qui fixe la nature ("V5") et la densité (5g/cm³) de ces blocs, est déterminant pour la bonne exécution du marché, qu'il n'est pas davantage contestable que, compte-tenu du prix élevé de ces blocs, le recours à tout autre matériau alternatif mettrait le soumissionnaire qui y fait appel dans une situation plus favorable que ceux qui auraient fait l'effort de respecter les prescriptions du cahier spécial des charges sur ce point, qu'à la lumière de la réponse négative fournie le 15 décembre 2014 par le pouvoir adjudicateur à la question de savoir s'il était possible d'autoriser des variantes pour le poste relatif à l'achat des blocs à haute densité, il apparaît que le pouvoir adjudicateur entendait conférer un caractère essentiel à la prescription correspondante du cahier spécial des charges, qu'en ne décidant pas de déclarer l'offre des requérantes irrégulière, la partie adverse a donc méconnu l'article 95, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Selon les requérantes, le fait, pour les adjudicataires, d'avoir proposé, pour les blocs "V5", un matériau différent de celui qui était précisément prescrit, constitue une variante, étant l'exécution du marché selon un procédé technique ou avec d'autres matériaux que ceux prescrits par le cahier spécial des charges, alors qu'aux termes de l'article 9, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les variantes libres ne sont

pas autorisées en adjudication, comme l'a rappelé le pouvoir adjudicateur lui-même dans ses réponses aux soumissionnaires du 15 décembre 2015, et que les adjudicataires n'ont pas proposé d'offre de base, ce qui rend encore leur offre irrégulière. Les requérantes relèvent que, sans devoir même s'interroger sur la question de savoir si la stipulation du cahier spécial des charges relative aux blocs de haute densité était essentielle ou si le matériau proposé constituait une variante libre, l'auteur de l'acte attaqué aurait dû motiver, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquelles il a décidé de retenir l'offre des adjudicataires alors que celle-ci dérogeait manifestement au cahier spécial des charges en prévoyant un matériau différent de celui qui était prescrit et que l'acte attaqué ne comporte aucune motivation des raisons pour lesquelles il a, le cas échéant, admis que l'offre des adjudicataires déroge au cahier spécial des charges en prévoyant un matériau autre que les blocs "V5" de 5g/cm³ prescrits.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que le prix proposé par l'association momentanée attributaire pour les blocs à haute densité est normal et ne devait en tout cas pas entraîner l'écartement de cette offre.

La partie adverse estime tout d'abord le moyen en partie irrecevable en ce qu'il soutient que l'offre des adjudicataires méconnaît une prescription prétendument essentielle car il n'indique pas quelle règle de droit aurait été violée ni la manière dont elle l'aurait été.

Elle estime également que le moyen manque en fait en ce qu'il indique à titre subsidiaire que "si les adjudicataires étaient en mesure de justifier le prix proposé pour le poste relatif aux blocs à haute densité, *quod non*, il ne ferait alors aucun doute que les Adjudicataires auraient établi leur offre en proposant, pour ce poste, un matériau différent des blocs «V5» d'une densité de 5g/cm³ exigés par le CSC" ou encore, que "sans devoir même s'interroger sur la question de savoir si la stipulation du CSC relative aux blocs de haute densité était essentielle ou si le matériau proposé constituait une variante libre, l'auteur de l'acte attaqué aurait dû motiver, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquels [sic] il a décidé de retenir l'offre des Adjudicataires alors que celle-ci dérogeait manifestement au CSC en prévoyant un matériau différent de celui qui était prescrit". Selon la partie adverse, il s'agit là de simples allégations, non étayées, et contredites par les faits. Elle relève que rien, dans l'offre retenue ne permet d'affirmer que l'adjudicataire aurait présenté une prétendue variante libre ou

un "matériau différent" pour le poste litigieux, que l'offre de l'adjudicataire est jointe afin de permettre de vérifier qu'elle ne contient aucune variante et de confirmer le fait que le pouvoir adjudicateur a valablement pu la considérer comme l'offre régulière la plus basse, que les parties requérantes tentent, en réalité, de semer la confusion en se contentant de formuler de simples allégations de principe pour tenter de donner de la consistance à un moyen qui manque manifestement en fait, et que la partie du moyen soulevée, à titre subsidiaire, par les parties requérantes doit être déclarée irrecevable.

Pour ce qui concerne le fondement du moyen, la partie adverse rappelle l'arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 rendu sur la demande de suspension d'extrême urgence introduite par l'association momentanée constituée par la société anonyme GALERE et la société anonyme CEI DE MEYER où le Conseil d'État a décidé qu'en n'estimant pas "anormalement bas" un prix supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation, la partie adverse n'apparaît pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Selon la partie adverse, les parties requérantes font valoir, à l'appui de leur recours en annulation, qu'il est impossible que les adjudicataires aient pu proposer, pour le poste litigieux, un prix unitaire de 1.163,19 euros/m³, soit 6 fois inférieur à celui proposé par les requérantes et 7 fois inférieur à celui proposé par Galère.

La partie adverse estime que les requérantes procèdent à nouveau à une pure affirmation, non étayée et qui ne démontre pas que le prix de l'attributaire serait anormal ou que l'estimation réalisée aurait été manifestement erronée, que, dans cette situation factuelle, le pouvoir adjudicateur ne devait pas actionner la procédure de vérification et n'a par conséquent pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Elle constate que les parties requérantes ne démontrent pas, concrètement, que l'estimation relative aux blocs de radioprotection réalisée par la partie adverse aurait été entachée d'une erreur manifeste d'appréciation mais se bornent à indiquer que la partie adverse aurait reconnu que VERITAS était le fournisseur consulté dans le cadre de la préparation du marché et en concluent qu'un tel prix constitue incontestablement un prix anormalement bas compte-tenu des prix de ventes pratiqués par les deux fournisseurs de blocs "V5" sur le marché, et compte-tenu surtout du très faible nombre de fournisseurs proposant ce produit. Selon la partie adverse, de telles affirmations ne sont pas de nature à démontrer une erreur manifeste d'appréciation dans son chef et sont manifestement erronées, elle rappelle ainsi qu'à l'occasion de la préparation des offres, un soumissionnaire l'a interrogée à propos des blocs de maçonneries de type "V5" en exposant qu'il semblait très difficile, voire presque impossible de se les

procurer, qu'elle a répondu qu'un fournisseur de blocs à haute densité pour la radioprotection consulté est la société VERITAS située aux États-Unis et qu'il n'y aura pas de variantes aux impositions du cahier spécial des charges. La partie adverse fait valoir que, contrairement à ce que prétendent les parties requérantes – qui assoient leur argumentation sur la seule réponse donnée par la partie adverse pour tenter de fonder leur moyen – VERITAS est un fournisseur qu'elle a consulté dans le cadre de la préparation du marché, mais VERITAS n'est toutefois pas la société spécialisée qui a procédé à l'estimation du prix, que le pouvoir adjudicateur a fixé le prix du poste litigieux avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé en ingénierie et qui fait partie de l'association momentanée en charge de la mission de maîtrise d'ouvrage, après que ce dernier ait fait ses propres calculs et consulté le marché, que cette estimation n'est donc pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, puisqu'elle repose sur des calculs d'ingénieurs spécialisés reconnus et après consultation du marché, que, si les parties requérantes n'ont pas trouvé d'autre fournisseur que la société VERITAS, et que cette dernière leur a proposé un prix particulièrement élevé, cela ne relève pas de la responsabilité de la partie adverse, qu'à défaut pour les parties requérantes de démontrer concrètement que l'estimation du poste relatif à la fourniture des blocs de radioprotection aurait été entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, il n'y a pas lieu de s'éloigner de l'enseignement de l'arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015.

En tout état de cause, la partie adverse souligne que la normalité (ou l'anormalité) d'un prix ne doit pas s'analyser uniquement sur la base du prix d'un autre soumissionnaire, que rien ne permet de juger le prix de l'association momentanée attributaire anormalement bas par rapport au prix des parties requérantes, plutôt que – par exemple – de considérer que les parties requérantes ont proposé un prix anormalement haut, que le prix proposé pour le poste 01.7.1 par l'association momentanée attributaire est de 1.163 euros du m³, soit un prix légèrement supérieur au prix du métré estimatif, mais ne paraissant pas anormalement bas, comme le prétendent à tort les parties requérantes, qu'il n'y avait par conséquent aucune raison d'interroger le soumissionnaire concerné, et encore moins de considérer son prix comme anormalement bas.

La partie adverse conteste l'anormalité de l'offre des attributaires alléguée par les requérantes en faisant valoir qu'en adjudication de travaux, l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 détermine clairement à partir de quand une offre doit être déclarée comme anormale ou non, que l'application de la règle prévue à cet article ne conduit nullement à l'anormalité de l'offre de l'association momentanée

attributaire, qu'en application cet article 99, après écartement de l'offre la plus chère et de l'offre la moins chère, la moyenne des offres est de 53.716.771,99 euros, que l'offre de la société momentanée attributaire ne s'écarte que de 10,9 pour cent de cette moyenne, que le calcul effectué sur base des prix après correction n'emporte pas d'autre conclusion, puisque dans ce cas l'attributaire ne s'écarte que de 12,34 pour cent par rapport à la moyenne. Elle conclut que, d'aucune manière, l'offre retenue ne devait être considérée comme exigeant la vérification sur pied de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, que cette disposition ne peut pas imposer une présomption d'anormalité d'un prix, qu'en effet, aux termes des articles 1349 à 1352 du Code civil, les présomptions légales ne peuvent être établies que par la loi, que, quand bien même y aurait-il eu une obligation de vérification – *quod non* – l'on ne pourrait en déduire que le prix serait présumé anormal.

Pour ce qui concerne le principe d'égalité, la partie adverse relève tout d'abord que les requérantes n'exposent pas en quoi il aurait été méconnu. Elle observe à titre complémentaire, que le pouvoir adjudicateur a scrupuleusement respecté le principe d'égalité dans l'analyse des offres, en appliquant la même méthode d'analyse pour les offres des deux soumissionnaires retenus, que, pour ces deux offres, c'est après avoir examiné l'ensemble des postes et après les avoir comparés par rapport à la moyenne des prix proposés, que le pouvoir adjudicateur, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, a pu valablement considérer que ces deux offres ne contenaient pas des prix "anormaux" justifiant de les écarter et d'interroger les soumissionnaires, que, si le pouvoir adjudicateur avait considéré irréguliers les prix proposés par l'association momentanée adjudicatrice, elle aurait alors également dû interroger les parties requérantes puisqu'il ressort de la simple lecture de leurs prix, que l'offre présente des prix pour certains postes qui s'écartent de plus de 30 % à la hausse ou à la baisse de la moyenne des prix proposés par les différents soumissionnaires (notamment s'agissant de la partie stabilité (et spécifiquement pour les fondations profondes, les constructions en acier inoxydable), de la partie techniques spéciales (et spécifiquement pour les pompes de relevage, les travaux divers, les tubages à intégrer dans le béton (…)) ou de la partie Architecture (et notamment pour l'organisation du chantier), que l'offre des parties requérantes contient même plus de postes avec des prix unitaires qui auraient pu être considérés comme "anormaux" (395 postes sur 1051 soit 37,58 %) que ceux relevés par les parties requérantes à l'appui de leur requête en annulation, qu'en jugeant réguliers les prix proposés tant par les parties requérantes que par l'association momentanée adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur n'a ni commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé le principe d'égalité ni même méconnu les autres dispositions et principes invoqués à l'appui du moyen unique.

Pour ce qui concerne la prétendue erreur sur une prescription essentielle et s'agissant des développements invoqués à titre subsidiaire par les requérantes concernant le non-respect de la prescription du cahier relative à la qualité des blocs de haute densité et à l'éventuelle irrégularité de l'offre de l'adjudicataire, la partie adverse rappelle que l'offre des adjudicataires ne contient pas de variantes et qu'elle ne prévoit pas l'utilisation d'autres matériaux que les blocs de radioprotection prévus au cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur était d'autant plus attentif à cet élément qu'il a été interrogé sur ce point lors de la préparation des offres et a expressément répondu qu'il n'y aura pas de variantes aux impositions de celui-ci, que, produite à titre confidentiel, l'offre des adjudicataires permet de constater qu'elle ne contient pas de variante, que rien dans cette offre ne permet(tait) au pouvoir adjudicateur de valablement conclure que la société momentanée attributaire avait établi son offre en proposant, pour ce poste, un matériau différent des blocs "V5" d'une densité de 5g/cm³ exigés par le cahier spécial des charges, qu'indépendamment même du "caractère essentiel" ou non de la prescription du cahier spécial des charges relative aux blocs "V5", le pouvoir adjudicateur n'aurait pu valablement considérer l'offre irrégulière puisque le prix proposé ne lui apparaissait pas anormal par rapport à l'estimation réalisée par le bureau d'études et que rien dans l'offre ne permet d'affirmer que les adjudicataires réaliseraient le marché en ne respectant pas les prescriptions du cahier spécial des charges.

A titre infiniment subsidiaire, s'agissant de l'argumentation selon laquelle la prescription du cahier spécial des charges relative aux blocs serait une "prescription essentielle" et que son non-respect "[…] hypothèque sévèrement la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires", la partie adverse rappelle que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation sur le caractère essentiel ou non des clauses du cahier spécial des charges, qu'il n'appartient au Conseil d'État que de sanctionner les erreurs manifestes d'appréciation, que la prescription du cahier spécial des charges relative aux blocs n'est pas prescrite sous peine de nullité, que, de même, la formulation utilisée n'impose pas une obligation impérative, qu'à supposer même que l'offre de la société momentanée attributaire n'aurait pas respecté la prescription du cahier spécial des charges – *quod non* –, force serait de constater que les requérantes n'établissent pas l'erreur manifeste quant au prétendu caractère substantiel de la prescription, que le simple fait que les parties requérantes estiment que la prescription du cahier spécial des charges imposant l'utilisation de blocs "V5" de 5g/cm³ pour la fourniture de blocs à haute densité constitue bien une prescription essentielle du cahier spécial des charges ou qu'elles insistent sur l'importance que ces

matériaux revêtent pour assurer la radioprotection des différentes pièces du bâtiment qui accueillera le futur Institut ou qu'il est incontestable que le respect de la prescription du cahier spécial des charges qui fixe la nature ("V5") et la densité (5g/cm³) de ces blocs est déterminant pour la bonne exécution du marché n'est pas de nature à énerver ce constat, et que la disposition du cahier spécial des charges considérée comme "essentielle" par les parties requérantes concerne un poste qui d'un point de vue quantitatif et financier ne peut valablement être considéré comme essentiel au regard de l'objet du marché à savoir la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht, lot 01 - gros-œuvre fermé.

Enfin, la partie adverse relève, en ce qui concerne la motivation formelle, que dans la mesure où il ressort de ce qui précède que l'offre des adjudicataires ne dérogeait pas au cahier spécial des charges et ne prévoit pas de matériau différent à celui prescrit, il ne lui appartenait pas de motiver plus amplement l'acte attaqué, qu'il n'y a en effet pas lieu d'expliquer en quoi une offre est normale, qu'il suffit de constater que l'acte attaqué comprend les éléments de motivation exigés par la loi du 17 juin 2013 et par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et que l'acte attaqué permet d'ailleurs de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a valablement pu considérer que l'offre de l'association momentanée attributaire était l'offre régulière la plus basse.

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes répliquent en substance comme suit pour ce qui concerne le prix des blocs :

- la partie adverse ne peut se limiter à considérer que leur argumentation tient de la pure affirmation alors qu'il n'existe aucun fournisseur capable de proposer ce type de produit à un prix aussi dérisoire;
- la partie adverse n'a pas fourni de liste de fournisseurs dans son mémoire en réponse et ne pourrait le faire;
- la partie adverse se borne à contredire leurs affirmations sans que le dossier administratif ne contienne de pièce émanant du consultant TPF Engineering alors qu'une telle pièce permettrait d'éclairer le débat et de comprendre la manière dont le prix a été calculé;
- la charge de la preuve ne repose pas exclusivement sur elles;
- leurs prix éventuellement anormaux ne peuvent être soulevés par la partie adverse car il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité;
- la partie adverse n'a pas relevé *in tempore non suspecto* ces éventuels prix

anormaux;

- et que le pouvoir adjudicateur est tenu de se prononcer sur le caractère régulier d'une offre au moment de son analyse et dans le respect de la loi du 29 juillet 1991.

Les parties requérantes répliquent en substance comme suit pour ce qui concerne la conformité au cahier spécial des charges des blocs :

- la partie adverse s'abstient de donner des précisions sur le contenu de l'offre retenue, ce qui pourrait être fait sans compromettre la confidentialité du document;
- et, en l'absence d'accès à l'offre retenue, elles ne peuvent donner plus de précision sur la nature du matériau proposé.

D. Dernier mémoire des requérantes

Dans leur dernier mémoire, les requérantes font valoir ce qui suit:

" 5. Les requérantes s'en réfèrent à leur requête en annulation ainsi qu'à leur mémoire en réplique, lesquels sont ici tenus pour intégralement reproduits.
Pour le surplus, elles formulent les observations suivantes.
6. Les requérantes rappellent, pour la clarté de l'exposé, les principaux points de leur argumentation :
Il est admis que :

- Les documents du Marché prescrivaient la fourniture de blocs de type «V5» par les différents soumissionnaires […]:

01.7.3	Eléments de radioprotection
01.7.3.1	Blocs de radioprotection des parois des salles en maçonnerie à haute densité
	Les blocs utilisés seront adaptés à toutes les énergies des équipements installés dans les salles de radiothérapie (neutrons, photons, particules, etc.).). la configuration des blocs haute densité permettra d'éliminer tout passage du rayonnement entre les parois constituées.
01.7.3.1.1	<u>Composition</u>
	Les blocs en maçonnerie à utiliser pour les murs des salles de radiothérapie sont de type : - Blocs sur plans appelés "V5" à densité minimale $\rho = 5,0$ g/cm^3
	Les blocs seront exempts de plomb pour éviter une production de rayonnement secondaire de neutrons.
	Ces blocs sont constitués essentiellement de béton fabriqué à partir de ciments Portland ou autres et de billets d'acier, "granulés de fer" de petites dimensions ou autres composants métalliques selon le choix

retenu par le présent lot.

Les facteurs d'atténuation des blocs au rayonnement utilisé dans les salles de radiothérapie (6 à 18 MeV) auront les valeurs minimales suivantes :

Type de bloc	Densité min.	Facteur atténuation à 18 MeV	Facteur atténuation à 6 MeV
V5	5,0 g/cm^3	1 TVT[1] ≤ 21,4 cm	1 TVT[1] ≤ 16,5 cm

Ces blocs se caractérisent par leur haute densité. Celle-ci représente 5g/cm^3, d'où le nom de bloc «V5».

- Dans sa réponse du 15 décembre 2014 […] à une question posée par un soumissionnaire, la partie adverse a explicitement refusé la possibilité que ceux-ci recourent à un matériau alternatif :

Question :

«Concernant les blocs de maçonneries de type "V5" décrit dans la partie B : A notre connaissance, il nous semble très difficile, presque impossible de se les procurer. Pourriez-vous nous indiquer précisément la société et les personnes de contacts nous permettant de nous procurer ces blocs car selon nos recherches et celles des négociants en matériaux, la seule société trouvée serait basée aux Etats-Unis. En effet, selon la fiche du cstb ci-jointe, d'après laquelle la description du cdc nous semble tirée, la société Epsilon n'est plus active suite au décès de son gérant. Importer des blocs depuis les USA ne nous semble pas une solution économique / écologique. Si aucune alternative à cette société et/ou bloc LEDITE n'est possible, pourriez-vous varianter avec une paroi béton / plomb par exemple ?» (les requérantes surlignent).

Réponse :

«(…)

B) Nous sommes dans un appel d'offre public, il n'y aura pas de variantes aux impositions du CSC» […].

- Dans le métré estimatif établi par la partie adverse, le prix unitaire au m^3 de ces blocs était fixé à 800,00 EUR […]:

01.7	Bunkers de radiothérapie				
01.7.1	Blocs à haute densité				
	Fourniture et pose de blocs de maçonnerie de type "V5" selon CSC et plans, densité de 5 g/cm^3	QP	m^3	337,00	800,00

- Dans leur offre, les Adjudicataires ont proposé la fourniture de ces blocs à un prix unitaire de 1.163,19 EUR/m^3 […]:

01.7.1	Blocs à haute densité					
	Fourniture et pose de blocs de maçonnerie de type "V5" selon CSC et plans, densité de 5g/cm^3	QP	m^3	402,54	1.163,19	468.231,67
01.7.2	Plomb					
	Fourniture et pose de plomb pour la radioprotection des					

	plafonds des bunkers de radiothérapie et du plafond de la salle Mobétron, densité de 11,35 g/cm^3, épaisseurs selon CSC et plans.					

Or :

- Il résulte des faits de la cause qu'un bloc V5 ne peut pas être obtenu sur le marché à un prix unitaire aussi faible que 800,00 EUR/m^3 ou même que 1.163,00 EUR/m^3. Le prix constaté tourne aux environs de 7.000,00 EUR/m^3.

Il est en effet admis que la firme VERITAS était la seule firme capable de fournir les blocs de type V5 demandés1. Cela ressort de la question posée à la partie adverse par l'un des soumissionnaires en décembre 2014 […]:

« Concernant les blocs de maçonneries de type « V5 » décrit dans la partie B: A notre connaissance, il nous semble très difficile, presque impossible de se les procurer. Pourriez-vous nous indiquer précisément la société et les personnes de contacts nous permettant de nous procurer ces blocs car selon nos recherches et celles des négociants en matériaux, la seule société trouvée serait basée aux Etats-Unis. En effet, selon la fiche du cstb ci-jointe, d'après laquelle la description du cdc nous semble tirée, la société Epsilon n'est plus active suite au décès de son gérant. Importer des blocs depuis les USA ne nous semble pas une solution économique / écologique. Si aucune alternative à cette société et/ou bloc LEDITE n'est possible, pourriez-vous varianter avec une paroi béton / plomb par exemple ?» […].

Tous les soumissionnaires non-retenus se sont adressés à la firme VERITAS pour établir leur offre et définir le prix unitaire auquel ils allaient proposer la fourniture des blocs de type V5.

La firme VERITAS a proposé ces blocs aux requérantes à un prix total de 2.606.452,17 EUR, soit un montant unitaire de 7.734,28 EUR/m^3 […]. Les autres soumissionnaires non-retenus se sont vu adresser des offres d'un montant similaire.

La société momentanées Galère – CEI De Meyer avait elle-même proposé, dans son offre, de fournir les blocs de type V5 un prix unitaire de 7.356,00 EUR/m^3, très proche donc de celui auquel VERITAS proposait ces mêmes blocs aux requérantes dans l'offre qu'elle leur a remise […].

Ainsi :

- D'une part, la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, évaluer au prix dérisoire de 800,00 EUR le prix unitaire au m^3 d'un bloc V5 (4.2.1.);
- D'autre part, les Adjudicataires ne pouvaient pas davantage proposer la fourniture de ces blocs à un prix tout aussi dérisoire de 1.163,19 EUR/m^3 (4.2.2.);

Deux conclusions peuvent être tirées de ce prix littéralement impossible :

Soit le prix proposé est anormalement bas;

Soit l'offre de l'adjudicataire prévoit, en dépit de ce qu'elle déclare, un matériau meilleur marché, différents des blocs de type V5 qui étaient exigés par le CSC.

4.2.1 Quant à la commission d'une erreur manifeste d'appréciation par la partie adverse au moment de la fixation à 800,00 EUR/m^3 du prix des blocs de type V5 dans son métré estimatif

7. Il est utile de rappeler que la possible commission d'une erreur manifeste d'appréciation par la partie adverse au moment où elle a estimé à 800,00 EUR/m^3 le prix unitaire des blocs de type V5, avait été explicitement envisagée par votre Conseil dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 :

«En n'estimant pas "anormalement bas" un prix [NDA : celui des Adjudicataires, soit 1.163,19 EUR/m^3] supérieur de quarante-cinq pourcents à

sa propre estimation [NDA : soit 800,00 EUR/m^3], la partie adverse n'apparait pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation» […].

Or, à moins d'admettre que l'erreur manifeste d'appréciation serait en réalité devenue un concept théorique dont le Conseil d'Etat ne reconnaitrait en pratique jamais l'existence, il est incontestable que le fait d'estimer à un prix unitaire de 800,00 EUR/m^3, un matériau dont il est acquis qu'il ne peut être trouvé sur le marché qu'à environ 7.000,00 EUR/m^3, est bien constitutif d'une telle erreur manifeste.

Les requérantes relèvent que cette erreur n'est pas de l'ordre de quelques pourcents, mais bien de 88,57 %.

8. La jurisprudence de votre Conseil définit l'erreur manifeste d'appréciation comme l'erreur «incompréhensible (…) qu'aucune autre autorité administrative normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas commise».

En l'espèce, il ne fait aucun doute que le fait d'estimer à 800,00 EUR/m^3 un prix unitaire qui est en réalité d'environ 7.000,00 EUR/m^3, constitue bien «une erreur». Il ne peut davantage être contesté que cette erreur est totalement «incompréhensible» et même grossière.

9. Les requérantes relèvent qu'il est intéressant, à ce propos, d'avoir égard aux prix d'autres produits.

Ainsi, une simple recherche sur le web permet de constater que des blocs de façade en béton (utilisés pour les constructions «classiques»), sont disponibles sur le marché à un prix unitaire de 977,00 EUR/m^3, soit déjà 170,00 EUR de plus que le prix unitaire auquel la partie adverse a estimé les blocs de type V5.

10. Dans son mémoire en réponse, la partie adverse rappelait le rôle essentiel qu'avait joué son consultant TPF dans la fixation du prix unitaire litigieux de 800,00 EUR/m^3, tout en s'abritant derrière cette société pour écarter toute erreur manifeste dans cette estimation pourtant absurde :

«Contrairement donc à ce que prétendent les parties requérantes – qui assoient leur argumentation sur la seule réponse donnée par la partie adverse pour tenter de fonder leur moyen – VERITAS est un fournisseur que la partie adverse a consulté dans le cadre de la préparation du marché.

VERITAS n'est toutefois pas la société spécialisée qui a procédé à l'estimation du prix. La partie adverse – ainsi que l'a rappelé Votre Conseil dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 – a fixé le prix du poste litigieux avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé (la société TPF ENGINEERING, comme cela ressort d'ailleurs du cahier spécial des charges, spécialisée en ingénierie et qui fait partie de l'association momentanée en charge de la mission de maitrise d'ouvrage), après que ce dernier ait fait ses propres calculs et consulté le marché.

Cette estimation n'est donc pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, puisqu'elle repose sur des calculs d'ingénieurs spécialisés reconnus et après consultation du marché».

La partie adverse semble ainsi soutenir :

- Qu'elle ne pourrait se voir reprocher d'erreur manifeste dans l'estimation du prix unitaire des blocs de type V5 puisque cette estimation a été réalisée par TPF et non par elle;
- Que l'estimation de TPF ne pourrait de toute manière pas être entachée d'une erreur manifeste puisqu'elle a été établie par des «ingénieurs spécialisés reconnus».

La position de la partie adverse n'est pas admissible.

Tout d'abord, il convient de relever que, même s'il peut consulter des tiers pour l'aider dans la passation d'un marché, le pouvoir adjudicateur est, au final, le seul qui adopte les actes préparatoires et, au terme de la procédure de passation, la décision d'attribution. Ce faisant, il s'en approprie la paternité et en assume l'entière

responsabilité. Est-ce, par exemple, parce qu'une décision d'attribution est établie par référence à un rapport d'analyse des offres rédigé par un auteur de projet extérieur au pouvoir adjudicateur, qu'aucune illégalité de ce rapport ne pourrait être invoquée, à l'encontre du pouvoir adjudicateur, à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution qu'il a adoptée ? Quoiqu'elle en dise, c'est bien à la partie adverse qu'il incombe de répondre de l'erreur manifeste dénoncée, même si celle-ci trouve son origine dans une faute commise par son consultant TPF.

Ensuite, affirmer que l'estimation serait incontestablement exacte et non-susceptible de critique en raison du seul fait qu'elle a été effectuée par des «ingénieurs spécialisés reconnus», est un argument péremptoire bien peu convaincant… En l'espèce, comme les requérantes ont déjà eu l'occasion de l'expliquer à de nombreuses reprises et tel que cela ressort incontestablement des faits de la cause, des blocs de type V5 à 800 EUR du m^3, cela n'existe pas. Les requérantes voudraient bien croire à l'infaillibilité alléguées des architectes qui ont fait l'estimation litigieuse, mais force est de constater que cette estimation est fausse.

Si la partie adverse s'abrite derrière le statut d'ingénieurs des membre du personnel de TPF pour écarter toute erreur manifeste d'appréciation à l'occasion de l'évaluation du prix unitaire des blocs de type V5, les requérantes observent que l'erreur d'estimation commise – qui est incontestable – est justement d'autant plus grossière, incompréhensible et manifeste qu'elle a été commise par des ingénieurs qui sont des spécialistes et des gens de métier qui ne pouvaient ignorer que des blocs de type V5 ne coutent pas 800,00 EUR/m^3.

11. Consultée par M. le Premier Auditeur pour s'expliquer sur la manière dont elle était parvenue à cette estimation de 800,00 EUR/m^3, la partie adverse a rédigé la note suivante :

> «La société VERITAS, consultée pour le projet du New Bordet, transmit une offre pour la radioprotection des bunkers en octobre 2011.
>
> Son prix était de 3.820.500,00 USD pour six salles de radiothérapie (de 7 x 7 m² chacune).

Cette offre était un prix forfaitaire, comprenant :

a. Des briques Verishield pour 477 m³
b. Du plomb (au plafond), pour 357 tonnes
c. Un système ou supportage de poutrelles en acier, permettant de supporter les briques de plomb plafonnières.

Le prix global ne donnait pas de détail de prix unitaires, ni du plomb, ni des blocs Verishield.

Malgré nos demandes insistantes auprès du fournisseur, nous n'obtînmes pas de données – même approximatives – sur le prix unitaire des briques Verishield.

Afin d'obtenir un prix unitaire des blocs Verishield, TPF ENGINEERING fit une approximation à partir du prix global des bunkers : P_{TOT} = 3.820.500 USD.

Ce prix est fonction des éléments suivants :

- Prix unitaire/m³ des blocs Verishield (P_{VER})
- Prix unitaire/kg de briques de plomb (P_{PB})
- Coefficient de montage/supportage (α)

  $P_{TOT} = P_{TOT}(P_{VER}, P_{PB}, \alpha)$ = 3.820.500 USD = 477 m³ x P_{VER} + α . 357.000 kg x P_{PB}

En tenant compte des paramètres suivants :

- Cours du dollar 2011 : 1 euro = 1,42 USD
- Prix unitaire briques de plomb P_{PB} : 4,9 €/kg (prix fournisseur)
- Coefficient de supportage/montage (poutrelles) α estimé à : 1,25… 1,35

On obtient un prix unitaire P_{VER} = 700 … 1060 euro/m³ pour les briques Verishield.

Ce prix unitaire déduit est approximatif et incertain, il dépend fortement de paramètres fluctuants ou mal connus tels que le cours du dollar, le cours du plomb

(volatil), le coefficient de montage (estimé).
Une variation du coefficient de montage α à p.ex α = 1,15 fait passer l'estimation du prix unitaire à 1.800 €/m³, ie. à peu près du simple ou double.
Nous rappelons que s'il y a divergence entre le prix unitaire du Verishield estimé par TPF ENGINEERING (800 €/m³) et la moyenne des soumissionnaires (4.813 €/m³), par contre il y a concordance entre le prix total de la radioprotection (Verishield et plomb) estimée par TPF (6.158.840 €), et la moyenne des soumissionnaires (6.913.848 €).
Nous signalons également qu'un des soumissionnaires émit une remarque sur la quantité des briques Verishield mentionnée au métré, qui compte 403 m³ contre 337 m³ du métré TPF ENGINEERING.
Après vérification par TPF ENGINEERING, la quantité de 403 m³ fut acceptée » […].
Pour trouver le prix litigieux de 800,00 EUR, la partie adverse prétend ainsi être partie de l'offre que la société VERITAS lui a transmise en octobre 2011 pour un montant total de 3.820.500,00 USD […].
A l'estime de la partie adverse, ce devis couvrait (i) la fourniture de 477 m^3 de blocs de type V5 (destinés à isoler les murs des salles de radiothérapie) et (ii) de 357 tonnes de plomb (destinées à en isoler les plafonds). Le devis incluait encore, pour une plus faible proportion, la fourniture de la structure permettant de soutenir le plafond en plomb.
Afin de déterminer le prix unitaire des blocs de type V5 à partir de l'offre de VERITAS d'octobre 2011, la partie adverse pose donc l'équation suivante :

$$P_{TOT} = (477 \times P_{VER}) + (\alpha \times 357.000 \times P_{PB})$$

Sur cette base, le prix unitaire des blocs de type V5 (P_{VER}) est le suivant :

$$P_{VER} = (P_{TOT} - (\alpha \times 357.000 \times P_{PB})) / 477$$

En tablant sur un prix unitaire du plomb de 4,90 EUR/m^3, la partie adverse obtient ainsi un prix unitaire des blocs de type V5 qui oscille – selon la valeur que prend le coefficient α – entre 700,00 EUR/m^3 et 1.060,00 EUR/m^3, c'est-à-dire un prix conforme à l'estimation de 800,00 EUR/m^3 reprise au métré.
Pour séduisante et imparable qu'elle paraisse, la méthode de calcul précitée est incorrecte, car elle repose sur des postulats de départ qui sont faux.
(a) Inadmissibilité de la justification avancée par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur
12. En effet, à titre principal, il convient de relever que l'offre de VERITAS d'octobre 2011 concernait la fourniture de blocs de type V4, de manière telle qu'il n'était d'aucune pertinence pour calculer le prix de blocs de type V5.
A titre subsidiaire, s'il fallait malgré tout reconnaitre à l'offre invoquée une quelconque pertinence – *quod non*, il conviendrait alors de constater que celle-ci ne prévoyait en aucune manière la fourniture de plomb pour les plafonds des salles de radiothérapie, en sorte que l'équation mathématique précitée, posée par la partie adverse pour déterminer le prix unitaire des blocs qui font l'objet de l'offre, est incorrecte.
A titre infiniment subsidiaire, s'il fallait considérer que l'offre incluait bien la fourniture de blocs de type V5 et de plomb et que la formule mathématique avancée par la partie adverse est ainsi admissible dans son principe – *quod certe non*, il conviendrait alors encore de constater que la partie adverse en fait une mauvaise application dans la mesure où elle recourt à un prix du plomb qui est bien trop élevé.
(i) A titre principal : l'offre de VERITAS d'octobre 2011 ne portait pas sur des blocs de type V5 mais sur des blocs de type V4
13. VERITAS commercialise différents type de blocs (blocs «VeriShield»), lesquels sont repris sur son site internet :

Model No.	Description	Face Length	Face Height	Thickness	Density

V-250S	Standard	10" (254mm)	5" (127mm)	5" (127mm)	250 lbs/cubic ft. (4g/cubic cm)*
V-300S	Standard	10" (254mm)	5" (127mm)	5" (127mm)	313 lbs/cubic ft. (5g/cubic cm)*
V-250HT	Half Thickness	10" (254mm)	5" (127mm)	2.5" (64mm)	250 lbs/cubic ft. (4g/cubic cm)*

Les blocs de la première ligne (V 250S) sont de type V4, puisqu'ils possèdent une densité de 4g/cm^3 (cf. dernière colonne du tableau). Ceux de la seconde ligne (V 300S) sont donc de type V5 et ceux de la troisième (V 250HT) de type V4.
Or, à la lecture de l'offre de VERITAS d'octobre 2011, il apparait que c'est bien de la fourniture de blocs V250, soit de blocs de type V4, dont il était question :

7.0 Room Layout

7.1 Design, manufacture, deliver, install and guarantee six (6) Door less direct entry Veritas Accelerator Rooms. Room interior dimensions to be as indicated in paragraph 1.0 above. Each dimension measured to face of shielding. Shielding design is based on using all VeriShield ^{TM} V250.

Traduction libre

«7.0 Configuration des salles

7.1. Conception, réalisation, livraison, installation et garantie de 6 Door less direct entry Veritas Accelerator Rooms. Dimensions intérieures des salles telles qu'indiquées au paragraphe 1.0 ci-dessus. Chaque dimension mesurée sur la face du blindage. Le blindage est conçu en utilisant des blocs VeriShield V250» […].

Il est intéressant à cet égard de constater que, dans sa note à M. le Premier Auditeur, la partie adverse ne fait d'ailleurs jamais référence à des «blocs de type V5» ou «V4», mais utilise prudemment le terme plus général de «briques Verishield», lesquelles, comme exposé précédemment, peuvent désigner tant des briques V 250S et V 250HT (de type V4) que des briques V 300 (de type V5).
Il s'ensuit que l'offre de VERITAS d'octobre 2011, avancée par la partie adverse pour justifier son évaluation du prix unitaire des blocs de type V5 au montant de 800 EUR/m^3, porte en fait sur des blocs V250, soit des blocs de type V4. Dans un tel contexte, il est évident que ce devis n'était d'aucune pertinence pour évaluer le montant unitaire des blocs de type V5 et qu'il ne peut pas davantage servir à la partie adverse pour justifier son estimation de 800,00 EUR/m^3.
(ii) A titre subsidiaire : l'offre de VERITAS de 2011 ne prévoyait aucunement l'installation d'une toiture en plomb
14. Il est inexacte de prétendre, comme le fait la partie adverse, que le devis de VERITAS d'octobre 2011 incluait, outre la fourniture de blocs VeriShield destinés au blindage des murs des salles de radiothérapie, la fourniture de plomb destiné au blindage des plafonds de ces mêmes salles.
En consultant le devis de 2011 sur lequel s'appuie la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur, l'on constate d'ailleurs immédiatement que celui-ci ne fait nulle part référence à du plomb (« lead » en anglais).
Pour en avoir confirmation, la société ERAERTS (première requérante) a posé la question à la firme VERITAS elle-même, par un email du 17 mai 2016 […]. Celle-ci y a donné suite le 19 mai 2016 […]:

«Dear Mr. Mouchet,

Thank you for your email. I checked with our estimating department and the $3.8m proposal included the appropriate amount of shielding in the roof BUT utilizing our VeriShield product. This method is a tremendous cost savings and

is 100% shielding guaranteed. The solid lead is an option, but is about double in price. Please let me know if you have any other inquiries» […].

Traduction libre :

«Cher Monsieur Mouchet,

Merci pour votre e-mail. J'ai vérifié avec notre département des estimations et le devis de 3,8 millions $ comprenait la quantité appropriée de blindage pour le plafond MAIS en utilisant notre produit VeriShield [NDA : c'est-à-dire les blocs précités – cf. supra n° 13]. Cette méthode représente une économie substantielle dont le blindage est garanti à 100%. L'usage de plomb solide est une option, mais coûte deux fois le prix. N'hésitez pas à revenir vers moi si vous avez d'autres questions» […].

Ainsi, l'offre de VERITAS d'octobre 2011 avait pour objet la fourniture de blocs VeriShield destinés à isoler tant les murs des salles de radiothérapie que leurs plafonds. Il est faux de dire, comme le fait la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur, que ce devis incluait la fourniture de plomb destiné au blindage des plafonds. Dans l'offre de VERITAS d'octobre 2011, le blindage des plafonds, comme le confirme VERITAS elle-même, était prévu avec des blocs VeriShiels également, comme les murs. Ces blocs devaient être posés sur des poutrelles en acier, tel que l'indiquent les photographies suivantes :

Photo 1 : poutrelles pour supporter le plafond

Source : Veritas

Photo 2 : pose des blocs sur les poutrelles

L'offre de Veritas d'octobre 2011 prévoyait la fourniture de cette structure (p. 4/10) :

1.7 Support Structure

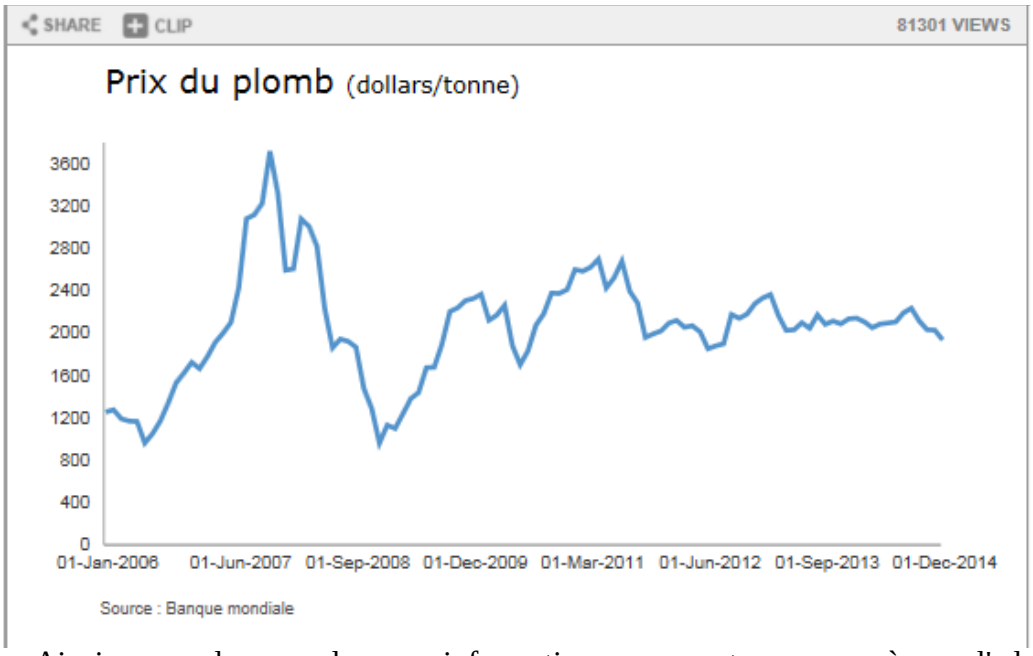
Based upon the final structural engineering design report, Veritas shall provide and install all necessary structural beams, steel bearing plates, reinforcing bar, clips, fasteners, etc. as required to construct the structural support for all VeriShield™ shielding materials. Ceiling structure shall be set to provide a height to the underside of the structural steel support system as specified above.

15. Il résulte des éléments qui précèdent que l'équation posée par la partie adverse :

$P_{TOT} = (477 \times P_{VER}) + (\alpha \times 357.000 \times P_{PB})$ est fausse.

Toute la seconde partie de cette équation ($\alpha \times 357.000 \times P_{PB}$) est en effet incorrecte, puisque le montant total du devis (P_{TOT}) n'inclut pas la fourniture de plomb (P_{PB})

pour le blindage du plafond. Comme exposé, ce blindage est effectué avec des blocs VeriShield – à l'instar des murs – qui sont déjà inclus dans la première partie de l'équation (477 x P_{VER}). Afin d'obtenir une équation exacte, il convient d'ajouter, à cette première partie, le prix de la structure portante en acier, destinée à soutenir les blocs utilisés pour le blindage du plafond.
L'équation qu'il convenait de poser était donc la suivante :
P_{TOT} = (477 x P_{VER}) + (prix unitaire de l'acier (P Ac) x quantité d'acier correspondant au nombre de poutrelles de soutien nécessaires (Q_{Ac})).
Elle permet d'isoler de la manière suivante le prix unitaire des blocs VeriShield qui font l'objet de l'offre de VERITAS d'octobre 2011 :
$P_{VER} = (P_{TOT} - (P_{Ac} \times Q_{Ac})) / 477$
En tenant compte d'un prix unitaire de l'acier de 2,84 USD/Kg et d'une quantité d'acier nécessaire de 91.323,21 Kg […], ce prix est le suivant :
P_{VER} = (3.820.500,00 – 91.323,21 x 2,84) / 477
P_{VER} = (3.820.500,00 – 259.357,91) / 477
P_{VER} = (3.561.1414,09) / 477
P_{VER} = 7.465,75 USD/m^3
En tenant compte d'un taux de change de 1,00 EUR = 1,42 USD, P VER égale :
P VER = 5.257,54 EUR/m^3
Il s'ensuit qu'indépendamment même de la question de savoir s'ils étaient de type V5 ou V4, les blocs VeriShield qui faisaient l'objet de l'offre de VERITAS d'octobre 2011 avaient un prix unitaire de 5.257,54 EUR/m^3, soit bien plus que les 700,00 – 1.060,00 EUR avancés par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur.
L'on notera également que le calcul précédent est établi en tenant compte d'une quantité de blocs VeriShield de 477 m^3, qui est la quantité avancée par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur et qu'elle ne justifie en aucune manière. En supposant même que cette quantité était en réalité plus élevée, il est toujours impossible d'aboutir à l'intervalle 700,00–1.060,00 EUR avancé par la partie adverse. Ainsi, pour une quantité de blocs VeriShield de, par exemple, 800m^3, l'on parvient à un prix unitaire de 3.134,80 EUR/m^3, soit toujours bien plus que 700,00-1.060,00 EUR.
(iii) A titre infiniment subsidiaire : le prix du plomb utilisé par la partie adverse n'est pas correct
16. Même en admettant – contre l'évidence même – que le devis de VERITAS prévoyait bien la fourniture de plomb, qu'il portait bien sur des blocs de type V5 et qu'ainsi la formule de calcul utilisée par la partie adverse serait correcte – *quod certe non*, il conviendrait alors de relever que la partie adverse, à tout le moins, ne pouvait effectuer son calcul en tenant compte, pour le plomb, d'un prix unitaire de 4,90 EUR/Kg.
En effet, sur la base des données fournies par la Banque mondiale, le prix de la tonne de plomb en 2011 a oscillé entre 1.994,00 et 2.701,00 USD, soit entre 1,99 et 2,70 USD/Kg et donc entre 1,40 et 1,90 EUR/Kg si l'on prend en compte un taux de change de 1,42 USD pour 1 EUR :



Ainsi, selon les informations contenues à l'adresse http://www.metaux.info/metaux-non-precieux/plan, le prix moyen du plomb, en 2011, était de 2.400,00 USD/tonne, soit 2,40 USD/Kg et 1,69 EUR/Kg.
Ce chiffre est corroboré par les données fournies par la Commission de la Mercuriale des matériaux :

AGORIA
no future without technology

GEWOON ZACHT LOOD
Prijs op de Londense markt (LME)
OW 259 - TP 259
PLOMB DOUX ORDINAIRE
Prix sur le marché de Londres (LME)

EUR/T	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010
January	1 516.66	1 574.79	1 578.88	1 761.24	1 622.17	1 948.90	1 658.55
February	1 596.88	1 590.03	1 545.18	1 778.55	1 607.66	1 895.37	1 552.31
March	1 629.56	1 647.52	1 487.79	1 684.22	1 561.79	1 874.17	1 600.57
April		1 855.24	1 510.14	1 558.74	1 567.46	1 901.88	1 689.43
May		1 795.29	1 526.93	1 562.46	1 561.50	1 687.35	1 499.67
June		1 637.90	1 547.40	1 595.34	1 479.49	1 746.11	1 395.41
July		1 602.87	1 617.20	1 566.10	1 527.06	1 880.92	1 437.91
August		1 520.97	1 678.99	1 633.25	1 529.43	1 677.37	1 607.90
September		1 499.03	1 643.72	1 565.00	1 686.75	1 668.09	1 671.80
October		1 534.94	1 608.37	1 548.41	1 659.81	1 422.24	1 712.15
November		1 505.14	1 622.63	1 549.18	1 699.09	1 462.35	1 738.91
December		1 564.55	1 569.84	1 556.39	1 734.40	1 531.03	1 824.51
AVERAGE		*1 610.69*	*1 578.09*	*1 613.24*	*1 603.05*	*1 724.65*	*1 615.76*

Bron : Commissie van de Marktprijzen van Materialen

Source : Commission de la Mercuriale des Matériaux

Selon cette source, le prix moyen du plomb en 2011 était de 1.724,65 EUR/tonne, soit 1,72 EUR/kg, ce qui correspond à 0,03 EUR près au prix moyen calculé sur la base des données fournies par la Banque mondiale.

Les requérantes relèvent encore, sur la base des données fournies par la Commission de la mercuriale des Matériaux, que la prétendue « volatilité » que la partie adverse prête au prix du plomb est fausse, le prix moyen de la tonne de plomb étant, comme on le constate, particulièrement stable entre 2010 (1.615,76 EUR/t) et 2015 (1.610,69 EUR/t).

Il est donc complètement incorrect de tenir compte pour le plomb d'un prix de 4,90 EUR/Kg comme le fait la partie adverse dans son calcul.

En utilisant, dans la formule de calcul préconisée par la partie adverse, un prix du plomb de 1,69 EUR/Kg (soit 2,40 USD/Kg), l'on aboutit au prix unitaire P_{VER} suivant :

$P_{TOT} = 477 \times P_{VER} + 357.000 \times \alpha P_{PB}$

$3.820.500 = 477 \times P_{VER} + 357.000 \times 2,40\ \alpha$

$P_{VER} = (3.820.500 - 357.000\ kg \times 2,40\ \alpha) / 477$

$P_{VER} = (3.820.500 – 856.800\ \alpha) / 477$

A l'estime de la partie adverse, la valeur de α oscillerait entre 1,25 et 1,35.

En conséquence P_{VER} oscille entre :

$P_{VER} = (3.820.500 – 856.800\ \alpha) / 477$

$P_{VER} = (3.820.500 – 856.800 \times 1,25) / 477$

$P_{VER} = (3.820.500 – 1.071.000) / 477$

$P_{VER} = 5.764,15\ USD/m^3$

Et

$P_{VER} = (3.820.500 – 856.800\ \alpha) / 477$

$P_{VER} = (3.820.500 – 856.800 \times 1,35) / 477$

$P_{VER} = (3.820.500 – 1.156.680) / 477$

$P_{VER} = 5.584,52\ USD/m^3$

En tenant compte d'un taux de change de 1,00 EUR = 1,42 USD, P_{VER} oscille entre:

$P_{VER} = 4.059,26\ EUR/m^3$

Et

$P_{VER} = 3.932,76\ EUR/m^3$

Ainsi, même en admettant que la formule de calcul préconisée par la partie adverse serait correcte dans son principe – *quod non*, force est de constater qu'en y remplaçant la variable Ppb (Prix du plomb) par sa valeur correcte, il est toujours impossible de parvenir à une estimation de 800 EUR/m^3.

(iv) Conclusion

17. Il résulte des développements qui précèdent que les explications fournies par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur sont, à tous égards, non-pertinentes, incorrectes et donc non-fondées. Cette note confirme, s'il en était encore besoin, que l'évaluation à 800,00 EUR/m^3 du prix unitaire des blocs de type V5 n'est ni justifiée, ni justifiable et qu'elle résulte uniquement d'une erreur manifeste (du consultant TPF) de la partie adverse.

(b) Inadmissibilité de l'argument tenant au fait que la moyenne des prix totaux pour la radioprotection serait conforme à l'estimation de TPF

18. Dans la note transmise à M. le Premier Auditeur, la partie adverse – certainement consciente de la faiblesse des explications qu'elle avance pour justifier son estimation de 800,00 EUR – distrait le débat de cette question en soutenant que, de toute manière, «s'il y a divergence entre le prix unitaire du Verishield estimé par TPF ENGINEERING (800 €/m³) et la moyenne des soumissionnaires (4.813 €/m³), (…) il y a (en revanche) concordance entre le prix total de la radioprotection (Verishield et plomb) estimée par TPF (6.158.840 €), et la moyenne des soumissionnaires (6.913.848 €)».

Cet argument ne mérite aucune attention.

Dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 le Conseil d'Etat reconnaissait lui-même explicitement la possibilité que l'estimation de 800,00 EUR relative à la fourniture des blocs de type V5 spécifiquement soit entachée d'une erreur manifeste. Il n'était aucunement question de prendre en compte la rubrique radioprotection dans son intégralité :

> «En n'estimant pas "anormalement bas" un prix [NDA : celui de l'adjudicataire, soit 1.163,19 EUR/m^3] supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation [NDA : soit 800,00 EUR/m^3], la partie adverse n'apparait pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation» […]

L'argument avancé par la partie adverse est en outre inconciliable avec la jurisprudence constante de votre Conseil selon laquelle la régularité des prix doit être contrôlée «poste par poste» […].
Il n'y a donc pas lieu de «diluer» le poste litigieux dans une rubrique plus vaste pour masquer l'illégalité incontestable invoquée.

4.2.2 Les Adjudicataires ne pouvaient proposer la fourniture de blocs de type V5 à un prix aussi bas que 1.163,19 EUR/m^3

19. Comme les requérantes l'ont déjà expliqué, deux conséquences peuvent être tirées de ce prix littéralement impossible :

- Soit le prix proposé est anormalement bas;
- Soit l'offre des Adjudicataires prévoit, en dépit de ce qu'elle déclare, un matériau meilleur marché, autre que les blocs de type V5 qui étaient exigés par les documents du marché.

20. Dans son rapport, M. le Premier Auditeur écarte la seconde hypothèse en raison du fait que l'offre des Adjudicataires prévoit bien la fourniture de blocs de type V5, si l'on s'en tient à son libellé.
Bien que la question de l'exécution du Marché sorte du champ du présent litige ainsi que de la compétence de votre Conseil, les requérantes relèvent qu'il serait intéressant de savoir quels types de blocs les Adjudicataires ont utilisé/vont utiliser pour réaliser le blindage des salles de radiothérapie...
21. Si la seconde hypothèse doit être écartée, seule la première peut encore expliquer le prix de 1.163,19 EUR/m^3 proposé par l'Adjudicataire.
Comme exposé précédemment, le prix unitaire au m^3 d'un bloc V5 s'élevant à 7.000,00 EUR, il est évident que le prix proposé par les Adjudicataires était anormalement bas. Les requérantes s'en réfèrent sur ce point aux développements qu'elles ont déjà consacrés à cette question dans leurs écrits antérieurs et qui sont ici tenus pour intégralement reproduits.
22. Admettons en outre un instant, pour les seuls besoins de la démonstration, que la partie adverse n'aurait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant à 800,00 EUR/m^3 le prix unitaire des blocs de type V5 et que, de ce point de vue, le prix de 1.163,19 EUR/m^3 proposé par les Adjudicataires ne serait pas anormalement bas – *quod non*.
Comment expliquer, dans un tel cas, que la partie adverse n'ait pas interrogé les requérantes et les autres soumissionnaires pour les inviter à justifier les prix unitaires qu'ils proposaient pour les blocs de type V5, alors que ces prix étaient plus de 7 fois supérieurs à l'estimation de la partie adverse et qu'ils auraient alors dû, en toute logique, être considérés comme anormalement hauts ? La partie adverse est bien en peine de s'expliquer à cet égard…
Cette absence de demande de justification montre tout le malaise de la partie adverse. Cette dernière s'est en effet rendue compte que son estimation dérisoire de 800,00 EUR/m^3 était complètement erronée. Elle était ainsi parfaitement consciente du fait que, si elle interrogeait les soumissionnaires autres que les Adjudicataire pour les inviter à s'expliquer sur leurs prix en apparence anormalement hauts, ces derniers seraient très aisément parvenu à les justifier.

Ceci aurait souligné, par contraste, le caractère erroné de l'estimation de 800,00 EUR/m^3 contenu dans les documents du marché et l'irrégularité de l'offre des Adjudicataires.
Le moyen unique est fondé".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

2.2 Rappel du contexte
3. Il convient de rappeler que TPF – société spécialisée agissant pour l'hôpital – a fait l'estimation du prix sur la base d'une «offre» de VERITAS lui remise pour la construction de six salles de radiothérapies, sans prix unitaires.
Avec cette «offre», VERITAS a remis des plans à deux reprises : en 2009 […] et en 2013 […].
Malgré les demandes de TPF, VERITAS n'a pas déposé d'offre détaillant divers postes plus précis, tels que le détail des prix unitaires, du plomb ou des blocs Verishield, comme elle l'a néanmoins fait ultérieurement pour les soumissionnaires. Ceci s'explique probablement parce que VERITAS savait que l'hôpital prospectait le marché en vue d'établir les cahiers des charges, de sorte que la partie adverse ne serait pas un «véritable» client.
4. TPF a décomposé cette «offre» avec les éléments en sa possession pour déterminer les différents postes du métré relatifs aux salles concernées.
Le raisonnement de TPF dans le cadre de cette décomposition de prix est repris dans sa note en pièce 19. Il se lit comme suit :
"

Afin d'obtenir un prix unitaire des blocs Verishield, TPFENGINEERING fit une approximation à partir du prix global des bunkers : P_{TOT} = 3.820.500 USD

Ce prix est fonction des éléments suivants :
- Prix unitaire/m³ des blocs Verishield (P_{VER})
- Prix unitaire/kg de briques de plomb (P_{PB})
- Coefficient de montage/supportage (α)

$$P_{TOT} = P_{TOT}(P_{VER}, P_{PB}, \alpha) = 3.820.500 \text{ USD} = 477 \text{ m}^3 \times P_{VER} + \alpha \cdot 357.000 \text{ kg} \times P_{PB}$$

En tenant compte des paramètres suivants :

- Cours du dollar 2011 : 1 euro = 1,42 USD
- Prix unitaire briques de plomb P_{PB} : 4,9 €/kg (prix fournisseur)
- Coefficient de supportage/montage (poutrelles) α estimé à : 1,25 … 1,35

On obtient un prix unitaire P_{VER} = 700 … 1060 euro/m³ pour les briques Verishield.

Ce prix unitaire déduit est approximatif et incertain, il dépend fortement de paramètres fluctuants ou mal connus tels que le cours du dollar, le cours du plomb (volatil), le coefficient de montage (estimé). Une variation du coefficient de montage α à p.ex α = 1,15 fait passer l'estimation du prix unitaire à 1.800 €/m³, ie. à peu près du simple ou double.

Nous rappelons que s'il y a divergence entre le prix unitaire du Verishield estimé par TPF ENGINEERING (800 €/m³) et la moyenne des soumissionnaires (4.813 €/m³), par contre il y a concordance entre le prix total de la radioprotection (Verishield et plomb) estimée par TPF (6.158.840 €), et la moyenne des soumissionnaires (6.913.848 €).

Nous signalons également qu'un des soumissionnaires émit une remarque sur la quantité des briques Verishield mentionnée au métré, qui compte 403 m³ contre 337 m³ du métré TPF ENGINEERING. Après vérification par TPF ENGINEERING, la quantité de 403 m³ fut acceptée.

"

2.3 Développement par rapport aux derniers éléments dans le dernier mémoire des parties requérante

2.3.1 Observations liminaires

5. Deux observations liminaires peuvent être formulée avant l'examen des éléments factuels avancés par les requérantes.

Tout d'abord, il faut regretter qu'une somme importante d'éléments factuels n'est avancée qu'en terme de dernier mémoire par les parties requérantes, alors qu'elles ont eu l'occasion de le faire dès le stade de la requête en annulation, ou du mémoire en réplique. Il en va de même des pièces nouvelles déposées à l'appui de leur dernier mémoire.

On peut alors légitimement s'interroger sur le caractère manifeste des éléments avancés à un stade aussi tardif de la procédure.

***

6. Par ailleurs, rappelons ce que suppose – en droit – l'analyse de l'erreur manifeste d'appréciation :

> «(…) les critiques de la requérante relatives à la régularité des prix de l'attributaire du marché impliquent une analyse détaillée et complexe du calcul de ces prix de telle sorte qu'elles ne revêtent nullement un caractère manifeste. En outre, ces critiques apparaissent basées sur des affirmations dont l'exactitude n'est pas démontrée».

L'erreur manifeste d'appréciation est l'erreur «incompréhensible … qu'aucune autre autorité administrative normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas (sic) commise».

Même si – *quod non* – à la suite de la lecture des 26 pages du dernier mémoire, tout au long desquelles les requérantes tentent de démontrer que l'hôpital aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'estimation du prix d'UN poste (sur les centaines postes que compte le métré), il conviendrait de constater que cette erreur n'est pas manifeste et d'importance telle qu'elle emporterait l'illégalité de la décision.

Si erreur il devait y avoir – *quod non* – elle n'est ni incompréhensible, ni «grossière» de sorte qu'un pouvoir adjudicateur, placé dans les mêmes circonstances, eut agi de manière comparable en se reposant sur les compétences – et l'analyse fouillée – d'un bureau technique spécialisé de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une erreur manifeste d'appréciation.

***

Procédons maintenant à l'examen des considérations factuelles avancées aux termes du dernier mémoire des requérantes.

2.3.2 L'offre de Veritas portait à la fois sur des blocs V4 et des blocs V5

7. Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, l'offre de VERITAS mentionne à la fois des blocs V4 et V5 et pas uniquement des blocs V4.

8. Les parties s'accordent sur le fait que des blocs V4 ont une densité de 4,0 g/cm³, alors que les blocs V5 ont une densité de 5,0 g/cm³.

Aux États-Unis, cette densité se traduit comme suit :

- blocs V4 : V250 – 250lb./cu.ft^3

(1 lb = 453,6 g ; 1 ft³= 28.317 cm³; donc 250 lb /ft³ = 4,004 g/cm^3, soit une densité de 4,0g/cm³)

- blocs V5 : V300 (aussi nommé V313) ou 313lb./cu.ft

(1 lb = 453,6 g ; 1 ft³ = 28 .317 cm³ ; donc 313 lb /ft³ = 5,014 g/cm³, soit une densité

de 5,0g/cm³)
9. L'offre de Veritas reprend au point 1.1. :

1.1 VeriShield™ Modular Shielding

This six room package shall be shielded with VeriShield ultra-high density modules. VeriShield modules are provided with a unique "sine-wave", interlocking design and will be constructed in multiple wythes necessary to achieve the barrier thicknesses specified in the Veritas Physics report. Veritas quality control shall ensure that each individual module fully meets published specifications.

Features:

- Eliminates straight line seams in the shielding - Easily handled, dry-stacked modules - Ultra-high densities - 250lb./cu.ft and 313lb./cu.ft. - Superior photon and neutron attenuation - Significantly reduced shielding thicknesses.

Traduction libre :

«Cet ensemble de six salles sera radio-protégé au moyen de modules (briques) VeriShield à haute densité. Les modules (briques) VeriShield sont profilées selon une courbe sinusoïdale particulière, et conçues pour être emboîtées. L'ensemble est constitué de multiples couches verticales de modules, disposées de façon à obtenir l'épaisseur de radioprotection requise des spécifications de VERITAS Physics. Le contrôle de qualité de VERITAS assurera que chaque élément individuel est conforme aux spécifications annoncées du produit.
Caractéristiques : 'Permet d'éliminer les jointures en ligne droite au sein de la barrière de protection – aisément manipulable, les modules sont disposés sans mortier – à haute densités – 250 lb/ft³ et 313 lb/ft³ – à haut pouvoir d'atténuation de rayonnement de photons et de neutrons – permet de réduire fortement les épaisseurs de blindage de radioprotection.»
Il ressort donc de l'offre, que Veritas avait fait une projection en utilisant à la fois des blocs V4 et V5, puisque l'offre fait mention des deux densités (250 lb/ft^3 et 313 lb/ft^3).
Cela ressort également des plans que Veritas a établi dans le cadre de son «offre» à l'attention de TPF – voir les plans 2009 et 2013, desquels il ressort clairement que Veritas prévoyait tant des V4 que des V5.
Le postulat sur lequel les parties requérantes se fondent est donc erroné, de sorte que le moyen manque en fait.

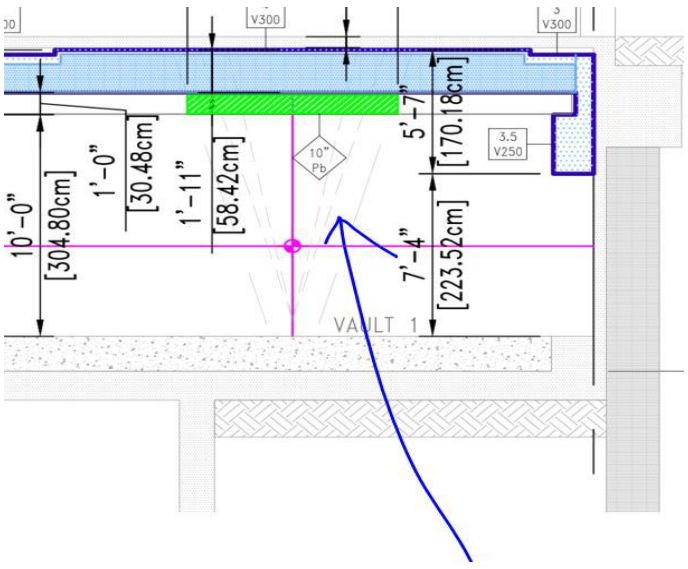
***

10. Pour le surplus, relevons que les parties requérantes n'expliquent pas de façon pertinente en quoi le fait que l'offre de VERITAS à TPF soit basée sur des blocs V4 plutôt que V5 aurait une incidence sur le prix…
À cet égard, même si l'offre de VERITAS ne devait reposer que sur l'utilisation de blocs V4 (et non – ou que partiellement – sur l'utilisation de blocs V5), cela n'aurait eu qu'une incidence marginale sur le prix total communiqué par VERITAS à TPF et, par conséquent, sur le prix des blocs :
11. D'une part, le prix unitaire de blocs V5 ne devrait pas différer beaucoup du prix unitaire de blocs V4, le premier contenant un peu plus de poudre métallique que le dernier. Si la densité des briques V5 est 25 % supérieure à celle des briques V4, le prix correspondant de V5 ne devrait pas dépasser de 25 % le prix de V4. TPF estime le prix du V4 à 0,85 ou 0,90 du V5. En clair, si un V5 était estimé à 100, un V4 serait de 85 ou 90.
Ces prix sont donc à peu près équivalents.
12. D'autre part, la proportion exacte de blocs V4 versus V5 utilisée dans l'offre de

VERITAS ne présente guère beaucoup d'intérêt dès lors que les facteurs d'atténuation des murs ou des plafonds requis n'ont pas sensiblement varié autour de l'étude (2009 à 2016). Or, à facteur d'atténuation égal, le coût d'un mur en blocs V4 – plus épais, puisque moins dense – ou d'un mur en blocs V5 – plus mince, puisque à plus haute densité – est à peu près égal. Il était donc légitime d'utiliser l'offre de VERITAS pour estimer le prix unitaire de blocs V5.
La prétendue différence de prix incrémentielle entre le V4 et V5 n'est donc guère significative, particulièrement compte tenu du fait que si on utilise des blocs V4 plutôt que des blocs V5, il faut utiliser plus de blocs pour arriver au même résultat. Prenons un exemple de paroi à effet d'atténuation équivalent où l'on requiert 6,0 TVT5.
1 TVT en V5= 21,16 cm ; 1 TVT en V4 = 26,90 cm.
Cela signifie qu'un mur de 6 TVT coûterait, par m² :
- En V5 : 6 x 21,16 cm = 127 cm = 1.27 épaisseur x 1 m² = 1.27 m³ x 5730 €/m³ = 7.277 €/m² paroi.
- En V4 : 6 x 26,90 cm = 162 cm = 1,62 m épaisseur x 1m^2 = 1.62 m³ x 4584 €/m³ = 7.426 €/m² paroi.

13. En conclusion, que l'offre de VERITAS repose uniquement sur l'utilisation de blocs V4, sur une utilisation mixte de blocs V4 ou V5 est peu significative puisque dans tous les cas, le prix total obtenu pour la construction du même ouvrage est, à peu de chose près, similaire.
Le moyen manque donc totalement en fait, de sorte qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation.

2.3.3 L'offre de VERITAS tient compte de la présence de plomb
14. Les parties requérantes affirment – courrier de VERITAS à l'appui – que l'offre de VERITAS d'octobre 2011 ne prendrait pas en compte le plomb.
Cette affirmation est inexacte.
Bien que l'offre de VERITAS ne mentionne pas explicitement le plomb dans son offre, le plomb figure clairement sur les plans de VERITAS qui ont précédé et succédé à l'offre. Il est renvoyé à cet égard aux plans joints en annexe. L'épaisseur restreinte du plafond ne permettait en effet pas de réaliser un blindage uniquement avec du V5. Ces questions ont d'ailleurs été longuement discutées avec le représentant de VERITAS en Belgique. Ainsi, on lit la présence de plomb (Pb) notamment sur la pièce 23 :



Sur ces plans figure clairement du plomb au plafond des bunkers, sur toute leur longueur.
Le moyen manque donc en fait.

***

15. À titre complémentaire, observons encore ce qui suit.

Lorsque VERITAS indique que le prix est deux fois plus élevé pour du plomb que pour du Verishield V5, cela ne concerne que la paroi (plafond) concernée, et non l'entièreté de la salle.
Si l'entièreté des salles avait été radioprotégée en plomb (murs, plafond), le prix aurait été en effet d'environ 7.600.000 $, au lieu des 3.800.000 $. Par contre, une salle radioprotégée en Verishield V5 uniquement (murs, plafond) coûterait 25 % moins cher qu'une salle avec un plafond mixte (béton/plomb) et murs en V5.
Ceci signifie, sur la base de l'offre de VERITAS à TPF, qu'il y a trois scénarios possible pour la contruction des six salles :

- Six salles construites uniquement avec du plomb (on entend par là, sans l'utilisation de blocs V5) coûteraient 7.600.000 $;
- Six salles construites avec un plafond mixte (béton/plomb) et murs en V5 coûtent 3.800.000 $;
- Six salles construites uniquement avec des blocs Verishield (et donc pas de plomb), coûteraient 2.850.000 $.

En 2011, après avoir reçu l'offre de VERITAS, TPF a longuement discuté avec le représentant de VERITAS en Belgique, (feu M. CORTOOS), afin d'obtenir la séparation entre le prix du plomb, et le prix des briques Verishield mêmes.
VERITAS indiqua alors que ceci n'était pas nécessaire, car il suffisait de prendre le prix de plomb, à multiplier par un facteur d'usinage. Une partie de la question de l'estimation du poste litigieux consistait donc à estimer ce facteur.
16. Il ressort de ce qui précède que le prix du plomb a bien été pris en considération, de sorte que le moyen manque en fait et qu'il n'y a aucune erreur manifeste d'appréciation.

2.3.4 L'estimation du prix unitaire du plomb a été faite correctement

17. Les parties requérantes s'étendent sur le prix du plomb utilisé par TPF pour la résolution de l'équation, à savoir 4,90 €/kg, qu'ils considèrent comme fortement surestimé, alors que le prix du plomb à la bourse en octobre 2011 aurait été d'environ 1,72 €/kg.
18. Le raisonnement exposé par les parties requérantes est trop réducteur.
Le prix des plaques de plomb fabriquées en usine n'est – évidemment – pas le même que le prix du plomb à l'état brut vendu sur le marché des métaux non-ferreux.
Si l'on suivait le raisonnement des parties requérantes, avec le prix du fer sur le marché de +/- 0,14 €/kg, une voiture (dont la majorité des composants sont en acier) pesant 1000 kg, ne coûterait que 140 €… ce qui démontre par l'absurde le manque de pertinence de la démonstration faite dans le dernier mémoire des requérantes.
Pour prendre un exemple plus proche de la situation développée dans les écrits des parties, l'acier coûte 0.14 €/kg brut, alors qu'une poutrelle en acier coûte 2.0 €/kg; il y a donc une multiplication par un facteur 14,3 …
La critique fondée sur le prix du plomb manque donc en fait et il n'y a aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur.

***

19. On observera en outre ce qui suit.
Il est évident que pour obtenir le prix de plaques de plomb, usinées et pourvues de moyens d'assemblage tel que des queues d'aronde, il faut multiplier le prix du plomb brut (environ 1,72 €/kg) par un facteur représentant le travail en usine.

Afin d'obtenir une estimation plus précise de prix pour ces plaques de plomb, TPF demanda une offre de prix pour des plaques en plomb à un fournisseur de matériel de radioprotection, la société MERKAVA (France).
Le prix du fournisseur était de 4,09 €/kg.
En ajoutant un coefficient d'environ 1,20 pour l'usinage en queues d'aronde, on obtint un prix d'environ 4,90 €/kg. Ce prix, quoique de près de 50 % plus élevé que le haut de la fourchette des prix des soumissionnaires du lot 01 – Gros œuvre, variant de 2,5 à 3,30 €/kg, probablement en raison du prix dégressif pour l'achat de grandes quantités de plomb, est du même ordre de grandeur que celui utilisé par TPF.
Le raisonnement des parties requérantes, tel que développé sous son point (iii.) manque donc de pertinence en ce qu'il se fonde sur le prix du plomb brut, et non sur le prix de produit fini. Il ne peut donc pas être suivi.

*

20. Pour le surplus, la partie adverse s'en réfère à son mémoire en réponse et au rapport de l'auditeur.

IV.2. Appréciation

Il ressort du mémoire en réponse et du rapport déposé par Monsieur le Premier auditeur-Chef de section qu'aux fins de soutenir que n'était pas apparemment anormalement bas le prix de 1.163,19 €/m³ proposé par les attributaires du marché pour le poste 01.07.01 ("Fourniture et pose de blocs de maçonnerie de type «V5» selon CSC et plans, densité de 5g/cm³"), la partie adverse produit une note établie par un bureau d'études spécialisé en ingénierie, note aux termes de laquelle celui-ci considère, sur la base d'un document d'estimation établi par le fournisseur VERITAS, document communément intitulé "Offre VERITAS" et daté du 10 octobre 2011, que le prix pratiqué par ce fournisseur peut être estimé entre 700 et 1060 €/m³, montant au regard duquel celui proposé par les attributaires du marché n'apparaîtrait précisément pas anormalement bas. Il a été admis au cours des débats que cette note portant en "pied-de-page" la date du 8 mai 2015 est postérieure à l'adoption de la décision d'attribution du marché litigieux.

Il n'est pas contesté que les requérantes n'ont eu connaissance de cette note du bureau d'études qu'à la suite du dépôt du rapport du Premier auditeur-Chef de section, de sorte que ce n'est qu'à partir de ce stade de la procédure qu'elles ont pu faire valoir utilement leurs observations à propos de l'incidence éventuelle de cette note sur l'examen du présent recours.

A la suite des derniers mémoires, introduits conformément à l'article 14, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, ainsi que des débats tenus à

l'audience du 28 septembre 2016, l'affaire a été mise en continuation et l'occasion a été donnée aux parties d'échanger par écrit leurs réponses à des questions complémentaires posées tant par le Premier auditeur-Chef de section que par le Président.

A la suite des débats tenus à l'audience du 25 janvier 2017, il apparaît que les nouveaux éléments apportés par les parties en cours de procédure rendent nécessaire d'ordonner une réouverture des débats afin de permettre au membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général d'établir un rapport complémentaire sur ces éléments qui n'ont pas pu être examinés par le Premier auditeur-Chef de section dans son rapport, et aux parties de déposer, chacune, un dernier mémoire.

V. Confidentialité

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre, qu'elles joignent à leur requête.

La partie adverse formule la même demande pour le métré estimatif, ainsi que les offres des soumissionnaires, qu'elle verse au dossier administratif.

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.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat, désigné par l'auditeur général, est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera, selon l'ordre mentionné par l'auditeur dans son rapport, d'un délai de trente jours pour déposer un dernier mémoire complémentaire, avec, le cas échéant, une demande de poursuite de la procédure.

Article 4.

L'offre des requérantes (annexe n° 7 à la requête et pièce n° 16 du dossier administratif), les offres des autres soumissionnaires (pièces 13, 14, 15, 17 et 18 du dossier administratif) et le métré estimatif complet (pièce n° 12 du dossier administratif) demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

MM. Jacques JAUMOTTE,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
Serge BODART,	conseiller d'État,
M^{me} Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Jacques JAUMOTTE.

‡BACRKFDCD-BCIDHAV‡