

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 237.894 du 31 mars 2017

A.217.286/VI-20.623

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
André DELVAUX, avocats,
place des Nations Unies, n^o 7,
4020 Liège,

contre :

la commune de Jemeppe sur Sambre,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Borgogne, n^o 62,
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 octobre 2015, la société anonyme TRBA demande l'annulation de :

- " - la décision du 17 août 2015 prise par le Collège des Bourgmestres et échevins, dont elle a été informée par courrier recommandé du 21 août 2015 (reçu le 25 août 2015), par laquelle la commune de JEMMEPPE-SUR-SAMBRE attribue, par adjudication publique, le marché de travaux concernant l'aménagement de la place de Moustier à MOUSTIER-SUR-SAMBRE à la SA GERDAY TRAVAUX,
et
- une indemnité réparatrice en raison du préjudice subi par cette décision".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base des articles 11*bis* et 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 11 octobre 2016, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 novembre 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. Jacques JAUMOTTE, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e François PAULUS, *loco* M^{es} Bernard DE COCQUEAU et André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Thierry DELVAUX, *loco* M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

1. La commune de Jemeppe-sur-Sambre, partie adverse, lance un marché public de travaux, à passer par adjudication ouverte, relatif à l' "aménagement de la place de Moustier". Ce marché fait l'objet d'un avis de marché, publié au Bulletin des Adjudications le 9 avril 2015, et est régi par un cahier spécial des charges portant le n° VE-11-957.

Au jour de l'ouverture des offres, le 21 mai 2015, la partie adverse a reçu 21 offres, dont celle de la requérante et celle de la société anonyme GERDAY TRAVAUX, adjudicataire, et ce respectivement pour les montants suivants, taxe sur la valeur ajoutée comprise: l'adjudicataire, 521.908,42 euros; la requérante, 577.339.07 euros.

2. Le 27 mai 2015, l'intercommunale INASEP, auteur de projet, invite la société anonyme GERDAY TRAVAUX à justifier son prix global. Le courrier se lit comme suit :

" [...] Le 21/05/2015, vous avez introduit une offre auprès de notre administration pour le marché public susmentionné. A l'examen de votre offre, il est apparu que le montant de soumission de 431.329, 27 € hors TVA est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des offres reçues.

Afin de justifier l'acceptation de votre offre et s'assurer que toutes les offres reçues peuvent être dûment comparées, nous vous demandons de nous envoyer par retour un envoi recommandé expliquant et motivant votre montant de soumission.

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

3. La société anonyme GERDAY TRAVAUX répond par un courrier recommandé du 3 juin 2015 :

"Nous faisons suite à votre recommandé du 27 mai dernier dont référence ci-dessus. Nous vous prions de trouver, ci-dessous, l'explication du montant de notre soumission :

1. Les frais généraux et bénéfices appliqués pour les travaux confiés en totalité en sous-traitance (matériaux et main-d'œuvre) ont été limités à [x] % des prix reçus;
2. Les frais généraux et bénéfices appliqués aux travaux exécutés par la société GERDAY ont été limités à [x] % du prix de revient;
3. Le prix du poste 41 « revêtement en béton de ciment discontinu, épaisseur E = 200 mm », a été calculé avec une mise en œuvre par machine à coffrage glissant (*sleepform*) ".

Le 11 juin 2015, l'auteur de projet écrit à la société anonyme GERDAY TRAVAUX, pour lui demander une justification complémentaire. Ce courrier se lit comme suit :

"Nous avons pris bonne note de votre justification du prix du poste de revêtement béton par le calcul avec une mise en œuvre par machine à coffrage glissant.

Cependant, sachant que les largeurs ne sont pas constantes, et qu'il existe de nombreux angles pour ce revêtement, nous sommes étonnés de ce mode opératoire. Maintenez-vous la possibilité d'une telle technique et donc votre prix ?".

La société anonyme GERDAY TRAVAUX répond par un courrier recommandé du 19 juin 2015:

- " Nous accusons réception de votre recommandé du 11 juin dernier dont référence ci-dessus.
Lors du dépôt des offres, la solution «coffrage glissant» semblait réalisable moyennant adaptation de la composition granulométrique du mélange béton. Le cahier des charges n'imposant pas un procédé de réalisation précis, nous nous sommes basés sur des informations reçues de notre sous-traitant, ainsi que sur l'étude réalisée dans le cadre d'un autre dossier.
Suite à votre courrier, nous avons réinterrogé les applicateurs consultés à l'époque qui ne tiennent plus le même langage. Aussi, nous ne pouvons maintenir la technique de pose au coffrage glissant.
Cependant, nous maintenons le prix unitaire remis en soumission pour des travaux réalisés à la règle vibrante et à votre entière satisfaction".

4. Le 29 juin 2015, l'auteur de projet établit son rapport d'examen des offres. Il en ressort que les 21 soumissionnaires sont sélectionnés et qu'une offre est déclarée irrégulière. Les auteurs du rapport proposent l'attribution du marché à la société anonyme GERDAY TRAVAUX, considérée comme l'auteur de l'offre la plus basse avec un montant de 431.329,27 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée (521.908,42, euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise). A propos du contrôle des prix, le rapport indique ce qui suit :

- " Examen des prix unitaires et totaux anormaux :
CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA)
Le prix de chaque offre est comparé avec la moyenne des offres.
Calcul prix d'offre moyen sur base de :
Offre la plus basse NON comprise.
Pourcentage offres les plus élevées non comprises 25,00% (Arrondi vers le haut)
Ecart maximal : 15, 00%
Uniquement prix anormalement BAS
Soit une MOYENNE de 517.832,03 €
Soit un MINIMUM de 440.157,23 €
Les prix globaux anormaux suivants ont été constatés :
- Offre n° 1 de GERDAY TRAVAUX S.A.
Prix offre global HTVA : 431.329,27 € (écart : - 16, 70%)
Les justifications fournies sont satisfaisantes".

A la même date, l'auteur de projet transmet à la partie adverse un dossier comportant:

- " - toutes les offres déposées;

- un exemplaire [du] rapport d'adjudication;
- le rapport du coordinateur de sécurité santé;
- le tableau comparatif des offres".

5. Le 6 juillet 2015, le directeur financier de la partie adverse rend un "avis de légalité", rédigé comme suit:

- " Avis de légalité du Directeur financier;
 Concerne : Marché de travaux en vue de l'aménagement de la Place de Moustier.
 Avis concernant le projet d'attribution du marché susmentionné, délibération du 13 juillet 2015 prise par le Collège communal de Jemeppe-sur-Sambre.

Avis

Deux remarques majeures sont à formuler :

- En application de l'article 99 de l'AR du 15 juillet 2011, GERDAY TRAVAUX SA a remis un prix global apparemment anormalement bas. Cette présomption réglementaire impose au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix de l'offre.

Le courrier de l'INASEP n'est pas joint au dossier, ce qui est regrettable (comment vérifier le respect de la réception d'une réponse sous les 12 j. cal. ?).

Les justifications fournies sont très lacunaires et ne respectent pas le prescrit de l'art. 21, § 3, al. 4, de l'AR du [15 juillet 2011].

L'appréciation des justifications par l'INASEP, à travers le rapport d'analyse, n'est pas motivée de manière à respecter la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

- Egalement, GERDAY TRAVAUX SA a fait suite à une demande complémentaire émise par l'INASEP. On regrette encore l'absence du courrier initial rédigé par l'INASEP. Ce dernier ne semble pas s'être prononcé explicitement sur la réponse fournie par GERDAY, ce qui constitue un manquement au dossier.

Au regard du nombre des offres remises et le prix total de l'adjudicataire pressenti particulièrement bas, l'INASEP aurait dû être beaucoup plus vigilant aux points soulevés par l'intermédiaire du présent avis".

6. Le 13 juillet 2015, le collège communal de la partie adverse adopte une (première) décision d'attribution du marché à la société anonyme GERDAY TRAVAUX, dont les considérants déterminants sont les suivants:

- " Considérant le rapport d'examen des offres du 29 juin 2015 rédigé par l'auteur de projet, INASEP [...] et joint à la présente délibération pour faire corps avec elle;

Considérant que l'auteur de projet propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit GERDAY Travaux S.A., [...]".

Cette décision est communiquée à la requérante par courrier recommandé daté du 22 juillet 2015.

7. Le 31 juillet 2015, le conseil de la requérante écrit à la partie adverse pour contester la décision.

En réaction aux remarques émises, l'auteur de projet écrit, le 4 août 2015, à la partie adverse :

" Nous avons pris connaissance ce jour du contenu du courrier de recours qui vous a été adressé le 31 juillet 2015 par l'intermédiaire du conseil juridique de la société TRBA (Annexe 1).

Faisant suite à nos contacts de ce matin avec vos directeurs généraux et financiers, nous vous adressons par la présente les échanges de courriers avec l'entreprise GERDAY et qui ont conduit à juger ses justifications de prix satisfaisantes. À la demande de vos services, ces courriers avaient été adressés par mail le 9 juillet dernier (annexe 2), probablement suite à l'avis défavorable émis par le directeur financier.

À la lecture de ceux-ci, nous confirmons que la justification du niveau de prix général et plus particulièrement celle du prix du revêtement en béton est à notre sens suffisante; cette dernière ayant d'ailleurs fait l'objet d'un questionnement technique complémentaire.

Par ailleurs, vos interrogations nous ont poussés à parcourir à nouveau le tableau comparatif des offres. Malgré que cette information ne puisse probablement pas servir juridiquement, il est à remarquer que près de la moitié de la différence de prix entre GERDAY et TRBA se joue sur un seul poste. Il s'agit de la fondation en béton maigre poreux pour laquelle d'autres soumissionnaires ont remis un prix encore inférieur à celui de GERDAY.

Le reste de la différence se situe au niveau de la fourniture et de la pose des pavages où là encore le prix de GERDAY est le même que trois autres soumissionnaires régulièrement présents dans les projets que nous établissons.

On peut dès lors confirmer qu'il s'agit bien d'un niveau de prix généralement bas et qu'il n'y a *a priori* pas de poste spécifique, en regard des autres soumissionnaires, sur lequel l'entreprise GERDAY a marqué une différence anormale".

8. Le 14 août 2015, le directeur financier de la partie adverse rend un second avis, qui se lit comme suit :

" Délibération acceptable en l'état.

Deux faiblesses au dossier restent à observer: d'une part, les éléments soutenant la justification des prix globaux de GERDAY ne concordent pas tout à fait avec le prescrit réglementaire, mais la décision couvre ce point. D'autre part, le changement de technique opéré par GERDAY au poste 41 modifie son offre initiale. L'auteur de projet accepte la technique proposée. Mais une telle modification n'est sans doute pas opportune".

9. Le 17 août 2015, le collège communal de la partie adverse retire sa première décision d'attribution et adopte une nouvelle décision d'attribution, qui se lit comme suit:

" [...] Considérant le rapport d'examen des offres du 29 juin 2015 rédigé par l'auteur de projet, INASEP [...] et joint à la présente délibération pour faire corps avec elle;

Considérant que le rapport d'analyse des offres n'est pas suffisamment complet et précis à propos de l'acceptation des justifications des prix anormalement bas émis par l'adjudicataire pressenti;

Considérant dès lors qu'une motivation précise, adéquate et admissible doit soutenir l'acceptation des prix;

Considérant qu'il est pallié à cette carence à travers les motifs présents dans les lignes qui suivent;

Considérant ainsi que la S.A. GERDAY d'ASSESE a été interrogée par l'auteur de projet au titre de la vérification [des] prix en date du 27 mai 2015 en raison de l'anormalité présumée de son offre globale;

Considérant que la S.A. GERDAY d'ASSESE a répondu endéans le délai réglementaire prévu justifiant son prix global (et plus précisément le prix global exécuté en régie en matière de frais généraux et bénéfices et le prix global exécuté en sous-traitance en matière de main-d'œuvre et de matériaux), ainsi qu'un prix unitaire pour un poste en particulier;

Considérant qu'au regard des prescrits contenus dans l'article 21, § 3, al. 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les justifications du prix global ont été vérifiées;

Considérant que les justifications des prix globaux ont été considérées par l'auteur de projet comme soutenues par des éléments exacts, pertinents, admissibles et plausibles, pris à la lumière des prix remis par les concurrents dans le cadre d'un tableau comparatif agréant les prix globaux et l'ensemble des prix unitaires, car la S.A. GERDAY d'ASSESE a remis une offre dont le prix global est bas, mais dont les prix unitaires semblent tous cohérents et soutenables au regard des prix de revient et [de] la marge bénéficiaire présumée;

Considérant que l'auteur de projet a interrogé la S.A. GERDAY d'ASSESE en date du 11 juin 2015 sur la technique proposée au poste 41 et le maintien du prix proposé;

Considérant que le poste 41 n'implique pas une technique précise et formulée expressément dans le cahier spécial des charges du marché, compris à la lumière du CCT Qualiroute en vigueur;

Considérant que la S.A. GERDAY d'ASSESE répond, endéans le délai imparti, que celle-ci ne conserve pas la technique proposée par son initiative (pose du béton par coffrage glissant) et se conforme à des techniques plus traditionnelles usitées en revêtement de voirie (coffrage à règle vibrante), que bien que ces techniques soient plus onéreuses, la S.A. GERDAY d'ASSESE maintient le prix remis pour le poste 41 en toute connaissance de cause;

Considérant que l'auteur de projet prend acte du courrier de la S.A. GERDAY d'ASSESE quant à la modification de la technique au poste 41 et accepte la technique proposée qui est adaptée aux travaux à réaliser, sans toutefois que le prix unitaire remis pour ce poste ne soit modifié;

Considérant dès lors que les justifications des prix globaux et unitaires de la S.A. GERDAY d'ASSESE sont acceptées par l'auteur de projet;

Considérant que l'autorité adjudicatrice fait siennes [l]es pièces échangées entre l'auteur de projet et l'adjudicataire pressenti, fondant l'acceptation de la justification des prix anormalement bas soutenue par une motivation acceptable au regard de la loi du 29 juillet 1991 et ses implications au cas d'espèce;

Considérant que l'auteur de projet propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit GERDAY TRAVAUX S.A. [...] pour un montant d'offre contrôlé de € 431.329,27 hors T.V.A. ou € 521.908,42, 21 % T.V.A. comprise;

[...]

Le Collège,

Décide :

[...]

Article 4: D'approuver le rapport d'examen des offres du 29 juin 2015 pour le marché [...].

Article 5: De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 6 : D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit GERDAY TRAVAUX S.A. [...] pour un montant d'offre contrôlé de € 431.329,27 hors T.V.A. ou € 521.908,42, 21 % T.V.A. comprise".

Il s'agit de l'acte attaqué, communiqué à la requérante par un courrier recommandé posté le 21 août 2015.

10. Le 16 novembre 2015, le collège de la partie adverse, constatant qu'aucun recours en suspension n'a été introduit dans le délai requis, approuve la notification de l'attribution du marché, en vue de conclure le contrat avec l'adjudicataire avant la fin du délai de validité de son offre.

11. Le dossier administratif transmis par la partie adverse ne contient aucune pièce relative à l'exercice du contrôle de tutelle. La requérante indique à ce sujet, dans sa requête : "Après contact téléphonique du conseil de la requérante avec la tutelle, en septembre 2015, cette dernière informe le conseil de la SA TRBA qu'elle a remis un avis au Ministre FURLAN proposant l'annulation de la décision d'attribution

du 17 août 2015. Cependant, cette décision n'a pas fait l'objet d'une annulation par le Ministre de tutelle".

IV. Premier moyen

IV.1. Synthèse du moyen

Le premier moyen est pris "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, des articles 21, § 3, et 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de bonne administration, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires et de ses corollaires, le principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8°, et 5, 6°, 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".

Le moyen est divisé en deux branches.

Dans une première branche, la partie requérante critique les "justifications du prix anormalement bas".

Dans une seconde branche, elle critique la motivation matérielle et formelle de la décision d'attribution sur ce point.

IV.2. Première branche

IV.2.1. Thèses des parties

A. Requête

En substance, la requérante constate que la société anonyme GERDAY TRAVAUX a rendu une offre présentant un prix présumé anormalement bas (431.329,27 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée), puisqu'elle s'écarte de 16,70 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Elle observe, de surcroît, que le montant du marché était estimé (à 571.792 euros, hors

taxe sur la valeur ajoutée) bien au-dessus de la moyenne des offres remises (517.832,03 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée), ce qui renforce, selon elle, le caractère anormal de l'offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX. En droit, la partie requérante rappelle que, conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dans l'hypothèse d'un écart supérieur à 15 % entre l'offre la plus basse et le prix moyen des offres remises, le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification du prix de l'offre présumée anormalement basse. Elle explique que le pouvoir adjudicateur peut soit motiver dans la décision d'attribution que le prix de l'offre n'est pas anormal, soit inviter le soumissionnaire concerné à fournir des justifications conformément à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4, de l'arrêté du 15 juillet 2011. En ce qui concerne le prix global, la partie requérante constate que la société anonyme GERDAY TRAVAUX a été interrogée sur son prix le 27 mai 2015.

N'ayant pas eu accès au dossier à ce stade, elle émet une réserve quant au respect du délai de réponse par le soumissionnaire. Se fondant sur l'avis du directeur financier, elle suppose que les justifications fournies sont très lacunaires et ne respectent pas le prescrit de l'article 21, § 3, alinéa 4, précité.

La requérante estime, en tous cas, que l'appréciation de ces justifications par l'auteur de projet est "manifestement lacunaire", en ce qu'il se contente d'indiquer que "les justifications fournies sont satisfaisantes", sans en préciser les raisons. La partie requérante ajoute que "cette motivation à laquelle la décision d'attribution se réfère est largement insuffisante au regard des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs". Enfin, la requérante avance qu'"aucun élément probant n'est apporté par la commune de JEMEPPE-SUR-[SAMBRE] dans sa décision [du 17 août 2015] qui puisse soutenir l'allégation selon laquelle les prix globaux et [les] prix unitaires présumés anormaux de la société anonyme GERDAY TRAVAUX se justifient notamment en raison de : l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées ou des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services; de l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire; du respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser ; de l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement". Selon la partie requérante, "la réalisation d'un tableau comparatif agréant les prix globaux et l'ensemble des prix unitaires qui « semblent tous cohérents et soutenables au regard des prix de revient et de la marge bénéficiaire

présumée » paraît tout à fait inadaptée à la condition de justification fixée par l'article 21, § 3, al. 4, de l'AR du 15 juillet 2011". Elle ajoute que "la cohérence de prix bas ne prouve absolument rien". Elle note enfin que rien ne permet d'indiquer que l'auteur de projet ait été ré-interpellé entre la décision du 13 juillet et celle du 17 août, aux fins de réaliser un nouveau tableau comparatif.

En ce qui concerne le poste 41, la requérante fait d'abord observer qu'il s'agit d'un poste important, puisqu'il représente 10 % du montant total du marché. Elle constate qu'"aucune justification claire n'est apportée quant au prix appliqué et ce, malgré la modification de la technique finalement adoptée par la société anonyme GERDAY TRAVAUX". Elle observe que le prix initial présumé anormalement bas est même maintenu, alors que la technique finalement adoptée est plus onéreuse, ce qui corrobore, selon elle, la présomption d'anormalité de l'offre remise. La partie requérante y voit "une forme d'aveu de la part du soumissionnaire portant sur l'anormalité du prix de son offre".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse identifie cinq griefs distincts, dans l'argumentation de la requérante. Elle y répond tour à tour.

- "Grief pris du non-respect du délai de 12 jours de calendrier"

La partie adverse indique que ce grief manque en fait, puisque le dossier administratif démontre que l'attributaire a respecté ce délai : la demande de justification lui a été envoyée le 27 mai et il y a répondu le 3 juin (après sept jours); la demande complémentaire lui a été envoyée le 11 juin et il y a répondu le 19 juin (après 8 jours).

- "Grief pris du caractère lacunaire du rapport d'examen des offres"

Selon la partie adverse, ce grief touche à la motivation de l'acte attaqué et il doit être examiné dans le cadre de la deuxième branche du premier moyen.

- "Grief pris de l'absence d'éléments probants - Absence d'une justification visée par l'article 21, § 3, al. 4, de l'A.R. du 15 juillet 2011"

La partie adverse observe que les justifications mentionnées par la

requérante sont celles énumérées par l'article 21, § 3, al. 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle indique que cette énumération est purement exemplative, et non exhaustive, et qu'il n'y a donc pas lieu de reprocher à la partie adverse d'avoir tenu compte d'autres justifications. Elle renvoie à la suite de sa réponse, dont il ressort selon elle que "la partie adverse s'est valablement fondée sur des éléments probants - contrairement à ce que prétend la requérante".

- "Grief pris de l'absence d'éléments probants (suite) - Prétendues inexistence et non-pertinence du tableau comparatif"

La partie adverse identifie un grief pris de la "prétendue inexistence du tableau comparatif" et répond qu'il manque en fait, puisque ce tableau a été établi par l'auteur de projet et remis à la partie adverse avec le rapport d'examen des offres. La partie adverse souligne la confidentialité de ce tableau, justifiée par le fait qu'il contient le détail des prix des soumissionnaires. La partie adverse répond ensuite à "la prétendue non-pertinence du tableau comparatif", en estimant que la requérante méconnaît les termes de la décision attaquée. Elle relève que le tableau comparatif a permis de comparer le niveau des prix unitaires de la société anonyme GERDAY TRAVAUX par rapport à ceux de ses concurrents. Selon elle, les prix unitaires des concurrents peuvent permettre d'identifier le niveau de prix pratiqué par le marché, c'est-à-dire les prix "réels" par opposition aux prix fantaisistes ou spéculatifs. Après avoir reproduit le courrier des auteurs de projet du 4 août 2015, elle conclut qu' "en jugeant, à la lumière d'une comparaison entre les prix de la S.A. GERDAY (attributaire) et ceux de ses concurrents, que les prix de la S.A. GERDAY n'étaient pas anormaux, mais bien conformes au niveau de prix du marché (au sens économique du terme), la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation".

- "Grief pris du caractère prétendument anormal du prix remis par l'attributaire pour le poste 41".

La partie adverse observe que, pour le poste 41, la société anonyme GERDAY TRAVAUX a remis un prix unitaire de 33,35 euros et la requérante un prix unitaire de 33,97 euros. Elle en déduit que "lorsqu'elle a indiqué maintenir son prix initial pour le poste 41 (33,35 euros), tout en retenant finalement une technique de pose traditionnelle (coffrage à règle vibrante, au lieu du coffrage glissant), la société anonyme GERDAY a en définitive remis - pour le poste concerné - une offre similaire à celle de la requérante". La partie adverse en déduit que la requérante n'a pas d'intérêt à soutenir que le prix fixé par la société anonyme GERDAY TRAVAUX pour le poste

41 est anormal, sous peine de plaider que sa propre offre aurait dû être écartée pour cause de prix anormal. Par ailleurs, la partie adverse indique que la différence de prix entre la société anonyme GERDAY TRAVAUX et la requérante n'est pas liée au poste 41 ("Revêtement en béton de ciment discontinu, monocouche, pour couche de roulement, épaisseur E= 200 mm"). Elle explique que "la différence entre ces deux soumissionnaires s'est jouée, d'une part, au niveau « de la fondation en béton maigre poreux » (= le poste 40 du métré) et, d'autre part, « au niveau de la fourniture et de la pose des pavages » (= postes 53, 54, 55, 56, 57, 83, 128, 129, 130 et 131 du métré). Elle précise que "le niveau de prix remis à cet égard par l'attributaire était comparable ou supérieur à celui remis par plusieurs autres soumissionnaires" et en déduit qu'" il n'y avait donc aucun motif de considérer les prix remis par l'attributaire pour ces postes comme anormaux".

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne le courrier de justification, la requérante conteste, en premier lieu, le caractère confidentiel de cette pièce. Sur le fond, la requérante considère que limiter les coefficients de couverture des frais généraux et bénéfices, de telle sorte qu'ils ne couvrent pas entièrement les frais généraux de l'entreprise revient à travailler à perte. Selon elle, "la SA GERDAY TRAVAUX, est contrainte d'avouer qu'elle n'a pu couvrir ses frais généraux réels en remettant un tel prix". La requérante indique que l'application de coefficients de couverture limités peut, en l'espèce, être assimilée à une remise. Or, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'elle cite, "une justification de prix en raison d'une « remise » aboutit à contredire l'effectivité du contrôle du caractère anormal de ce prix puisqu'aucun contrôle n'est susceptible d'être exercé, la seule indication d'une remise n'étant pas une justification et étant, du reste, reproductible à l'infini par tout soumissionnaire interrogé par le pouvoir adjudicateur". Sur la justification du prix des travaux réalisés en sous-traitance, la requérante affirme que la simple référence aux prix d'un fournisseur ou d'un sous-traitant, augmentés d'une marge bénéficiaire, ne suffit pas comme justification de prix. Elle souligne qu'il n'est pas établi par la partie adverse que les prix globaux et prix unitaires de la société anonyme GERDAY se justifieraient en raison d'une technique particulière utilisée dans le cadre de ce chantier et que le courrier de cette société ne fait référence à aucune des justifications énumérées à l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle observe que l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 confirme que le coefficient de frais généraux et bénéfice fait intégralement partie du prix de sorte qu'un coefficient anormalement bas, appliqué sur les prix de revient, rend ces prix eux-mêmes anormaux. Enfin, la requérante souligne

que, dans son second avis, le Directeur financier de la commune, indique que "les éléments soutenant la justification des prix globaux de GERDAY ne concordent pas tout à fait avec le prescrit réglementaire (...)".

En ce qui concerne le tableau comparatif, la requérante conteste également la confidentialité qui s'y attache. En tout état de cause, elle estime qu'un exposé sommaire - c'est-à-dire sans chiffrer ni les heures, ni le coût horaire - de la structure du prix n'est pas une justification suffisante. Enfin, "quant à l'allégation selon laquelle la différence des prix entre l'offre de la SA TRBA et celle de la SA GERDAY TRAVAUX s'est faite sur des postes pour lesquels d'autres soumissionnaires avaient retenu des prix similaires, la requérante note qu'il n'en demeure pas moins que l'écart entre les deux meilleures offres est de plus de 10 % en prenant en compte l'ensemble des postes". En ce qui concerne le poste 41, la partie requérante estime que le maintien du prix initial, alors qu'une technique plus onéreuse sera adoptée, traduit "la manière de procéder globale de la S.A. GERDAY TRAVAUX qui présente des prix ne correspondant pas à la réalité". Elle ajoute qu'il s'agit "d'une forme d'aveu d'une erreur dans le chef du soumissionnaire portant sur un poste formant pourtant une partie importante du marché public en cause" et indique que, selon la jurisprudence, "l'aveu d'une erreur, fût-elle assumée par le soumissionnaire interrogé, ne constitue en principe pas une justification de prix admissible".

D. Dernier mémoire de la partie adverse

En réaction au rapport de M^{me} l'auditeur, qui conclut au caractère fondé de cette première branche, la partie adverse fait encore valoir les arguments suivants:

- " La décision attaquée souligne que le tableau comparatif a permis de comparer le niveau des prix unitaires et le prix global de la S.A. GERDAY par rapport à ceux de ses concurrents :
- «Considérant que les justifications des prix globaux ont été considérées par l'auteur de projet comme soutenues par des éléments exacts, pertinents, admissibles et plausibles, pris à la lumière des prix remis par les concurrents dans le cadre d'un tableau comparatif agrégeant les prix globaux et l'ensemble des prix unitaires, car la S.A. GERDAY d'ASSESSÉ a remis une offre dont le prix global est bas, mais dont les prix unitaires semblent tous cohérents et soutenables au regard des prix de revient et [de] la marge bénéficiaire présumée» (...).

Le «tableau comparatif» a donc expressément été mis en relation avec les justifications fournies par la S.A. GERDAY.

Dans la mesure où le prix global est le fruit de la compilation des prix unitaires, il n'est pas illégitime de rechercher la cause de l'anormalité apparente du prix global

dans les prix unitaires.

C'est ce que l'auteur de projet a fait en l'espèce, comme il l'a exposé *in tempore non suspecto* :

« Par ailleurs, vos interrogations nous ont poussés à parcourir à nouveau le tableau comparatif des offres. Malgré que cette information ne puisse probablement pas servir juridiquement, il est à remarquer que près de la moitié de la différence de prix entre GERDAY et TRBA se joue sur un seul poste. Il s'agit de la fondation en béton maigre poreux pour laquelle d'autres soumissionnaires ont remis un prix encore inférieur à celui de GERDAY.

Le reste de la différence se situe au niveau de la fourniture et de la pose des pavages où là encore le prix de GERDAY est le même que trois autres soumissionnaires régulièrement présents dans les projets que nous établissons.

On peut dès lors confirmer qu'il s'agit bien d'un niveau de prix généralement bas et qu'il n'y a *a priori* pas de poste spécifique, en regard des autres soumissionnaires [On rappellera qu'en l'espèce, *vingt-et-une* (21) entreprises de travaux ont remis offre pour le marché litigieux; elles ont toutes été sélectionnées et une seule n'a pas franchi le stade de l'examen de la régularité des offres (cf Rapport d'examen des offres – [...]). La partie adverse a donc disposé d'un éventail représentatif d'opérateurs économiques pour connaître le "prix du marché" (au sens économique du terme)], sur lequel l'entreprise GERDAY a marqué une différence anormale» ([...] - Courrier du 4 août 2015 de l'auteur de projet – [...]).

Ceci confirme que le niveau des prix de la S.A. GERDAY (attributaire) était bas, mais comparable à celui des prix des soumissionnaires concurrents - ce qui n'était pas surprenant dans la conjoncture économique de l'époque, où tous les entrepreneurs de travaux tendaient à compresser leurs prix au maximum. C'est également sous cet angle que la « cohérence » des prix a été appréciée.

Votre Conseil notera en outre que l'auteur de projet a fondé son appréciation sur son expérience en la matière. La partie adverse n'a en fin de compte fait qu'adhérer à cette expertise.

De surcroît, lorsque Mme l'Auditeur [...] écrit que « le dossier administratif ne révèle aucune indication quant au prix de revient ... de la S.A. GERDAY », elle semble reprocher à la partie adverse et à l'auteur de projet de ne pas avoir réclamé à celle-ci tous les prix de revient de son métré, ce qui paraît difficilement réalisable. A supposer qu'une telle information ait été utile, *quod non*, son absence a été compensée par le niveau de prix des différents soumissionnaires, tel que repris dans le tableau comparatif.

Il s'impose dès lors de constater qu'en jugeant, à la lumière d'une comparaison entre les prix de la S.A. GERDAY (attributaire) et ceux de ses concurrents, que les prix de la S.A. GERDAY n'étaient pas anormaux, mais bien conformes au niveau de prix du marché (au sens économique du terme), la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation".

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante déclare s'en remettre entièrement au rapport de Mme l'auditeur tout en précisant ce qui suit:

" [...] [Mme l'auditeur rapporteur] a considéré qu'une justification des prix par les pourcentages de frais généraux et bénéfices appliqués n'était pas pertinente pour renverser la présomption selon laquelle le prix global est anormalement bas.

[...] Plus fondamentalement, le soumissionnaire ne justifie guère le prix de revient des différentes prestations et ne joint aucun document pertinent.

[...] La justification par la technique utilisée pour le poste 41 n'est, selon Madame l'auditeur, pas admissible car la technique telle qu'elle fut proposée n'était finalement pas adaptée aux travaux à réaliser.

Malgré le choix d'une autre technique, plus onéreuse, «il reste que l'affirmation selon laquelle S.A. GERDAY TRAVAUX maintient le prix du poste 41, malgré le choix d'une technique plus onéreuse que celle initialement prévue, laisse le prix global de l'offre dénué de justification pertinente, complète et concrète (...)» (rapport, p. 17).

[...] Quant au tableau comparatif, Madame l'Auditeur souligne à raison que «L'on n'aperçoit pas, à la lumière du tableau, en quoi les prix unitaires de la S.A. GERDAY TRAVAUX seraient "cohérents". En tout état de cause, l'on n'aperçoit pas en quoi la "cohérence" des prix unitaires permettrait de justifier le prix global "présupposé anormal" d'une offre. L'on n'aperçoit pas non plus ce qui permet à la partie adverse d'affirmer que les prix unitaires sont "soutenables au regard des prix de revient et [de] la marge bénéficiaire présumée", dans la mesure où le dossier administratif ne révèle aucune indication quant aux prix de revient (matériaux et matières premières, main-d'œuvre, sous-traitance) de la S.A. GERDAY TRAVAUX» (rapport, p. 18).

[...] Ainsi que Madame l'Auditeur le prescrit, la première branche du premier moyen doit être considérée comme fondée.

[...] La partie requérante note enfin que la [partie adverse] n'apporte, quant à cette première branche, aucun élément nouveau à son argumentation dans son dernier mémoire daté du 29 juillet 2016".

IV.2.2. Appréciation

L'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dispose :

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

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

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

Les justifications concernent notamment :

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

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

Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne".

L'article 99, §§ 1^{er} et 2, du même arrêté, dispose pour sa part :

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

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

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

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

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

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

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable à l'appel d'offres et aux marchés de fournitures ou de services".

Quant à l'étendue du contrôle exercé par le Conseil d'Etat sur la vérification des prix apparemment anormaux, il y a lieu de rappeler que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques définit les exigences de vérification des prix proposés et, le cas échéant, des justifications présentées par les soumissionnaires concernés à la demande du pouvoir adjudicateur. Pareilles vérifications doivent permettre à celui-ci de s'assurer de ce que le prix proposé par le soumissionnaire peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché. Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, conformément aux dispositions de l'article 21, § 3, alinéa 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une erreur manifeste d'appréciation. Il lui appartient également de vérifier si la décision de considérer des prix comme normaux a été prise au terme d'une procédure révélant le caractère complet de l'examen par ledit pouvoir des justifications apportées.

En l'espèce, l'offre du soumissionnaire le moins-disant, soit la société anonyme GERDAY TRAVAUX s'écartait de plus de 15 % en-dessous de la moyenne des offres, calculée conformément aux dispositions précitées, tandis que l'offre de la société anonyme TRBA s'en écartait de plus de 8 %.

Le prix global de l'offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX devait donc être tenu pour "apparemment anormal", sans mise en œuvre d'un pouvoir d'appréciation de la partie adverse. Il exigeait la vérification du montant de cette offre, ce qui n'était pas le cas de l'offre de la requérante.

La partie adverse a bien procédé à cette vérification, en invitant la société anonyme GERDAY TRAVAUX à justifier son prix global, en application de l'article 99, § 2, alinéa 3, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et il appartenait dès lors à la société anonyme GERDAY TRAVAUX de renverser la présomption d'anormalité pesant sur son prix global, en le justifiant de manière complète et concrète. Les

justifications apportées par la société anonyme GERDAY TRAVAUX sont de deux ordres. D'une part, le soumissionnaire justifie son prix global par les pourcentages de frais généraux et bénéfices respectivement appliqués pour les travaux confiés en totalité en sous-traitance et pour les travaux réalisés sans sous-traitance. D'autre part, il justifie le prix d'un poste important du marché (le poste 41) par la mise en œuvre d'une technique particulière, à savoir le recours à une machine à coffrage glissant (*sleepform*). Dans sa décision d'attribution du 17 août 2015 qui constitue l'acte attaqué, la partie adverse avance une troisième considération, tirée d'un tableau comparatif des prix unitaires et globaux des différents soumissionnaires.

Ces trois explications du prix global "apparemment anormal" de l'offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX appellent toutefois les observations qui suivent.

En ce qui concerne la justification par les pourcentages de frais généraux et bénéfices appliqués par la société anonyme GERDAY TRAVAUX, il y a lieu de considérer que la liste de justifications énumérées à l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas limitative, comme en témoigne le terme "notamment". Le rapport au Roi le rappelle clairement en faisant référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat. Le soumissionnaire invité à justifier son prix peut donc avancer d'autres types de justifications que celles citées, si elles sont pertinentes. Un soumissionnaire peut, par exemple, justifier son prix global en détaillant le nombre d'heures nécessaires pour chaque prestation, le taux horaire de la main-d'œuvre, le prix des matières premières et des matériaux, le prix demandé par les sous-traitants pour les parts sous-traitées, le calcul des frais généraux, la marge bénéficiaire, ..., mais à la condition de faire reposer sa justification sur des données précises et concrètes. Le rapport au Roi, relayant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, annonce clairement que "le soumissionnaire ne peut se limiter, pour justifier son prix, à se référer aux prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire" et qu'"il doit dans ce cas justifier le prix du sous-traitant". En l'espèce, la société anonyme GERDAY TRAVAUX a fait valoir ce qui suit: "1. Les frais généraux et bénéfices appliqués pour les travaux confiés en totalité en sous-traitance (matériaux et main-d'œuvre) ont été limités à [x] % des prix reçus. 2. Les frais généraux et bénéfices appliqués aux travaux exécutés par la société GERDAY ont été limités à [x] % du prix de revient ; [...]". Cette justification ne suffit pas à conclure, comme l'avance la partie requérante, que le marché serait exécuté à perte. Mais elle ne permet pas non plus de l'exclure, puisque, dès lors qu'elle ne distingue pas les frais généraux des bénéfices, le pourcentage de

marge bénéficiaire escompté demeure inconnu. *A fortiori*, une telle justification n'est pas pertinente pour renverser la présomption selon laquelle le prix global est anormalement bas. En tout état de cause, le soumissionnaire ne justifie nullement le prix de revient des différentes prestations (matériaux, main-d'œuvre, sous-traitants, ...) et ne joint aucun document pertinent (contrat de sous-traitance, prix des fournisseurs, ...) à sa justification. Une telle justification, stéréotypée et non étayée, n'est donc pas précise ni concrète, aucun élément en sens contraire n'étant par ailleurs expressément apporté à ce sujet par la partie adverse, notamment dans son dernier mémoire.

Quant à la justification fondée sur la technique utilisée pour le poste 41, la société anonyme GERDAY TRAVAUX a, par ailleurs, pris l'initiative de justifier un poste (important) du marché par le choix d'une technique particulière ("*sleepform*"), dont il ressort du dossier et des explications des parties qu'elle est moins onéreuse que la méthode "traditionnelle". Sa justification sur ce point est la suivante : "3. Le prix du poste 41 « revêtement en béton de ciment discontinu, épaisseur E = 200 mm », a été calculé avec une mise en œuvre par machine à coffrage glissant (*sleepform*). Il se déduit du courrier adressé par les auteurs de projet, le 11 juin 2015, et de la réponse apportée par le soumissionnaire, le 19 juin 2015, que la technique proposée n'était pas adaptée aux travaux à réaliser et qu'elle ne pourrait dès lors être mise en œuvre. Il en résulte que cette explication n'était pas admissible et qu'elle ne pouvait dès lors contribuer à justifier le prix global "apparemment anormal" de l'offre. La société anonyme GERDAY TRAVAUX a par ailleurs admis que la technique proposée n'était pas adaptée, mais a, sans autre forme d'explication, affirmé "mainten[ir] le prix unitaire remis en soumission pour des travaux réalisés à la règle vibrante et à votre entière satisfaction". Les justifications de prix ne peuvent toutefois en aucun cas se limiter à une simple confirmation du prix, alors même que le soumissionnaire concerné déclare changer de technique et recourir dorénavant à une autre technique, au sujet de laquelle la requérante affirme, sans être aucunement contredite, qu'elle est plus coûteuse que celle initialement envisagée.

Certes, le prix unitaire du poste 41 n'avait pas été considéré par la partie adverse comme "apparemment anormal", ce qui relève de son pouvoir d'appréciation. Il ne devait, par conséquent, pas faire l'objet d'une justification particulière. Mais dès lors que la société anonyme GERDAY TRAVAUX justifiait de manière expresse la "normalité" du prix global de son offre par la référence expresse au prix de ce poste 41, avec, à l'origine, un recours à une technique moins onéreuse, il lui incombait, à tout le moins, de justifier en quoi sa décision de recourir à une autre technique plus onéreuse n'avait cependant aucun effet sur le prix remis pour le poste 41, ce qui lui

permettait de pouvoir encore justifier l'absence d'"anormalité" du prix global de son offre par référence à ce prix. A cet égard, la simple affirmation selon laquelle société anonyme GERDAY TRAVAUX maintient, "en toute connaissance de cause", le prix du poste 41, malgré le choix d'une technique plus onéreuse que celle initialement prévue et sans que soient exposées d'aucune façon la raison ou les raisons pour lesquelles le prix initial de ce poste reste inchangé, laisse le prix global de l'offre dénué de justification pertinente, complète et concrète, ce que ne conteste pas non plus la partie adverse dans son dernier mémoire.

Dans la décision attaquée, la partie adverse se fonde également sur une troisième considération, à savoir le renvoi à un "tableau comparatif agrégeant les prix globaux et l'ensemble des prix unitaires" de toutes les offres régulières, et ce pour en déduire que "la S.A. GERDAY d'ASSESE a remis une offre dont le prix global est bas, mais dont les prix unitaires semblent tous cohérents et soutenables au regard des prix de revient et de la marge bénéficiaire présumée". De tels motifs ne permettent cependant pas de renverser le caractère "apparemment anormal" du prix global de l'offre, tel qu'il résulte de la mise en œuvre du mécanisme de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le Conseil d'Etat n'aperçoit en effet pas, à la lumière dudit tableau, en quoi les prix unitaires de la société anonyme GERDAY TRAVAUX seraient "tous cohérents" ni par rapport à quoi ils le seraient : par rapport aux prix estimés ? Par rapport aux prix unitaires des autres offres, dont le tableau révèle qu'ils sont très variables ? Au demeurant, il convient d'observer que le tableau ne fait pas apparaître la moyenne des prix offerts par les soumissionnaires, poste par poste, et l'on n'aperçoit, en tout état de cause, pas en quoi la "cohérence" de certains des prix unitaires de l'offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX avec certains prix unitaires remis par certains autres soumissionnaires permettrait, en soi, de justifier le prix global "présumé anormal" d'une offre. En effet, outre que le nombre de soumissionnaires auquel la partie adverse se réfère est relativement insignifiant ("trois soumissionnaires") ou non déterminé ("d'autres soumissionnaires"), la comparaison des prix unitaires de la société anonyme GERDAY TRAVAUX, semble bien avoir été effectuée avec des prix unitaires remis par des soumissionnaires différents, et ce selon le poste pris en considération. Si un autre soumissionnaire avait, en effet, chaque fois proposé des prix unitaires qui étaient comparables à ceux de la société anonyme GERDAY TRAVAUX, le prix global de l'offre de ce soumissionnaire aurait également dû être considéré comme étant "anormalement bas", ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Il en va d'autant plus ainsi que la société anonyme GERDAY TRAVAUX a, comme expliqué ci-dessus, maintenu, sans aucune explication, le prix du poste 41 du marché, alors que ce poste constitue une composante importante de

celui-ci. A cela s'ajoute que le Conseil d'Etat ne comprend pas non plus ce qui permet à la partie adverse d'affirmer, sans plus, que les prix unitaires sont "soutenables au regard des prix de revient et de la marge bénéficiaire présumée", dans la mesure où le dossier administratif ne révèle aucune indication ni quant aux prix de revient (matériaux et matières premières, main-d'œuvre, sous-traitance) de la société anonyme GERDAY TRAVAUX, ni quant à la marge bénéficiaire "présumée" que cette société se serait réservée.

Il résulte de ce qui précède qu'aucune des justifications avancées par la société anonyme GERDAY TRAVAUX, ni aucun des motifs énoncés par la partie adverse dans sa décision d'attribution du marché, ne suffisait à considérer que le prix global, apparemment anormal de cet offre, était justifié. La première branche du moyen est, en conséquence, fondée.

IV.3. Seconde branche

IV.3.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante rappelle que "le principe de bonne administration exclut l'erreur manifeste d'appréciation et implique l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, l'interdiction de l'arbitraire et la nécessité de faire reposer toute décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles". Elle estime que la partie adverse "ne motive pas de façon sérieuse dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal". Il en résulte selon elle que "la décision du Collège communal n'est ainsi pas valablement motivée". La requérante conclut que "dans la mesure où la décision d'attribution du 17 août 2015 ne repose pas sur des motifs exacts en droit et en fait, celle-ci ne respecte pas les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, mais aussi viole les articles 4, 8°, et 5, 6°, 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".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'elle s'est fondée sur un tableau comparatif des prix unitaires des différents soumissionnaires et que la comparaison des prix unitaires

de l'adjudicataire avec ceux des autres soumissionnaires a fait apparaître que les premiers étaient conformes aux prix du marché. Elle estime que ces deux éléments figurent dans la décision attaquée, dont elle reproduit le considérant pertinent.

La partie adverse estime que le grief de la requérante tient au fait qu'elle n'a pas pu consulter le tableau comparatif, mais explique que cette situation découle du strict respect de la loi par la partie adverse. Elle souligne à cet égard que le devoir de confidentialité prime sur l'obligation de motivation formelle.

C. Mémoire en réplique

La requérante maintient que la seule référence au tableau comparatif, en ce qu'il ne justifie en rien le caractère prétendument normal du prix de l'offre, n'apparaît pas suffisante. Elle ajoute que "la locution : « la S.A. GERDAY d'ASSESE a remis une offre dont le prix global est bas, mais dont les prix unitaires semblent tous cohérents et soutenables au regard des prix de revient et [de] la marge bénéficiaire présumée » apparaît tout à fait vague et ambiguë". Elle rappelle que l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise et ne peut se contenter de clauses de style ou de termes laconiques. Enfin, selon elle, le rapport ne motive guère davantage en quoi les justifications fournies par la société anonyme GERDAY TRAVAUX sont suffisantes.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

En réaction au rapport de M^{me} l'auditeur qui conclut au caractère fondé de cette première branche, la partie adverse observe que la deuxième branche n'est pas non plus fondée, du fait même qu'il y a lieu de considérer que la première branche du moyen n'est, elle-même, pas fondée.

IV.3.2. Appréciation

Lorsque, conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé anormalement bas, l'appréciation qui conduit ce pouvoir adjudicateur à écarter cette présomption doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doit dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision de ne pas considérer comme "anormalement bas" le prix global d'une offre.

Or, il résulte à suffisance de l'examen de la première branche du moyen, que la décision ne repose pas sur des motifs établis, pertinents et suffisants. En conséquence, la seconde branche du moyen est également fondée.

V. Second moyen

Les deux branches du premier moyen étant reconnues fondées, il n'y a pas lieu de procéder à l'examen du second moyen, lequel n'est, en effet, pas de nature à conduire à une annulation plus étendue de la décision attaquée.

VI. Demande d'indemnité réparatrice

VI.A. Thèses des parties

A. Requête

La demande d'indemnité réparatrice que sollicite la requérante en application de l'article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, est fondée sur les considérations suivantes qui sont exposées en termes de requête:

- la requérante a bien subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte attaqué: elle aurait en effet, dans le cas d'espèce, dû obtenir le marché litigieux puisque son offre a été classée deuxième et était régulière;
- l'illégalité de la décision d'attribution présentement attaquée a, par conséquent, directement provoqué le préjudice subi par la requérante, puisque celle-ci a été privée d'un marché qui devait lui revenir;
- en effet, si l'offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX avait été écartée en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est atteinte, la requérante, classée deuxième, aurait obtenu le marché en cause;
- 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 indique, à cet égard, que:
"Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre";
- il en résulte que la requérante sollicite une indemnité réparatrice de

47.713,97 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, à majorer des intérêts à dater de l'introduction du présent recours.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse rétorque comme suit :

- " [...] La partie adverse a démontré ci-dessus qu'aucun des deux moyens de la requête n'était fondé. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une indemnité réparatrice à la requérante.
[...] Pour le surplus, il y a lieu de souligner que la requérante limite elle-même le cas où une indemnité lui serait due à l'hypothèse où votre Conseil conclurait à l'existence d'une irrégularité substantielle affectant l'offre de la S.A. GERDAY : [...].
Il s'en déduit a *contrario* que [si] votre Conseil retient uniquement l'illégalité déduite du défaut de motivation (deuxième branche du premier moyen de la requérante), aucune indemnité réparatrice ne devra être accordée à la requérante.
C'est à tout le moins la position de la partie adverse : dans ce cas, la perte du marché pour la requérante ne pourra être déduite du seul défaut de motivation. Par conséquent, la requérante n'aura subi aucun « préjudice du fait de l'illégalité » retenue par votre Conseil, puisque la requérante ne sera pas en mesure de démontrer un lien causal entre l'illégalité constatée et la perte du marché. Aucune indemnité réparatrice ne devra dès lors lui être accordée dans ce cas".

C. Mémoire en réplique

La partie requérante ajoute ce qui suit à l'argumentation de la requête :

- " [...] Enfin, dans l'hypothèse où le seul moyen relatif au défaut de motivation devait être retenu, il apparaît que la partie requérante a, à tout le moins, perdu une chance de se voir attribuer le marché dans la mesure où il eut fallu, pour satisfaire l'obligation de motivation, que le pouvoir adjudicateur ait été capable d'apporter les justifications complètes quant aux prix pratiqués par la SA GERDAY TRAVAUX, ce qui est loin d'être acquis".

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse ne revient plus sur cette question dans son dernier mémoire.

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante observe ce qui suit:

- " [...] La partie requérante fait entièrement siens les arguments invoqués par

Madame l'Auditeur dans son rapport, confirmant la possibilité de réclamer, au contentieux de l'annulation en matière de marchés publics, une indemnité réparatrice (...).

[...] Par ailleurs, Madame l'Auditeur considère que l'illégalité de la décision d'attribution, le préjudice subi par la requérante et le lien causal entre l'illégalité et le préjudice sont établis à suffisance de sorte qu'une indemnité réparatrice de 47.713,97 euros (représentant 10 % du montant de l'offre HTVA) est due à la SA TRBA".

VI.B. Appréciation

L'article 11 *bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose que :

- " Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence.

La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité.

En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours.

La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice".

S'agissant des conditions d'octroi de l'indemnité réparatrice sollicitée par la requérante, il y a lieu d'observer ce qui suit.

En premier lieu, l'illégalité de l'acte attaqué est établie, du fait qu'il résulte du présent arrêt que le premier moyen de la requête est fondé, en ses deux branches.

En deuxième lieu, l'annulation étant proposée sur la base du premier moyen, il en résulte que le marché ne pouvait être attribué, en l'état, à la société anonyme GERDAY TRAVAUX dont le prix global apparaît anormalement bas, à

défaut de justification admissible. La requérante a, pour sa part, été sélectionnée et son offre a été jugée régulière par la partie adverse. En particulier, son prix global n'imposait pas de vérification sur la base de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

En troisième lieu, étant classée deuxième, derrière la société anonyme GERDAY, la requérante pouvait prétendre à l'attribution du marché. Par ailleurs, la réfection de l'acte attaqué s'avère impossible, puisque la partie adverse a conclu le contrat avec la société anonyme GERDAY TRAVAUX le 16 novembre 2015 et que, selon le site internet de la commune, le chantier a officiellement démarré le 2 février 2016 et devait être terminé à l'automne 2016.

En quatrième lieu, le préjudice, comme le fait valoir la requérante, peut être évalué à 10 pourcent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de l'offre de la requérante, en s'inspirant de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 précitée, qui fixe le taux de l'"indemnité forfaitaire" en matière d'adjudication publique. Le préjudice s'élève ainsi à 477.139,73 euros x 10 pourcent, c'est-à-dire 47.713,97 euros.

En cinquième lieu, les intérêts publics ou privés en présence ne s'opposent pas à la réparation intégrale du dommage ainsi estimé.

En conclusion, l'illégalité de la décision d'attribution, le préjudice subi par la requérante et le lien causal entre l'illégalité et le préjudice sont établis à suffisance. Il s'ensuit qu'une indemnité réparatrice de 47.713,97 euros doit être allouée à la requérante, à charge de la partie adverse, augmentée, comme le demande la requérante, des intérêts calculés au taux légal, et ce depuis la date d'introduction du présent recours jusqu'à la date du paiement effectif de l'indemnité réparatrice.

VII. Demande de confidentialité des pièces

VII.A. Thèse des parties

La partie adverse dépose plusieurs pièces à l'égard desquelles elle sollicite le bénéfice de la confidentialité. Il s'agit des pièces A (offre de la requérante), B (offre de la société anonyme GERDAY TRAVAUX), C (courrier recommandé du 3 juin 2015 de la société anonyme GERDAY TRAVAUX) et D (tableau comparatif des offres établi par l'auteur de projet).

La requérante conteste, pour sa part, la confidentialité (partielle) de la pièce C et la confidentialité de la pièce D.

VII.B. Appréciation

Etant donné la clôture de la procédure devant le Conseil d'Etat, résultant du présent arrêt d'annulation, la demande de confidentialité introduite par la partie adverse ne présente plus d'objet.

VIII. Indemnité de procédure et dépens

VIII.1. Thèses des parties

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement d'une indemnité de procédure, fixée à un montant de 700 euros, de même que la condamnation aux dépens, fixés à un montant de 400 euros.

La partie adverse formule les mêmes demandes en sens inverse.

VIII.2. Appréciation

La requérante ayant obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, il convient de lui accorder une indemnité de procédure fixée au montant de base de 700 euros.

Les autres dépens doivent par ailleurs être mis à charge de la partie adverse qui succombe en la présente cause.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La décision du 17 août 2015, prise par le Collège des Bourgmestre et Échevins de la commune de JEMEPPE-SUR-SAMBRE, attribuant, par adjudication publique, le marché de travaux concernant l'aménagement de la place de Moustier à

MOUSTIER-SUR-SAMBRE à la société anonyme GERDAY TRAVAUX est annulée.

Article 2.

Une indemnité réparatrice de 47.713,97 euros est accordée à la société anonyme TRBA, à charge de la commune de JEMEPPE-SUR-SAMBRE, augmentée des intérêts calculés au taux légal, et ce depuis la date d'introduction du présent recours jusqu'à la date du paiement effectif de l'indemnité réparatrice, au titre du préjudice subi.

Article 3.

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

Les autres dépens, liquidés à la somme de 400 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un mars deux mille dix-sept par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Katty LAUVAU ,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.