

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 238.455 du 8 juin 2017

A.222.191/VI-21.022

En cause : **la société anonyme ENTREPRISES YVO RINALDI,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick HENRY, André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la Régie Foncière de la Ville de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
M^{es} France MAUSSION et Mathieu THOMAS, avocat,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 mai 2017, la société anonyme ENTREPRISES YVO RINALDI demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la REGIE FONCIERE DE LA VILLE DE BRUXELLES, [...] par le Collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles dont elle a été informée par lettre recommandée datée du 28 avril 2017 reçue le 14 mai 2017".

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 mai 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juin 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^{es} France MAUSSION et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, 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. Par une délibération du 6 juin 2016, le Conseil communal de la partie adverse lance un marché de travaux pour l'entretien des communs des immeubles de sa Régie foncière.

Les travaux à réaliser sont les suivants : peinture des communs des immeubles, remplacement de plafonds suspendus, remplacement et commande de luminaires.

La procédure de passation retenue est l'adjudication ouverte avec publicité belge. La durée du marché est de 24 mois.

Un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications du 27 juillet 2016.

2. Le 8 septembre 2016, huit offres sont déposées, dont celle de la requérante et de la société JUFFERN.

3. Le 23 septembre 2016, la partie adverse adresse à la requérante, un courrier lui demandant des justifications concernant son prix global qui "est inférieur de plus de 15 % à la moyenne des offres reçues" ainsi que concernant deux prix unitaires (pour les postes 38 et 39).

4. La lettre en réponse du 5 octobre 2016 de la requérante contient, outre une annexe décomposant les prix unitaires des deux postes sur lesquels elle était interrogée, les éléments suivants :

- " 1. Notre entreprise dispose d'un matériel performant et adapté à chaque type de travail. Ce matériel nous permet d'obtenir des rendements d'exécution élevés. Par ailleurs, ce matériel étant amorti, il n'intervient plus dans notre prix de revient.
2. Grâce à notre volume d'achats important au niveau de nos matières premières, nous obtenons des conditions d'achat préférentielles.

3. Par ailleurs, nos nombreuses références dans ce type de travaux nous permettent de cerner au mieux le prix de revient de ceux-ci.

De manière plus spécifique, nous avons suivi la méthodologie de calcul suivante :

a) Calcul d'un prix de journée par moyen [sic].

b) Estimation d'un rendement unitaire (en m²) par jour/homme pour chaque opération nécessaire à la réalisation de l'article considéré.

c) En divisant (a) par (b), nous obtenons un coût unitaire de main d'œuvre par opération.

d) Sur base des fiches techniques des produits appliqués et de notre expérience propre, nous déterminons un coût unitaire pour la fourniture des produits mis en œuvre.

e) En sommant (c) et (d), nous obtenons pour chaque opération un coût unitaire de fourniture et mise en œuvre.

f) Sur ce montant, nous appliquons un coefficient de 10% [pour] couvrir nos frais généraux et bénéfice.

Nous avons ainsi obtenu le niveau de prix que nous vous avons proposé. Nous joignons en annexe notre décomposition de prix détaillée pour les postes 38 et 39.

Nous vous confirmons que ces prix tiennent compte de l'ensemble des prescriptions du cahier des charges, ainsi que des spécifications techniques.

Nous sommes donc persuadés de pouvoir vous offrir la qualité de travail que vous souhaitez sur base des prix que nous avons proposés".

5. Un rapport d'examen des offres est établi le 31 janvier 2017. Il propose de rejeter l'offre de la requérante en raison des prix anormaux (global et unitaires) qu'elle contient et fait la même suggestion pour un autre soumissionnaire invité à justifier des prix apparemment anormalement bas.

6. Le 16 mars 2017, le Collège des Bourgmestre et Echevins de la partie adverse décide d'écarter deux offres, dont celle de la requérante, pour irrégularité en raison de prix anormaux et d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

Il s'agit de l'acte attaqué, dont la motivation se lit comme suit en ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de la requérante :

" [...] Considérant que deux soumissionnaires (Yvo Rinaldi SA et Bati's Construct) ont été interrogés sur les prix apparemment anormalement bas constatés, conformément à l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011. (Offre n°: 7 de [...] - Prix total de l'offre HTVA : 322.184,00 euros (écart. - 16,44 %) et Offre n°: 3 de Entreprises Yvo Rinaldi S.A. - Prix total de l'offre HTVA : 285.022,70 euros (écart: - 26,08 %));

Considérant que ces deux soumissionnaires ont répondu dans les délais prévus par l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011;

[...]

Considérant l'analyse des justifications données par la société Les Entreprises Yvo Rinaldi SA.:

Par un courrier du 23 septembre 2016, le soumissionnaire les Entreprises Yvo Rinaldi S.A. a été interrogé sur le caractère apparemment anormal de son prix global et de ses prix unitaires pour les postes 38 - 7.2 et 39 - 7.3. Il a transmis ses justifications au pouvoir adjudicateur par un courrier du 5 octobre 2016.

1) Concernant le prix global, le soumissionnaire le justifie en se référant aux éléments suivants : i) son matériel qui serait amorti, performant et adapté et qui lui permettrait d'obtenir des rendements d'exécution élevés, ses prix d'achat favorables des matières premières qu'il achèterait en grandes quantités et iii) ses références pour ce type de travaux, qui lui permettraient de cerner au mieux le prix de revient. Ces justifications ne sont pas admissibles pour les raisons suivantes.

- concernant le matériel amorti, performant et adapté, permettant d'obtenir des rendements d'exécution élevés, le marché en question porte sur des petits travaux d'entretien et de peinture et ne requiert donc que du petit matériel ayant peu d'influence sur le prix global, basé principalement sur le coût de la main-d'œuvre. De plus, celui-ci n'a pas chiffré ou expliqué comment il compte augmenter la performance de son exécution par rapport à son matériel, pour baisser le prix.
- concernant les prix d'achat favorables des matières premières achetées en grandes quantités, le soumissionnaire n'apporte aucune précision, notamment par la production de factures des fournisseurs, et rend par conséquent impossible le calcul de réduction qui impacterait le cas échéant favorablement le prix global.
- concernant sa connaissance des prix de revient de ce type de travaux, le soumissionnaire ne fournit aucune précision concernant la nature ou la localisation des références sur lesquelles il s'appuierait pour déterminer ses coûts ou les retombées que celles-ci pourraient avoir sur le prix. A défaut d'éléments concrets et chiffrés, ces explications ne permettent pas de justifier que le prix global serait normal.

Les justifications fournies par le soumissionnaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de conclure au caractère normal du prix global.

2) Concernant les justifications des prix du poste 38-7.2 «Structure portante» et du poste 39-7.3 «Plaques de finition», présentant un caractère apparemment anormalement bas, le soumissionnaire fournit un tableau reprenant le coût de la main-d'œuvre, le rendement estimé et ses frais généraux et bénéfices. Ces éléments ne permettent toutefois pas de justifier les prix pour les motifs suivants.

- Le soumissionnaire justifie son prix bas par l'emploi d'un apprenti à hauteur de 50 % du travail, ce qui réduirait fortement la charge horaire. Cependant un apprenti ne peut livrer les mêmes prestations, ou la même «rentabilité», qu'un ouvrier qualifié. La formation et le temps d'apprentissage de l'apprenti constituent en effet une charge supplémentaire pour le soumissionnaire réduisant son efficacité ou sa «rentabilité». Or, le soumissionnaire prend en considération une «rentabilité» identique de 8 heures par jour tant pour l'ouvrier qualifié que pour l'apprenti. Par conséquent la justification du prix n'est pas cohérente avec la réalité de la mise en oeuvre d'un chantier lorsqu'un apprenti travaille avec un ouvrier qualifié.
- Le soumissionnaire prévoit une marge de 10 % sur les montants calculés, qui couvrirait ses frais généraux et ses bénéfices. Elle est toutefois faible compte tenu de l'ensemble des frais généraux à couvrir (frais de transport du personnel, frais de stationnement des véhicules, frais de transport des matériaux, frais administratifs, frais d'entreprises, ...). De ce fait, il est peu probable qu'un bénéfice positif soit possible pour ces postes.

Les justifications fournies pour les postes 38-7.2 et 39-7.3 démontrent que les marges considérées par le soumissionnaire sont insuffisantes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter ces justifications comme valables.

En conclusion, tous et chacun de ces prix global et unitaires sont anormaux et justifient le rejet de cette offre du chef d'irrégularité substantielle en application de l'article 95, § 3, alinéa 1^{er}, et de l'article 99, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011".

7. Le 28 avril 2017, la partie adverse notifie à la requérante les motifs de l'éviction de son offre.

Le même jour, la partie adverse a notifié au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, la société JUFFERN, la décision d'attribution. Le courrier de notification indique que le marché est conclu avec la société JUFFERN.

IV. Intérêt au recours

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante justifie son intérêt par le fait qu'elle a remis l'offre la plus basse et qu'elle a justifié le montant global de son offre et les prix unitaires des deux postes comme demandé.

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt à agir de la requérante. Elle relève que le marché litigieux est un marché de travaux par adjudication pour lequel aucun délai de *standstill* ne devait être respecté, ni en application de l'article 11 ni en application de l'article 30 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le marché a été conclu avec l'attributaire du marché, comme l'indique la lettre du 28 avril 2017 qui lui a été adressée.

Elle expose qu'elle n'ignore pas qu'au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, même s'il n'y a pas de *standstill*, un soumissionnaire évincé conserve un intérêt à son recours en suspension malgré la conclusion du marché avec l'attributaire. Elle s'interroge toutefois sur l'intérêt dont disposerait encore la requérante à la suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée puisque cette décision a déjà produit ses effets par la conclusion du contrat de marché et qu'un arrêt de suspension (qui opère sans effet rétroactif) laissera intact le contrat déjà conclu. En outre, un arrêt de suspension ne serait pas utile dans la perspective de l'introduction d'une action en déclaration d'absence d'effets dès lors que celle-ci n'est pas prévue pour les marchés en-dessous des seuils européens. Enfin, seul un arrêt d'annulation permet à un soumissionnaire évincé d'obtenir une indemnité réparatrice ou des dommages et intérêts. Elle relève que la partie requérante ne s'en explique pas dans sa requête et conclut qu'elle n'aperçoit pas de quel intérêt elle pourrait justifier.

Elle souligne que le Conseil d'Etat fonde pour l'essentiel sa position sur le fait que la loi du 17 juin 2013 envisage la notion de l'intérêt au recours en marchés publics de manière large, en ce qu'elle vise "toute personne ayant ou ayant eu un

intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée".

Elle concède que l'article 31 de la loi rend applicables, aux marchés en-dessous des seuils européens, les articles 14 et 15 de la loi qui s'appliquent aux marchés au-dessus des seuils européens et que l'article 15 qui organise le recours en suspension renvoie aux "conditions de l'article 14", ce qui conduit à étendre la notion large d'intérêt au recours en marchés publics aux recours en suspension. Elle considère toutefois que, par ces renvois, l'intention du législateur n'était pas de considérer ni de présumer qu'un soumissionnaire évincé disposerait toujours, en soi, même pour les marchés sans *standstill*, d'un intérêt à la suspension d'un marché déjà conclu.

Elle estime qu'au contraire, l'intention du législateur était inverse. Ainsi, il précise expressément dans une disposition applicable aux marchés en-dessous des seuils, soit l'article 30, alinéa 3, de la loi de 2013, qu'un marché conclu ne peut plus être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit.

Elle relève que si le Conseil d'Etat estime que le terme "marché" de cette disposition s'assimile à celle de "contrat" qui intéresserait uniquement les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, cette position ne résiste toutefois pas à une analyse fondée sur la cohérence des dispositions légales. En effet, la loi de 2013 n'offre pas un droit à introduire une action en déclaration d'absence d'effet du contrat pour les marchés en-dessous des seuils. D'ailleurs, la loi de 2013 n'organise pas non plus, devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, un recours spécifique en suspension du contrat pour les marchés en-dessous des seuils.

Pour conférer un effet utile à la disposition, il faut donc, selon elle, l'interpréter comme n'autorisant pas le Conseil d'Etat, pour les marchés en-dessous des seuils, à suspendre l'exécution de la décision d'attribution d'un marché déjà conclu. Toujours selon elle, l'interprétation que fait le Conseil d'Etat de l'article 30, alinéa 3, le transforme en coquille vide puisqu'en-dessous des seuils, le contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire ne peut pas être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets.

Elle ajoute qu'on ne peut pas considérer qu'en concluant le contrat sans appliquer le délai de *standstill* dans les marchés en-dessous des seuils, le pouvoir adjudicateur tenterait par des moyens factuels de restreindre l'accès des soumissionnaires évincés aux juges, alors que c'est un choix du législateur lui-même de ne pas avoir rendu obligatoire le délai de *standstill* pour les marchés en-dessous des

seuils, avec la conséquence que le contrat peut directement être conclu sans attendre la décision du Conseil d'Etat. En outre, la décision du pouvoir adjudicateur de conclure le contrat laisse intacts les autres recours ou actions prévus par la réglementation des marchés ou le droit civil. Le pouvoir adjudicateur assume du reste seul son choix de conclure le contrat sans attendre, dans le cas où la décision d'attribution devrait finalement être annulée et où le soumissionnaire, qui aurait par hypothèse été considéré comme irrégulièrement évincé, lui réclamerait une indemnisation. Elle en déduit que le contrat avec l'attributaire ayant été conclu, la requérante ne dispose plus d'un intérêt à la suspension sollicitée.

IV.2. Appréciation

L'article 15 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 ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu. Il appartient dès lors au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

Ni l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, ni son article 24, qui vise la compétence du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, ne font de distinction selon que le contrat serait ou non conclu. Il convient également d'avoir égard aux articles 31 et 33 de la loi qui rendent les dispositions concernant les recours applicables aux marchés sous les seuils européens, comme c'est le cas en l'espèce, et de s'en référer à la définition du terme "marché" telle qu'elle figure à l'article 2, 1°, de la loi.

Quant à l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu' "une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit", il s'agit d'une disposition qui concerne la conclusion du marché, laquelle relève de la compétence des cours et des tribunaux,

mais qui ne s'oppose pas à ce que le Conseil d'Etat ordonne la suspension de l'exécution d'une décision unilatérale d'attribution prise par les autorités adjudicatrices, comme en l'espèce, même lorsque le marché est conclu.

Dès lors, *prima facie*, l'intérêt de la requérante ne semble pas pouvoir être utilement contesté au motif que le marché en cause est conclu et en voie d'exécution.

L'exception n'est pas fondée.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006, des articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, du principe de mise en concurrence et de son corollaire l'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de la commission d'une erreur manifeste d'appréciation.

Elle estime que la motivation matérielle de la décision de la partie adverse d'écarter son offre en raison de son prix global anormal n'est pas pertinente et lui reproche des erreurs manifestes d'appréciation concernant ses justifications relatives à deux prix unitaires. Elle considère que cette motivation est rédigée en termes généraux et stéréotypés ne reflétant pas un examen circonstancié propre au marché en cause ni aux justifications qu'elle a fournies.

Selon elle, cette motivation ne tient pas compte de la nature des prestations en cause ni de la décomposition des prix et aboutit à retenir une offre qui ne peut qu'être largement supérieure à celle qui a été déposée par l'entreprise précédemment en charge, et ce au mépris du résultat de la mise en concurrence.

Elle considère avoir justifié de manière pertinente le montant global de l'offre et les prix unitaires par les considérations que :

- le matériel à mettre en œuvre : rouleaux, pinceaux, échafaudages ... est amorti,
- il est performant et adapté aux lieux en cause de manière à permettre d'obtenir des rendements d'exécution élevés, ce que, selon elle, la partie adverse a constaté en particulier pour le marché en cours ayant pour objet la rénovation des appartements dans les immeubles concernés par le marché litigieux.

- la nature du matériel fait que son coût est très réduit et constitue une part très minime du prix global de l'offre et des prix unitaires.

Elle estime qu'elle n'avait pas à chiffrer ni à expliquer l'incidence sur les rendements dans ce type du marché qui dépend essentiellement de l'organisation du travail et de la qualité des équipes mises à l'œuvre et ajoute que le coût des matières premières à mettre en œuvre est fonction de l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé par la requérante, soit plus de 24 millions d'euros. Celles-ci constituaient une part d'autant plus réduite des coûts à supporter pour l'exécution du marché que cette part "se limite à 20 %" et que "la requérante obtient des rabais et conditions de prix particulièrement favorables de l'ordre de 20 % compte tenu du reste de ses activités demandant la mise en œuvre de matériel plus conséquent — ce qui donne une «économie» de 20 % de 20 % = 4 %".

Elle précise que les justifications de prix qu'elle a communiquées auparavant aux pouvoirs adjudicateurs n'ont jamais été mises en cause et estime qu'elle n'était dès lors pas tenue de produire les éléments justificatifs complémentaires, la partie adverse étant parfaitement à même de déterminer la part extrêmement réduite du coût des matières premières à mettre en œuvre et, dès lors, de leur incidence sur le caractère normal du montant global de l'offre et des deux postes indiqués.

Elle estime que la partie adverse était parfaitement en mesure d'apprécier le caractère du prix remis, d'autant qu'elle a pu constater le sérieux de l'exécution des travaux de rénovation des appartements dans les immeubles concernés, qui font l'objet d'un marché en cours depuis deux ans dans le cadre duquel plus de 150 appartements ont été rénovés.

Elle considère que "les prix unitaires des postes 38-7.2 Structure portante et 39-7.3 Plaques de finition (plaques de plâtre enrobées de carton) sont dûment justifiés dans la lettre du 5 octobre 2016 par la détermination du prix moyen de [la] journée, l'estimation du rendement unitaire par jour/homme pour chaque opération par le coût unitaire de [la] main-d'œuvre par opération et la prise en compte des fiches techniques des produits appliqués, l'expérience propre à la requérante, le coût des fournitures et de la main-d'œuvre, dûment majoré d'un coefficient de couverture des frais généraux et [du] bénéfice".

Elle estime que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les justifications pour ces deux prix unitaires n'étaient pas valables au motif que le rendement pris en compte ne serait pas justifié "dès lors que :

- le coût moyen homme/jour, pas plus que le rendement moyen ne sont contestés, ni contestables;
- le rendement moyen de 18 m²/jour intègre précisément le rendement propre à un ouvrier qualifié et le rendement moindre de l'apprenti dès lors par exemple qu'avec deux ouvriers qualifiés, le rendement aurait été de 40 m²/jour, - ce qui aurait donné un prix au m² (240 EUR x 2 = 480 : 40 = 12 EUR/m²);

en l'espèce, la justification fait état d'un prix moyen de 320 EUR/jour pour deux personnes réalisant ensemble 36 m², soit un coût de 8,89 EUR/m².

Concernant la prise en compte d'une marge de 10 % pour les frais généraux et le bénéfice, elle indique qu'il s'agit de la marge usuelle dans les entreprises travaillant dans ce secteur des travaux, objet du marché en cause, à savoir un secteur où la main-d'œuvre représente le coût le plus élevé et où les frais généraux peuvent être réduits compte tenu de la structure de l'entreprise, de l'absence notamment de nécessité d'équipements généraux coûteux, comme pour les entreprises travaillant dans les techniques spéciales ayant besoin d'équipements informatiques et techniques coûteux, ne fut-ce que pour l'établissement des offres, constituant dès lors des coûts rentrant dans les frais généraux. Elle ajoute que les frais de transport ne peuvent être pris en compte dès lors que la requérante occupe du personnel local précisément pour compresser ses coûts. Elle considère que la partie adverse commet une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il est "peu probable" qu'un bénéfice positif soit possible pour ces postes, sans que cela ne soit appuyé par des éléments objectifs.

Elle en conclut que "la motivation retenue est l'expression d'un procès d'intention et non d'une appréciation raisonnable, [qui] aboutit à l'écartement de son offre sur la base de considérations subjectives réduisant à rien le résultat de la mise en concurrence et de l'engagement pris par le soumissionnaire sur la base du montant de son offre".

V.2. Appréciation

A. Quant à la recevabilité du moyen

La partie adverse plaide l'irrecevabilité du moyen en ce qu'il est pris de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dès lors que cette disposition concerne l'appel d'offres alors qu'en l'espèce, la procédure retenue est l'adjudication. Elle reproche également à la requérante de critiquer la motivation matérielle de l'acte attaqué, en ce qu'elle porte sur le prix global, alors qu'elle

n'invoque la violation d'aucune règle ou principe en matière de motivation formelle ou matérielle.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, cette exception appelle les considérations suivantes.

En ce que le moyen est pris de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, il y a lieu de relever que cet article concerne l'appel d'offres alors qu'en l'espèce, la procédure retenue est l'adjudication. Toutefois, il ressort de la note d'observations que cette erreur n'a pas empêché la partie adverse de comprendre sur quoi porte la critique de la requérante, de répondre au moyen et de développer son argumentation avec précision. Elle ne s'est pas méprise sur la portée du recours, de sorte que ses droits de la défense n'ont pas été lésés.

Par ailleurs, le moyen ne porte pas sur l'obligation de motivation, mais sur l'erreur manifeste d'appréciation que révèle, selon le requérante, la lecture de la motivation de l'acte attaqué.

Il s'ensuit que la thèse le partie adverse ne peut, à première vue, pas être suivie et que le moyen est recevable.

B. Quant au fond

L'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dispose comme suit en ses §§1^{er} et 2 :

- " Art. 99. § 1^{er}. Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.
- § 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins 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".

Il découle de ces dispositions que l'autorité est tenue de procéder à la vérification des prix et que lorsque le marché est passé par adjudication, comme c'était le cas en l'espèce, et pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, ce qui était également le cas en l'espèce, "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". Or, il n'est pas contesté que le montant global de l'offre de la requérante était inférieur de 26 pourcents à la moyenne des offres déposées. La partie adverse était donc tenue de constater qu'il existait une présomption d'anormalité de l'offre de la requérante et de procéder à la vérification de celle-ci.

Lorsqu'il procède à la vérification d'un prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation et le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sans préjudice de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que la requérante a justifié son prix global par l'amortissement du matériel, par des volumes d'achat de matières premières permettant de bénéficier de conditions d'achat préférentielles et par ses nombreuses références pour ce type de travaux, qui lui permettraient de cerner au mieux le prix de revient.

L'acte attaqué, loin d'être stéréotypé comme le soutient la requérante, se prononce précisément sur les raisons pour lesquelles la partie adverse a considéré que ces justifications n'étaient pas admissibles, à défaut de reposer sur des éléments concrets et chiffrés.

Il indique ainsi que la partie adverse a considéré que l'amortissement du matériel ne pouvait constituer une justification des rendements d'exécution, dès lors que le marché en question porte sur des petits travaux d'entretien et de peinture, qui ne requièrent que du petit matériel ayant peu d'influence sur le prix global, basé en réalité sur le coût de la main-d'œuvre. Il relève, en outre, que la partie requérante n'avait ni chiffré, ni expliqué comment elle comptait augmenter la performance de son exécution par rapport à son matériel, pour baisser le prix. La requérante ne démontre pas qu'un tel raisonnement serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, dès

lors que les autres soumissionnaires du marché devaient être des sociétés agréées pour réaliser des travaux de peinture disposant, par conséquent, également d'un matériel pour les travaux de peinture. L'on n'aperçoit, à cet égard, pas en quoi la situation de la requérante serait plus favorable sur ce point que celle de ses concurrents. Il s'ensuit que la partie adverse a pu constater sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que le coût du matériel ne permet pas de justifier le caractère anormal du prix de la requérante.

Il est également noté dans l'acte attaqué que la requérante n'a apporté aucune précision quant aux prix d'achat favorable des matières premières achetées en grandes quantités ni quant aux références sur lesquelles elle s'appuie pour déterminer ses coûts ou les retombées que celles-ci pourraient avoir sur le prix. La partie adverse a donc pu également constater sans commettre aucune erreur manifeste d'appréciation que ces affirmations non étayées ne suffisaient pas à justifier le caractère apparemment anormalement bas du montant global de l'offre de la requérante.

Il ne peut, par ailleurs, être tenu compte, dans le cadre de l'examen du bien fondé de la décision querellée, de l'explication relative au chiffre d'affaires de la requérante, dès lors que celle-ci n'a pas été fournie à la partie adverse avant qu'elle n'adopte sa décision.

Il ne peut pas davantage être reproché à la partie adverse d'avoir tenu compte de considérations liées au coût du matériel et des matières premières, dès lors que dans son courrier du 5 octobre 2016, la requérante a justifié son prix global en se référant essentiellement à ces éléments.

Le courrier de la requérante du 5 octobre 2016 ne permet pas non plus de justifier son prix global par une diminution des coûts de la main-d'œuvre, aucune explication n'y étant fournie quant à la manière dont la requérante aurait augmenté l'efficacité du travail de ses équipes par rapport aux performances de ses concurrents.

Enfin, il n'existe pas de présomption de normalité des prix remis par un soumissionnaire qui aurait correctement exécuté de précédents marchés pour un même pouvoir adjudicateur. Par conséquent, les considérations relatives à l'absence de mise en doute de justifications données par la requérante dans le cadre d'autres marchés, évoqués d'ailleurs sans aucune précision, sont sans pertinence pour apprécier si, *in casu*, la partie adverse aurait pu commettre une erreur manifeste d'appréciation.

Il s'ensuit qu'à première vue, la partie adverse a pu, sans violer les dispositions et les principes visés dans le moyen, déclarer l'offre de la requérante

irrégulière en raison du caractère anormalement bas de son prix global. Ce motif suffit à fonder la décision attaquée, en sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'examen des critiques de la requérante concernant les autres motifs de l'acte attaqué.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose, dans son dossier administratif, les offres déposées dans le cadre du marché litigieux, et demande qu'elles soient tenues confidentielles.

Dès lors que la communication de ces pièces pourrait nuire au secret des affaires et qu'elle n'apparaît pas utile à la solution du litige à ce stade de la procédure, il convient de faire droit à la demande de la partie adverse.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse demande que la requérante soit condamnée à lui verser une indemnité de procédure fixée à son montant de base de 700 euros. La requérante ne fait valoir aucun argument de nature à contester ce montant.

La partie adverse étant celle qui obtient gain de cause, il y a lieu de lui allouer l'indemnité qu'elle sollicite.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 1, 2 et 3 du dossier administratif qualifié de confidentiel par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

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

Article 4.

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

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le huit juin deux mille dix-sept par :

M. Serge BODART,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.